Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul



Ano 38 - n. 206
Outubro a Dezembro de 2017



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 38 - n. 206 - Outubro-Dezembro de 2017

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 38, n. 206

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. 206 (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

A OBRIGAÇÃO AVOENGA NA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

Robson Carvalho de Queiroz 007

Jurisprudência Cível 020

Jurisprudência Criminal 436

Noticiário 668

Índice Onomástico 762

Índice de Assuntos 769

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



A OBRIGAÇÃO AVOENGA NA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

Robson Carvalho de Queiroz[1]

Resumo: *A pesquisa envolve assuntos referentes à obrigação avoenga na prestação de alimentos para com os netos e tem como alvo a proteção da família a qual está amparada pelo Estado. Será estudado sobre a delegação da responsabilidade do Estado aos parentes que, por derradeiro, são considerados peça fundamental na proteção de seus familiares, bem como a responsabilidade dos avós, que será sucessiva e complementar a dos pais. Falaremos sobre os princípios protetores dos idosos, das crianças e dos adolescentes e dos conflitos existentes entre eles. Também abordaremos a possibilidade da prisão civil através da execução dos avós por ocasião de prestações já vencidas.*

Palavras-chave: *Obrigação. Avoenga. Alimentos. Parentes. Responsabilidades.*

Summary: *The research involves matters related to the obligation avoenga in providing food to the grandchildren and aims at the protection of the family which is supported by the State. It will be studied on the delegation of the responsibility of the State to relatives who, lastly, are considered a key element in the protection of their families, as well as the responsibility of grandparents, which will be successive and complementary to the parents. We will talk about the protective principles of the elderly, children and adolescents and the conflicts between them. We will also address the possibility of civil imprisonment through the execution of the grandparents on the occasion of benefits already due.*

Keywords: *Obligation. Avoenga. Foods. Relatives. Responsibilities.*

INTRODUÇÃO

O Direito de Família é um ramo do direito privado conceituado pelo Direito Civil, que abrange o título Dos Alimentos. Várias indagações surgem a respeito do tema alimentos, sendo este estudo delimitado à relação avoenga e a sua obrigação de alimentar.

Sendo o assunto alimentos foco de várias discussões, preceitua o artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, a igualdade entre todas as pessoas e a garantia ao direito à vida. O pedido de alimentos é mais corriqueiro de filhos para pais, havendo chamamento dos avós apenas nos casos em que os genitores não possam arcar com as despesas sozinhos ou estejam impossibilitados.

A alimentação teve papel importantíssimo no desenvolvimento humano. O valor dado a ela pelos homens, através dos tempos, gerou direito absoluto à sua nutrição orgânica, tornando-a assim objeto de estudo de grande relevância em todo o mundo.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá de Campo Grande-MS e pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Processo Civil, família e sucessões, Direito Administrativo, Direito do Consumidor, Direito Penal e Direito do Trabalho pela Faculdade Internacional Signorelli. Assessor Jurídico do Gabinete da Vice-Presidência do TJMS. Robson.carvalho@tjms.jus.br

A obrigação alimentar é tema de grande importância na sociedade civil, pois é de valor incomensurável a guarda deste direito dada pela constituição. Os tribunais têm mostrado a notoriedade deste assunto, principalmente quando a obrigação alimentar se refere a prestação dos avós no pagamento da pensão alimentar em favor dos netos, denominado pela doutrina e tribunais de obrigação avoenga.

Na linguagem comum, a palavra alimentos diz respeito à alimentação propriamente dita, ao sustento, àquilo que o indivíduo necessita para viver; na acepção jurídica, alimentos, além do sustento, compreende vestuário, habitação, assistência médica e, se o alimentado é menor, despesas com educação.

A obrigação avoenga é caracterizada pela prestação de alimentos fornecida pelos avós aos seus netos frente a impossibilidade laborativa dos pais de fazê-los, ou quando estes estão ausentes ou já faleceram, ou seja, tanto o pai como a mãe têm obrigação para com os filhos e na falta de condições deles é que o sustento fica a encargo dos parentes mais próximos, que seriam os ascendentes em segundo grau*, no caso*, os avós.

Os alimentos são transmitidos aos parentes mais próximos em grau, transpondo até os mais remotos na falta uns dos outros. Porém, antes de pleitear o pedido de alimentos a outros parentes que não sejam os ascendentes de primeiro grau, deve haver comprovação da incapacidade financeira destes.

Transmite-se a obrigação alimentar aos parentes, os quais auxiliarão àqueles que necessitam de ajuda. Desse modo, quando um parente precisa de ajuda, o que tiver melhor condição social poderá propiciar por questões morais a prestação alimentar, ou por força de lei, o parente de grau mais próximo será obrigado a prestar alimentos. Este encargo é dado pelo Estado que tem a função de proteger a família.

Vale ressaltar que a responsabilidade dos avós é sucessiva em relação à dos genitores e complementar nos casos em que há comprovada incapacidade financeira dos pais.

O tema abordado é sabido de grande interesse para a sociedade contemporânea, pois este estudo vem de discussões, divergências, decisões e fundamentos doutrinários, embasados na Carta Magna, sobretudo nos artigos 227 e 230, nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e nos artigos 2º e 3º do Estatuto do Idoso.

Diante da situação acima observada, questiona-se:

Quando os avós serão responsabilizados pelo pagamento dos alimentos e em que medida?

É necessário observar a condição financeira dos avós?

Os avós podem se eximir desta responsabilidade?

Quais as consequências do não pagamento da pensão?

Qual o entendimento dos Tribunais de 2ª instância a esse respeito?

E dos Tribunais Superiores?

A obrigação de prestar alimentos, além de um dever moral, é um dever jurídico, permitindo a lei que os parentes exijam uns dos outros os alimentos de que necessitem para a subsistência.

No desenvolvimento do trabalho será demonstrada a posição de alguns doutrinadores sobre o tema apresentado.

O Código Civil inovou a disposição dos alimentos ao englobar em um único dispositivo legal o dever de prestar alimentos, entre parentes, cônjuges ou companheiros, pretendendo sempre com esses alimentos, para usar a linguagem colhida no artigo 1.694, que todos possam viver de modo compatível com a sua condição social.

Ao final, demonstrar-se-á a conclusão retirada do estudo realizado sobre os assuntos propostos, o qual mereceu um aprofundamento à luz do Direito Constitucional, de família e da legislação vigente, subsumindo-o aos princípios norteadores do tema em questão.

O estudo deu-se através da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, procurando sempre simplificar o entendimento do assunto abordado, permitindo fácil compreensão do tema apresentado.

1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

É importante e muito relevante o estudo do tema, pois pretende auxiliar na formação de conceitos sobre o assunto, orientar em determinados casos e até esclarecer possíveis dúvidas quanto ao assunto aqui proposto, ou seja, quando os avós poderão ser responsabilizados pelo pagamento dos alimentos aos seus netos.

Neste trabalho será feita uma pesquisa objetiva e esclarecedora de assuntos relacionados a responsabilidade dos avós pelo pagamento de alimentos aos seus netos, as possibilidades desse fato ocorrer e suas possíveis consequências indicando materiais e fontes utilizadas na pesquisa.

O estudo tenta esclarecer pontos obscuros quanto a encontrar meios necessários para solucionar as dúvidas geradas na questão dos alimentos em face dos avós. Como agir diante da criança que necessita deste amparo originário da relação de parentesco?

Como reagir diante de tal situação, sem que a mesma gere possíveis traumas futuros e lembranças que influenciarão na formação do caráter da criança?

A discussão do tema pretende estimular a repercussão do assunto na sociedade e na consciência acadêmica, o interesse pela pesquisa e, na medida do possível, contribuir para sanar dúvidas existentes.

A pesquisa procura demonstrar, ainda, que a aplicação de prisão aos avós que não têm obrigação direta no dever de alimentar não seria a melhor medida, mesmo que afronte obrigação básica de alimentar.

Outrossim, o tema é bastante controvertido, pois há quem entenda pela possibilidade de prisão dos avós frente ao inadimplemento obrigacional de alimentar e há quem entenda pela sua impossibilidade em razão de ser uma obrigação subsidiária.

Logo, será gratificante falar sobre o tema em questão e certamente contribuirá para agregar conhecimento e esclarecer dúvidas que, por ventura, existirem.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A Constituição Federal e a legislação civil ao fazerem referência sobre o assunto estabelecem que compete à família o dever fundamental de sustento, devendo recair a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros.

A questão aqui em comento tratará da responsabilidade dos avós na prestação de alimentos e se realmente eles detêm esta obrigação.

Quanto aos menores, estes podem ficar desamparados? A falta de êxito no relacionamento dos pais e, consequentemente, a dissolução do vínculo conjugal ou de dificuldades financeiras que pode atingir qualquer família, justificam a não assistência?

Os genitores nem sempre conseguem arcar com as despesas de seus filhos, impossibilitando, dessa forma, que a criança tenha acesso ao 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, nesse caso, como fica o dispositivo constitucional que trata do assunto?

O presente trabalho faz uma breve abordagem da importância da prestação dos alimentos decorrentes do poder familiar e da relação avoenga, tendo como base os princípios da solidariedade familiar e do dever de assistência mútua que deve prevalecer entre os parentes, haja vista que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver, ou seja, busca investigar quando os avós poderão ser responsabilizados pelo pagamento dos alimentos e em que medida.

A pesquisa visa, ainda, estimular a consciência da sociedade, revendo conceitos e também a visão assistencialista, com o intuito de fazer nascer a ideia de reflexão para a questão da prática desse ato.

Outro problema aqui estudado é a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado e suas possíveis consequências, bem como demonstrar até que ponto é possível, frente aos dispositivos legais que regulam o dever alimentar, os avós prestarem alimentos aos netos.

O instituto dos alimentos faz parte do Direito Civil, mas especificamente do Direito de Família.

Os artigos 1.696 e 1.697, ambos do Código Civil, embasados no Princípio da Solidariedade Familiar, estabelecem os alimentos originários do vínculo de parentesco e revelam a possibilidade de transferência do pagamento dos alimentos aos progenitores, quando houver a falta dos primeiros obrigados, ou seja, os pais.

O trabalho pretende, ainda, demonstrar que aqueles que não possuem meios e nem condições básicas de prover à subsistência necessária não podem ser deixados à sua própria sorte, devendo, os parentes, ou às pessoas ligadas por um vínculo civil, a obrigação de proporcionar-lhe as mínimas condições necessárias para a sobrevivência, não sendo caracterizado como favor ou ato de generosidade, mas sim como uma obrigação judicial descrita em lei.

No decorrer do estudo abordaremos:

- conceitos de alimentos;

- condições objetivas da obrigação de alimentar;

- quais as razões que justificam o inadimplemento da obrigação paterna?

- qual a posição da doutrina e Jurisprudência sobre o tema? e,

- finalmente, qual a relevância da atuação do Poder Judiciário nessa questão?

A pesquisa trabalha com a hipótese de que a obrigação de prestar alimentos não alcança apenas os avós que ostentam tal condição por força do parentesco ascendente com o genitor que não tem a guarda do filho, mas também aos outros avós.

É que, normalmente, as ações de alimentos avoengos são propostas apenas contra os avós que são ascendentes daquele genitor que não tem a guarda do filho, hipótese em que estes poderão chamar a juízo os outros avós, na perspectiva de diluir e fracionar o valor da pensão a ser pago, evitando um encargo mais oneroso.

O estudo aborda a prestação alimentícia diante da relação do parentesco, assim como discorre sobre a responsabilidade dos avós quanto à prestação de alimentos, identifica os dispositivos legais, os princípios que norteiam o tema apresentado e como a jurisprudência se posiciona em relação em comento. Isto porque,

trata-se de tema de relevância jurídica e social. Jurídica, no sentido de permitir questionamentos e ensejar debates sobre as questões processuais que o envolvem, e social no sentido de versar sobre um tema corriqueiro no dia a dia das relações de família em que se verifica a necessidade de pleitear alimentos avoengos.

Veremos também que em virtude do caráter excepcional da responsabilidade alimentar por parte dos avós, a obrigação dos progenitores será exonerada quando os pais possuírem condições financeiras de arcarem, sozinhos, com o referido encargo.

Finalmente, a pesquisa pretende fazer com que a sociedade reflita sobre a obrigação alimentar e a responsabilidade dos avós em face dos menores.

3 PROBLEMA INVESTIGADO - A OBRIGAÇÃO AVOENGA NA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

3.1 Conceito de Alimentos

Alimentos, em direito, denomina-se as prestações fornecidas a uma pessoa, denominada alimentado, para que possa atender às necessidades de subsistência, educação, habitação, vestuário e lazer. A palavra possui conotação muito mais abrangente do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento.

Trata-se não só do sustento, mas também de vestuário, habitação, assistência médica, lazer, e, em casos que o alimentado for maior de idade, compreenderá educação e formação intelectual.

Segundo o doutrinador Silvio Rodrigues:

> *(...) alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida*[2].

3.2 Considerações Gerais

No Direito de Família, os alimentos traduzem todas as coisas necessárias para a conservação da vida do ser humano, ou seja, são as prestações efetuadas pelo alimentante para aqueles que não têm como prover seu sustento por si só. Sendo, portanto, uma obrigação imposta em função de uma causa jurídica.

Quando se fala em alimentos, fala-se no direito de exigi-los e na obrigação de prestá-los, marcando, desse modo, o caráter assistencial do instituto.

Em sendo a obrigação de prestar alimentos de ordem inderrogável por convenção entre as partes, não devem renunciar o direito de alimentos e também não podem fixar um montante definitivo, onde o mesmo jamais poderá ser modificado.

A prestação alimentícia implica a ideia de atualidade, não importando o passado, visto ser a necessidade de alimentos completamente inadiável.

2 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7.

São os alimentos, tanto os chamados alimentos naturais (alimentação, vestuário, habitação) quanto os civis, que, sob outro aspecto, se designam como côngruos – educação, instrução e assistência.

Esclarece que o conceito de alimentos no artigo 1.694 do Código Civil de 2002 compreende os alimentos naturais ou necessários indispensáveis à subsistência, e os civis ou côngruos destinados a manter a qualidade de vida do credor, de acordo com as condições dos envolvidos.

A Constituição Federal de 1988 determina:

> *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*[3].

A doutrina é unânime ao recepcionar o que determina o Código Civil:

> *Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos, como unilaterais*[4].

Assim, consagra-se a reciprocidade alimentar como um direito essencial à vida e à subsistência em todas as idades.

Não se pode confundir a obrigação de prestar alimentos com os deveres familiares, pois estes consistem na obrigação de sustento e socorro que um cônjuge tem para com o outro e seus filhos menores, e devem ser cumpridos sem imposição de qualquer norma legal. Enquanto que a obrigação de prestar alimentos significa reciprocidade, e esta somente poderá ser exigida se o alimentante tiver condições de cumpri-la, sem prejudicar seu próprio sustento, conforme disposto no diploma Civil:

> *Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-lo, sem desfalque do necessário ao seu sustento*[5].

Portanto, a obrigação de prestar alimentos é decorrente de imposição legal entre pessoas ligadas através do vínculo familiar, e não poderá deixar de ser cumprida, pois não se trata de liberalidade.

Esta imposição está sedimentada no princípio da solidariedade familiar e no princípio da preservação da dignidade da pessoa humana, conforme previsto na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III.

3.3 Natureza jurídica dos Alimentos

É bastante controversa a definição da natureza jurídica do instituto dos alimentos.

Alguns doutrinadores consideram os alimentos como sendo um instituto de direto extrapatrimonial, pois a prestação alimentar paga pelo alimentante não irá aumentar o patrimônio do alimentado, indo apenas lhe assegurar o sustento e o direito à vida, direito este, personalíssimo.

Outra parte da doutrina, incluindo a doutrinadora Maria Helena Diniz classificam os alimentos com conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, "uma vez que consiste no pagamento periódico de soma de dinheiro ou no fornecimento de remédios e roupas, feito pelo alimentante ao alimentando, havendo,

3 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
4 BRASIL, Código Civil (Lei 10.406, de 10/01/2002). ***Vade Mecum*** 19. ed. (Versão Digital). São Saulo: Saraiva, 2015.
5 Idem 3.

portanto, um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica".

4 BINÔMIO NECESSIDADE X POSSIBILIDADE

4.1 Necessidade do Alimentado

> *Art. 1694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.*
>
> *§ 1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*[6].

A necessidade do alimentado compreende aqueles casos onde o indivíduo não possui bens suficientes para sua mantença, ou por qualquer fato está impossibilitado de exercer seu trabalho, "por estar doente, inválido, velho, etc".

As necessidades pleiteadas são aquelas essenciais para a vida, tomando em consideração a condição social, o grau de instrução, a formação profissional, entre outras e o julgador ao analisá-las deve levar em consideração circunstâncias particulares da pessoa do alimentando: idade, sexo, estado de saúde, formação profissional e situação social.

Assim, só pode reclamá-los o indivíduo que não possui recursos ou bens, ou não está em condições de trabalhar para seu próprio sustento.

4.2 Possibilidade do Alimentante

> *Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento*[7].

O alimentante fica obrigado a cumprir a obrigação alimentar desde que não prejudique seu sustento, devendo ficar comprovada sua capacidade econômica.

Caso haja diminuição na capacidade econômica do alimentante, pode o encargo ser reduzido ou até mesmo extinto.

5 QUEM TEM O DEVER DE ALIMENTAR

Antigamente era um dever moral e a partir do Direito Romano a obrigação alimentar tornou-se uma obrigação jurídica derivada do vínculo do parentesco, disciplinada pelo legislador.

A Constituição Federal de 1988 estabelece:

6 BRASIL, Código Civil (Lei 10.406, de 10/01/2002). Vade Mecum 19. ed. (Versão Digital). São Saulo: Saraiva, 2015.
7 BRASIL, Código Civil (Lei 10.406, de 10/01/2002). Vade Mecum 19. ed. (Versão Digital). São Saulo: Saraiva, 2015.

> *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*[8].

A Lei Maior preconiza ainda:

> *Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*[9].

Assim, vivendo o homem em sociedade é fato que necessite de meios para sua subsistência, dividindo este encargo em especial com os familiares.

O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros, de acordo com o artigo 1.696 do Código Civil.

Logo, podem os filhos exigir alimentos dos pais e vice-versa, ou seja, a obrigação alimentar é recíproca. Ela também é extensiva a todos os ascendentes recaindo sobre os de grau mais próximo.

O Código Civil Brasileiro, em seus artigos 1.694 a 1.710, juntamente com a doutrina, apresentam duas modalidades de obrigações entre ascendentes e descendentes: a primeira originária do poder familiar dos genitores sobre os filhos menores de idade, sendo a necessidade desta presumida; e a segunda, resultante do vínculo de parentesco dos indivíduos em linha reta, ou seja, dos filhos maiores.

O dever de alimentar é decorrente do poder natural dos pais sobre a prole, deveres estes tanto morais quanto materiais. Significa proporcionar aos filhos alimentação, educação, habitação, vestuário, lazer, etc.

A maioridade civil faz cessar essa obrigação, porém deve se observar que a doutrina e a jurisprudência são unânimes quanto ao fato de que a maioridade civil não cessa o dever alimentar dos genitores nas situações em que o filho frequenta curso superior e não exerça atividade que garanta sua própria subsistência.

A obrigação de alimentar entre parentes da linha reta é recíproca, entre pais e filhos maiores, menores ou emancipados, casados ou solteiros, não havendo discriminação entre os filhos havidos fora do casamento ou ilegítimos.

São primeiramente chamados a prestar alimentos os parentes em linha reta, ou seja, podendo o pai prestar alimentos não se acionará o avô.

Caracteriza-se esta obrigação como sendo subsidiária e sucessiva. Quem necessitar de alimentos deverá pedir inicialmente aos genitores, na falta destes aos avós paternos e maternos, na ausência destes aos bisavós e, assim, sucessivamente.

Porém, não pode o alimentado eleger a pessoa a prestar-lhe alimentos, cabendo isto ao grau de sucessão.

8 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

9 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

6 QUANDO A RESPONSABILIDADE PELOS ALIMENTOS RECAIRÁ SOBRE OS AVÓS

A obrigação alimentar devida pelos avós é subsidiária, nas quais os progenitores são obrigados a pagar alimentos nas situações que ficar comprovado que o genitor não possui condições de sustentar sua prole sem a ajuda de uma terceira pessoa.

O artigo 1.696 do Código Civil é taxativo em dizer que a prestação de alimentos é recíproca entre pais e filhos, se estendendo a todos os descendentes e recaindo sobre os de grau mais próximo, sendo uma obrigação de alimentar diferenciada do dever de sustento.

A obrigação se estendem aos avós em virtude do vínculo de parentesco, porém sua responsabilidade é subsidiária.

O STJ tem se manifestado no sentido de que a responsabilidade dos avós não é sucessiva, mas complementar, podendo ser chamados a subsidiar a pensão prestada pelo pai, que não supre de modo satisfatório a necessidade dos alimentandos.

A propósito:

> *RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS. AVÔ PATERNO. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA COMPLEMENTAR. COMPROVAÇÃO DE QUE A GENITORA E O ESPÓLIO DO GENITOR ESTÃO IMPOSSIBILITADOS DE ARCAREM COM A PRESTAÇÃO ALIMENTAR. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. A obrigação dos avós de prestar alimentos tem natureza complementar e somente exsurge se ficar demonstrada a impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos dos filhos, ou de os proverem de forma suficiente. Precedentes.*
>
> *2. No julgamento do REsp 1.354.693/SP, ficou decidido que o espólio somente deve alimentos na hipótese em que o alimentado é também herdeiro, mantendo-se a obrigação enquanto perdurar o inventário.*
>
> *3. Nesse contexto, não tendo ficado demonstrada a impossibilidade ou a insuficiência do cumprimento da obrigação alimentar pela mãe, como também pelo espólio do pai falecido, não há como reconhecer a obrigação do avô de prestar alimentos.*
>
> *4. O falecimento do pai do alimentante não implica a automática transmissão do dever alimentar aos avós.*
>
> *5. Recurso especial provido*[10].
>
> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE PENSÃO COMPLEMENTAR. AVÓS PATERNOS. POSSIBILIDADE. COMPLEMENTAÇÃO.*
>
> *1. "A responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor." (Resp 579.385/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 04/10/2004).*
>
> *2. Na hipótese, entender sobre a desnecessidade de complementação alimentar pelos avós, haja vista o acordo judicial do pai em ação revisional de alimentos, demandaria a revisão do contexto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súm 7 do STJ.*

10 REsp 1249133/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/06/2016.

3. Agravo regimental a que se nega provimento[11].

Estes alimentos subsidiários apenas serão devidos na falta dos pais ou na impossibilidade de custear as despesas com a subsistência dos filhos, pois é dever primeiramente dos pais.

A responsabilidade dos avós é excepcional e subsidiária. A partir do momento em que os genitores possuem condições financeiras de arcar sozinhos com a obrigação alimentar, a responsabilidade dos progenitores é extinta.

Tendo em vista que a obrigação alimentar é imposta aos pais, caso estes se tornarem impossibilitados de pagá-la, os avós não serão condenados a pagarem o mesmo valor, dadas às características de divisibilidade e não solidariedade da obrigação.

7 LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE OS PAIS E AVÓS

O Diploma Civil, em seu artigo 1.694 englobou o dever de prestar alimentos de que necessitem para viver, de acordo com a condição social, autorizando os parentes, cônjuges e companheiros, a pedirem uns aos outros alimentos.

O dever de sustento dos pais compreende os alimentos civis e os alimentos naturais, isto é, alimentação, habitação, educação, vestuário, lazer, etc.

A respeito, a doutrinadora Maria Berenice Dias afirma:

> *(...) o dever de prestar alimentos passa de um dos pais para o outro e só depois é que se transmite aos ascendentes*[12].

Sobre o litisconsórcio passivo preceitua o Código Civil:

> *Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide*[13].

Logo, a obrigação alimentar compete primeiramente aos pais, e na falta destes aos parentes de grau imediato, ou seja, aos ascendentes, isto é, aos avós paternos e maternos conjuntamente.

Ainda, para que requeira alimentos de parentes mais distantes, o necessitado deve provar que os mais vizinhos já não existem, são incapazes, ou não têm recursos para cumprir a prestação. Portanto, o fato de existirem ascendentes em grau mais próximo não exclui, definitivamente, a obrigação dos ascendentes longínquos, que podem supletivamente, serem convocados.

Constitui-se litisconsórcio passivo facultativo sucessivo quando a ação de alimentos é intentada conjuntamente contra o pai e os avós.

Sobre o litisconsórcio passivo contra os pais e avós na demanda de alimentos, a jurisprudência vem admitindo o chamamento dos avós ao processo nos casos em que os genitores, tanto o pai como a mãe, não

11 STJ. AgRg no REsp 1358420/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/03/2016.

12 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. Revista dos Tribunais, 2015.

13 BRASIL, Código Civil (Lei 10.406, de 10/01/2002). Vade Mecum 19. ed. (Versão Digital). São Saulo: Saraiva, 2015.

podem prover a subsistência da prole e garantir-lhe a sobrevivência.

Em casos em que qualquer dos genitores do menor possua condições de custear com suas despesas e mesmo assim for intentada ação em face dos progenitores, ocorrerá carência da ação, pois o avô só está obrigado a prestar alimentos ao neto se o pai deste não estiver em condições de concedê-los, estiver incapacitado ou for falecido.

Importante consignar aqui que possuindo os avós situação financeira favorável, não podem ser integrados à lide quando o genitor possui emprego ou algum recurso, devendo sempre os netos ingressarem primeiramente contra os genitores.

8 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE OS ALIMENTOS AVOENGOS

O entendimento dominante dos Tribunais é de que a obrigação dos avós só é possível quando restar provada a incapacidade dos genitores em sustentar sua prole.

Com relação ao caráter da relação avoenga, possui responsabilidade subsidiária e complementar:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALIMENTOS AVOENGOS – NÃO CONFIGURAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR DOS AVÓS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE DOS PAIS EM PRESTAREM ALIMENTOS. A condenação em alimentos exige a comprovação da necessidade do alimentante e, ante a responsabilidade subsidiária e complementar dos avós, a demonstração da incapacidade dos pais para cumprimento da obrigação. Recurso conhecido e não provido*[14].

Nesse sentido também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, citando que a obrigação dos avós apenas ocorrerá quando da inexistência dos pais ou incapacidade dos mesmos para prover o sustento ou em havendo insuficiência do valor pago, veja:

> *RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR E SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS. PRESSUPOSTOS.*
>
> *1. A obrigação alimentar dos avós apresenta natureza complementar e subsidiária, somente se configurando quando pai e mãe não dispuserem de meios para promover as necessidades básicas dos filhos.*
>
> *2. Necessidade de demonstração da impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos de seus filhos.*
>
> *3. Caso dos autos em que não restou demonstrada a incapacidade de a genitora arcar com a subsistência dos filhos.*
>
> *4. Inteligência do art. 1.696 do Código Civil.*
>
> *5. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.*
>
> *6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO*[15].

14 Apelação - Nº 0802127-79.2011.8.12.0001 - Campo Grande. Rel. Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli. 2ª Câmara Cível. 8.07.2014.

15 STJ. REsp 1415753/MS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 24/11/15.

Nas situações em que ocorre a omissão do pai ou este não cumpre com sua obrigação ou a faz de forma insuficiente, estende-se aos avós a obrigação alimentar seja ela subsidiária ou complementar, sempre levando em consideração o binômio possibilidade do alimentante x necessidade do alimentado.

Com relação ao binômio da fixação dos alimentos, ou seja, necessidade x possibilidade, devem os alimentos atender a necessidade do alimentado sem acarretar ônus excessivo aos avós.

Conclui-se, assim, que a obrigação alimentar dos ascendentes é subsidiária com caráter complementar, admitindo-se litisconsórcio passivo entre os progenitores e a complementação alimentar.

CONCLUSÃO

Conclui-se diante do tema pesquisado que a Constituição Federal, o Código Civil, a doutrina e as jurisprudências dos Tribunais têm tratado do assunto com muita delicadeza, cautela e eficiência de modo a resguardar sobretudo a dignidade da pessoa humana.

Foi observado que o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar a criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao lazer, à profissionalização, à liberdade, à dignidade e à convivência familiar.

A mesma Carta Magna em seu artigo 229 ordenou que os pais possuem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e estes, quando maiores tem o dever de ajudar e amparar aqueles na velhice, na carência ou em situações de enfermidade.

De acordo com o artigo 1.630 do Código Civil, os filhos, enquanto menores, estão submetidos ao poder familiar, e podem reclamar dos pais os alimentos de que necessitem para a sua subsistência.

Quanto aos alimentos, os pais são obrigados a fornecer aos filhos, a título de pensão alimentícia, o necessário para a conservação da vida. Compreende sustento, vestuário, habitação, assistência médica, lazer, e em casos de filho maior de idade compreenderá educação e formação profissional, baseando-se no princípio da solidariedade.

Mesma situação aplica-se ao Poder Familiar, onde ambos os pais conjuntamente devem arcar com as despesas dos filhos menores e não emancipados, exercido na proteção da pessoa e dos bens dos filhos.

O direito aos alimentos obedece a certos requisitos, a saber: a necessidade do alimentado, a possibilidade do alimentante, a proporcionalidade e a reciprocidade dos alimentos.

Em sendo a obrigação alimentar regida e regulamentada pelo Código Civil, a relação avoenga é considerada uma exceção e possui natureza diversa dos alimentos devidos pelos genitores, pois se encontra baseada no dever da solidariedade entre os parentes próximos, diferenciando-se da obrigação alimentar devida pelos pais, a qual está baseada no dever de sustento.

A obrigação alimentar dos avós assemelha-se aos alimentos em geral, levando em consideração a possibilidade do alimentante em efetuar o pagamento sem que cause prejuízo para sua própria subsistência, e a necessidade que o alimentado possui para sobreviver dignamente, conforme artigos 1.694 e 1.695, ambos do Código Civil:

Os alimentos avoengos caracterizam-se pela natureza subsidiária, pois somente são devidos mediante a falta dos genitores ou a sua impossibilidade, o que deverá ser demonstrado de forma inequívoca, ou seja, a insuficiência de arcar financeiramente com as necessidades do menor, visto ser deles a obrigação alimentar

em virtude do poder familiar.

Não havendo provas de que os pais inexistem ou de que não possuem condições de arcar com as despesas do filho, não pode o juiz determinar a prestação de pensão de caráter alimentar pelos avós sob a alegação de que possuem meios para o cumprimento da obrigação.

Outrossim, a obrigação dos avós deve ser dividida entre os maternos e paternos na medida de seus rendimentos, incorrendo na forma de litisconsórcio passivo contra eles.

Desta forma, a prestação alimentícia devida pelos progenitores é estritamente complementar, onde os avós não podem ser acionados nos casos em que os pais podem prover o sustento e sobrevivência dos filhos, sendo considerada indispensável a prova da necessidade dos alimentos.

Portanto, resta configurado que a obrigação avoenga é de natureza subsidiária, excepcional e temporária, já que, se em algum momento os genitores puderem arcar com os encargos alimentícios, os progenitores serão exonerados.

Logo, a previsão legal em relação à obrigação alimentar pelos avós existe e deve ser cumprida, devendo o magistrado ao estabelecê-la, verificar com cautela a real possibilidade de pagar, levando em consideração a condição de vida dos progenitores, sobrepesando o princípio da dignidade humana e não acarretando ônus excessivo a eles, haja vista já estarem no final de sua vida e tomando cuidados para que os mesmos não sejam excluídos de suas comodidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Civil (Lei 10.406, de 10/01/2002). **Vade Mecum.** 19. ed. (Versão Digital). São Saulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site>. Acesso em: 30 nov. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. Revista dos Tribunais, 2015.

JÚNIOR, Fernando Frederico de Almeida, TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. **Direito Civil** – Família e Sucessões. Ed. Manole, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** - Direito das Sucessões**.** 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 6.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZEGER, Ivone. **Família, perguntas e respostas**. Ed. Revista. Editora Mescla, 2011.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação nº 0002497-95.2010.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR MORTE DE RECÉM NASCIDO APÓS O PARTO – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.

Ainda que se tenha na ação de indenização por dano moral e material por morte de recém-nascido o poder público e hospital, aos quais, a responsabilidade poderá ser ditada pela responsabilidade objetiva, imprescindível para o dever de indenizar pelo art. 186 do Código Civil a existência do nexo causal, o que não se verifica se não há provas nos autos de que a morte tenha decorrido da conduta negligente médica/hospitalar.

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, 4 de outubro de 2017.

Des. Alexandre Bastos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Anderson Elias de Souza em face da sentença de fls. 192/197, que julgou improcedente o pedido trazido na ação indenizatória proposta pelo apelante.

Anderson Elias de Souza suscita no recurso de apelação de fls. 201/206, em apertada síntese: provimento do recurso para julgar procedente o pedido trazido na ação de indenização.

O recorrido, devidamente intimado às fls. 208, deixou de apresentar contrarrazões, nos termos da certidão de decurso de prazo de fls. 209.

VOTO (EM 27/09/2017)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Anderson Elias de Souza em face da sentença de fls. 192/197, que julgou improcedente o pedido trazido na ação indenizatória proposta pelo apelante, mais precisamente, de dano moral por morte prematura de recém nascido e de dano material pelos valores despendidos com o funeral.

Anderson Elias de Souza suscita no recurso de apelação de fls. 201/206, em apertada síntese: provimento do recurso para julgar procedente o pedido trazido na ação de indenização.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O que infere do caso posto à apreciação é que a esposa do requerente foi atendida em trabalho de parto perante a Santa Casa de Coxim. Que o recém nascido após o nascimento veio a falecer. Alega que ocorreu negligência médica e do hospital que culminou com a morte de seu filho. Propôs ação de indenização em face do Hospital, do Município e do médico plantonista. A sentença foi de improcedência por ausência de provas.

Tenho que a sentença deve ser mantida.

Explica-se.

O pedido de indenização por dano moral e material tem como causa de pedir a morte prematura do filho do autor após o parto perante a Santa Casa da cidade de Coxim.

A sua existência requer o preenchimento de requisitos que estão bem delineados no art. 186 e art. 927, ambos do novo Código Civil – Lei n.º 10.406/2002 e que no dizer de Ricardo Fiúza:

> *(...) para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente* (Novo Código Civil Comentado. Editora Saraiva. 1ª edição; p. 184).

Eis o texto legal:

> *Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*
>
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Assim sendo, para configure o dever de indenizar pela teoria do ato ilícito é mister o preenchimento de seus requisitos cumulativos, quais sejam, conduta, resultado, nexo causal e culpa, sendo que este último, não se aplica para o caso diante da regra da responsabilidade objetiva do Poder Público (Município de Coxim), nos termos do art. 37, § 6º da Constituição brasileira.

Apesar da responsabilidade objetiva do Poder Público, em tese, os demais requisitos se mostram imprescindíveis, e, ao ver deste relator, não se faz presente a conduta e o nexo causal.

Veja-se a respeito do nexo causal pela doutrina:

> *É preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria.* (Réne Demogue, *Traité des Obligations em général*, v.4, n.66).

Veja-se a respeito pelo STJ em acórdão paradigma:

> *A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencialidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).2."Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves).3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008) .4. Recurso especial a que se dá provimento.* (REsp 719.738/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 22/09/2008).

Pelo STF:

> *A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270.* (RE 369820, Relator (a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 27-02-2004 PP-00038 Ement vol-02141-06 PP-01295).

Para este caso posto à apreciação, nada há a respeito do nexo causal. Inclusive, no inquérito policial foram ouvidas todas as enfermeiras que estavam de plantão de quando do atendimento até após o parto, mais precisamente, às fls. 64/70, sendo que o depoimento de nenhuma delas se encontra elementos que apontem o nexo causal, ou seja, que em razão do tratamento médico ofertado sobreveio a morte do recém-nascido.

Inclusive, o autor arrolou testemunhas, contudo, desistiu da oitiva das mesmas, sendo que sequer foi requerido prova pericial para que se apurasse de forma técnica o fato trazido para apreciação, ou seja, imprescindível o esclarecimento do fato se a morte do recém-nascido poderia ter ser evitada ou se a hemorragia interna que foi sua causa morte realmente era fatal.

E mais, foi enviado ofício ao Conselho Regional de Medicina às fls. 87 para apuração ética/disciplinar dos médicos, sendo que o resultado deste procedimento ético disciplinar sequer foi trazido aos autos.

Enviado ofício, também, à Secretaria de Estado de Saúde, para apuração administrativa às fls. 88, sem que fosse juntado a este feito o resultado deste procedimento administrativo. Também, não juntado aos autos a conclusão do inquérito policial.

Portanto, ausência de provas do nexo causal.

Então, sem nexo causal não há ato ilícito indenizável por quaisquer das partes requeridas. Ocorre que o ônus da prova do nexo causal era do autor. Veja-se o disposto no artigo 333 do CPC:

> *Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

Anote-se e repita-se que o autor nada provou de que a morte decorre da negligencia médica/hospitalar. Apenas se limitou a alegar. Se não cumpriu o ônus da prova, então, impossível acolher sua pretensão, uma vez que incide o brocardo que *"as palavras faladas o vento leva"*.

Veja-se pelo STJ:

> *Em regra, o ônus da prova incumbe a quem alega o fato, de modo que, salvo nas declaratórias negativas, ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos e ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos. Inteligência dos art. 326 c/c 333, I e II, do CPC. Precedentes: AgRg no AREsp 154.040/GO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/6/12; REsp 1.253.315/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/8/11; REsp 161.629/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 21/2/00* (AgRg no AREsp 324.140/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 14/08/2013).

> *De acordo com o disposto no art. 333 do CPC, ao autor incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito; ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. O ônus da prova, enquanto regra de julgamento - segundo a qual a decisão deve ser contrária à pretensão da parte que detinha o encargo de provar determinado fato e não o fez.* (REsp 1320295/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013). *Cabia ao autor, nos termos do art. 333 do CPC, a imediata prova do fato constitutivo do seu direito (...).* (RMS 33.183/RO, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013).

Isto posto de demais que dos autos consta, conheço e nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença em seus devidos termos.

Condeno o autor na sucumbência recursal do art. 85, § 11 do CPC no valor correspondente a 1 % sobre o valor da causa, que fica sobrestada a sua executividade pelo período de cinco anos, em razão de estar assistido pela gratuidade da justiça.

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

VOTO (EM 04/10/2017)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 04 de outubro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800440-34.2013.8.12.0054 - Nova Alvorada do Sul
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REGISTRO TARDIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM E DESCENDÊNCIA – ÔNUS DA PROVA – TESTEMUNHAS QUE DESCONHECEM TAIS INFORMAÇÕES – RETORNO DE OFÍCIOS NEGATIVOS – CONTRADIÇÕES – AUTOR QUE ALEGA EM DEPOIMENTO JUDICIAL JÁ POSSUIR UM REGISTRO QUE SE PERDEU – IMPOSSIBILIDADE DE NOVO REGISTRO SOB PENA DE DUPLICIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Ainda que exista inconteste necessidade do autor em regularizar sua situação e inegável interesse público nessa regularização, fato é que para tanto exige-se mínimo lastro probatório nesse sentido, o que não ocorreu no caso dos autos.

O próprio artigo 333, I do Código de Processo Civil estabelece que o ônus da prova incumbe *"ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito"*.

Caso em que as testemunhas não puderam corroborar qualquer afirmação do autor quanto à sua origem, posto que ambos afirmaram que, apesar de conhecer o apelante há anos, não conheciam da sua origem e descendência, mas apenas o que ele próprio contava.

Pesquisa da Rede Infoseg que se apresentou contraditória com as informações contidas nos autos e ofícios que retornaram negativo.

Há também contradição no depoimento do réu que afirma já possuir registro que se perdeu, caso em que não há que se falar em registro tardio sob pena de duplicidade de registros, o que é vedado, cabendo tão somente um pedido de segunda via ao cartório respectivo, que pode ser localizado inclusive com a ajuda de órgãos públicos.

Com o parecer, 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, 31 de outubro de 2017.

Des. Alexandre Bastos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Auro Militão de Mello, em face da sentença de f. 48/49 que julgou improcedente o pedido inicial.

Em suas razões recursais (f. 55/59) sustenta a reforma da sentença, pois as provas constantes dos autos são suficientes para a procedência da ação, especialmente ao se considerar que o autor é semi-analfabeto e vive em condições de miserabilidade.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às f. 69/75 pelo conhecimento e não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Auro Militão de Mello, em face da sentença de f. 48/49 que julgou improcedente o pedido inicial.

Do mérito

Sustente a apelante que as provas constantes dos autos são suficientes para a procedência da ação de registro tardio, especialmente ao se considerar que o autor é semi-analfabeto e vive em condições de miserabilidade.

O recurso não merece provimento, pelos motivos a seguir expostos.

Pois bem. *In casu*, sustentou o autor inicialmente que nasceu em 12/08/1945, em Vila Miragem, Município de São Pedro, no Estado do Ceará, sendo filho de Vicente de Mello e Alice Maria Militão, os quais por sua vez descendem de Ricardo Barbosa e Alice Militão de Mello (avós paternos) e Ricardo Militão e Izabel Barbosa (avós maternos).

Narrou que seus genitores deixaram o Ceará quando ele era criança, vindo a fixar residência em Rio Brilhante/MS, sendo que nunca foi registrado, não possuindo, por consequência, documento de identidade e CPF.

Como bem salientado pelo *Parquet* (f. 71), *"o registro de nascimento é exigido por lei e sua finalidade jurídica consiste em reconhecer o indivíduo quanto à sua idade e à sua naturalidade, estabelecendo, também, provas familiares de legitimidade e parentesco. Presta significativa colaboração ao Estado, fornecendo subsídios às decisões administrativas de aspecto sanitário, social e econômico"*.

Entretanto, ainda que exista inconteste necessidade do autor em regularizar sua situação e inegável interesse público nessa regularização, fato é que para tanto exige-se mínimo lastro probatório nesse sentido, o que não ocorreu no caso dos autos.

Aliás, o próprio artigo 333, I do Código de Processo Civil estabelece que o ônus da prova incumbe *"ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito"*.

Ocorre que no curso da instrução probatória foram ouvidas duas testemunhas, quais sejam Cláudio Araújo e João Carlos Gregório.

Contudo, nenhum dos dois pôde corroborar qualquer afirmação do autor quanto à sua origem, posto que ambos afirmaram que, apesar de conhecer o apelante há anos, não conheciam da sua origem e descendência, mas apenas o que ele próprio contava.

Ademais, a pesquisa da Rede Infoseg (f. 26) encontrou registro da suposta mãe do autor, todavia, a

filiação da mesma destoa da informada na inicial, na medida em que o cadastro afirma que a genitora de sua mãe (avó materna) se chamava Maria José Militão e o autor assevera que era Izabel Barbosa.

Além disso, em resposta ao ofício encaminhado ao Cartório São Pedro do distrito de Miragem, onde o apelante narra ter nascido, foi informado não constar nenhum assento de registro civil em nome de Auro Militão de Melo, José Ricardo Militão, Maria Letícia Militão, Izabel Militão e Alice Maria Militão Melo (f. 35).

Da mesma forma o ofício encaminhado à Caririaçu – CE também retornou negativo, sendo informado que também não constavam assentos de nascimento nos nomes indicados (f. 45).

Logo, nítido a ausência de provas quando à descendência e origem do autor, o que impossibilita a procedência da ação.

Nesse sentido, vejam-se julgados, *mutatis mutandis*:

> *APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE REGISTRO TARDIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NASCIMENTO NO BRASIL – INEXISTÊNCIA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA – ART. 333, I, CPC – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Pelas provas testemunhais colhidas, não restou demonstrada a alegação da requerente, de que teria nascido em território brasileiro, o que impede o seu registro tardio. Ausente, pois, a prova do fato constitutivo de seu direito.* (TJMS. Apelação n. 0800431-26.2012.8.12.0016, Mundo Novo, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 24/11/2015, p: 26/11/2015).

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NASCIMENTO NO BRASIL – PROVAS FRÁGEIS PARA ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO – RECURSO IMPROVIDO . 1. Com efeito, de acordo com a regra de distribuição estabelecida no art. art. 333, I, do Código de Processo Civil, compete ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito. 2. Pelas provas testemunhais colhidas nos autos (sistema audiovisual), não restou demonstrada a alegação da autora de que teria nascido em território brasileiro.* (TJMS. Apelação n. 0801651-61.2013.8.12.0004, Amambai, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 16/06/2015, p: 18/06/2015).

Outrossim, ao ser ouvido em juízo, o próprio autor entrou em contradição que possui registro de nascimento no Ceará, só que ele teria se perdido em uma Fazendo, pois teria "queimado". Inclusive afirma que tem que buscar esse registro e que nunca pediu segunda via dele em nenhum lugar.

Ora, se já há um registro, não há que se falar em registro tardio sob pena de duplicidade de registros, o que é vedado.

Como bem destacou o magistrado (f. 48/49), *"em caso tal, cabe pedir segunda via ao cartório respectivo, que deve ser localizado pelo requerente, seus amigos e familiares, mesmo com ajuda de órgãos públicos, como a assistência social ou repartição policial, mas não é possível ignorar esse fato e conceder novo registro"*.

Sendo assim, resta nítido que a sentença recorrida não merece reparos.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, com o parecer, conheço do recurso para negar-lhe provimento, mantendo a sentença pelos seus próprios e bem lançados fundamentos.

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. Alexandre Bastos.

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

Campo Grande, 31 de outubro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0842672-21.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – RÉU FALECIDO ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO – DEVER DE FACULTAR AO AUTOR A REGULARIZAÇÃO DO POLO PASSIVO – SENTENÇA TERMINATIVA ANULADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A demanda proposta contra pessoa morta inviabiliza o desenvolvimento válido e regular do processo. Nesse caso, deve ser facultada à parte autora a regularização do polo passivo antes de extinguir–se o processo por ausência de pressuposto processual.

A capacidade de ser parte do réu não consiste em pressuposto processual de existência, mas condição de eficácia do processo em relação a ele (Fredie Didier Jr.).

A extinção do processo sem resolução do mérito, sem facultar à parte a correção do defeito, vai de encontro a toda a sistemática do Direito Processual, que tem como corolário o princípio da primazia da decisão de mérito, verificado em diversos dispositivos do CPC.

O formalismo desprovido de finalidade deve ser combatido, porquanto viola a máxima do Direito Processual, segundo a qual inexiste nulidade processual sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

A regra da proibição de decisão–surpresa, consagrada no Novo CPC (arts. 9º e 10), está contida na dimensão substancial do princípio do contraditório, que consiste na possibilidade da parte influir na decisão. A sentença terminativa ora impugnada reveste–se de caráter surpresa, violando a garantia do contraditório e, por isso, deve ser declarada nula.

Recurso conhecido e provido para anular a sentença.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de setembro de 2017.

Des. Alexandre Bastos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação interposta por BV Financeira S/A - Crédito, Financiamento e Investimento em face da sentença de f. 62/64, que extinguiu o processo sem resolução do mérito na presente ação de busca e apreensão que move contra Isabel Maria Ribeiro Bittencourt.

Em suas razões (f. 67/75), a apelante afirma que, não obstante a ação ter sido proposta em face de pessoa já falecida, o espólio, parte legítima para figurar no polo passivo da lide, foi devidamente citado, afastando qualquer nulidade. Alega, ainda, que o juiz não oportunizou a regularização do polo passivo da demanda pela requerente antes de extinguir o feito. Assim, requer seja declarada a nulidade da sentença e o regular prosseguimento do feito.

O apelado apresentou contrarrazões, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 85/90).

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por BV Financeira S/A - Crédito, Financiamento e Investimento em face da sentença de f. 62/64, que extinguiu o processo sem resolução do mérito na presente ação de busca e apreensão que move contra Isabel Maria Ribeiro Bittencourt.

Mérito

A apelante afirma que, não obstante a ação ter sido proposta em face de pessoa já falecida, o espólio, parte legítima para figurar no polo passivo da lide, foi devidamente citado, afastando qualquer nulidade. Alega, ainda, que o juiz não oportunizou a regularização do polo passivo da demanda pela requerente antes de extinguir o feito. Assim, requer seja declarada a nulidade da sentença e o regular prosseguimento do feito.

As razões da apelante merecem prosperar.

Verifica-se dos autos que a instituição financeira apelante, em 28/11/2016, propôs ação de busca e apreensão de veículo objeto de alienação fiduciária em face de Isabel Maria Ribeiro Bittencourt, que com ela firmara o referido negócio jurídico.

Constatado o preenchimento dos requisitos para a pretensa busca e apreensão, o juiz determinou o cumprimento da medida e a citação da requerida (f. 40/44).

Ao proceder à diligência, o Oficial de Justiça foi informado por parentes da requerida que ela havia falecido em 24/04/2015; e, então, procedeu à busca e à apreensão do veículo, bem como a citação na pessoa de Elson Jorge Ribeiro Bittencourt, que se declarou irmão da requerida e inventariante (f. 58).

A demandante, então, peticionou, requerendo a desconsideração do pedido de citação da requerida formulado anteriormente, considerando que seu irmão, inventariante do espólio, fora devidamente citado (f. 61).

Ato contínuo, sobreveio sentença extinguindo o processo por ausência de pressuposto processual, qual seja, a capacidade de ser parte, tendo em vista que a ação foi proposta contra pessoa falecida.

Esta, no entanto, não parece ser a melhor solução.

Como o processo constitui um "feixe de relações jurídicas", a presença dos sujeitos processuais é condição para que o processo exista. Nesse sentido, a capacidade de ser parte é pressuposto de existência, de constituição do processo.

A capacidade de ser parte deriva da própria capacidade civil ou personalidade jurídica, isto é, todo aquele que pode ser sujeito de direitos e deveres (pessoas naturais, pessoas jurídicas e alguns entes despersonalizados) pode figurar como parte no processo.

In casu, a demanda foi proposta contra pessoa morta, ou seja, que já não tinha capacidade de ser parte, inviabilizando, portanto, o desenvolvimento válido e regular do processo.

Nesse caso, à parte autora, encontrando-se de boa-fé, deveria ter sido facultada a regularização do polo passivo antes de extinguir-se o processo por ausência de pressuposto processual de existência.

Em primeiro lugar, porque, de acordo com Fredie Didier Jr., para que o processo exista, não se exige a capacidade de ser parte do réu. Nas palavras do doutrinador, *"a existência do réu é fundamental para a eficácia do processo em face dele, não para a existência dessa mesma relação jurídica"*. E continua com um exemplo que se encaixa exatamente à hipótese dos autos: *"se o réu já estava morto, e não foi providenciada a sucessão, a sentença será ineficaz para os sucessores"*[1].Ou seja, verificada a morte da requerida, ao autor, deveria ter sido oportunizada a regularização do processo para fazer constar no polo passivo da demanda seus sucessores, ou seu espólio.

Em segundo lugar, a extinção do processo sem resolução do mérito, sem facultar à parte a correção do defeito, vai de encontro a toda a sistemática do Direito Processual, que tem como corolário o princípio da primazia da decisão de mérito, verificado em diversos dispositivos do CPC, merecendo destaque, no caso, os artigos 6º (que também consagra o princípio da cooperação), 139, IX e 317, *in verbis*:

> *Art. 6. Todos os sujeitos do processo [e aí se inclui o juiz] devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*
>
> *Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)*
>
> *IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;*
>
> *Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.*

Além do mais, também norteia o Processo Civil a máxima de que inexiste nulidade processual sem prejuízo (*pas de nullité sans grief)*. Diz-se que o princípio da instrumentalidade das formas, insculpido no art. 277 do CPC, é uma variação desse preceito, preconizando que *"quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade"*.

Na hipótese dos autos, a demandante indicou como ré Isabel Maria Ribeiro Bittencourt. O oficial de justiça, sendo informado da morte da requerida, procedeu a citação daquele que se declarou como inventariante do espólio. Bastaria ao juiz determinar a intimação da requerente para corrigir o polo passivo bem assim verificar se a pessoa citada era, de fato, o representante do espólio de Isabel. Ter-se-ia, assim, a correção do defeito, sem qualquer prejuízo.

Ao contrário, a extinção do processo acarretaria custo e demora para a autora, que teria que recolher às custas de uma ação e ingressar com outra, para, neste novo processo, requerer providência que já havia sido realizada no anterior – a citação do espólio do de cujos.

Ora, isso contraria não só a sistemática processual, como o bom senso, devendo ser combatido esse formalismo desprovido de finalidade.

Por fim, a atitude do magistrado contrariou a regra da proibição de decisão-surpresa, consagrada no Novo CPC, nos artigos. 9º e 10, *in verbis*:

---

1 DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18. ed. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 317.

> *Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (...)*
>
> *Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

A regra está contida na dimensão substancial do princípio do contraditório, que consiste na possibilidade da parte influir na decisão. Nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha[2], o *"Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas"*.

É dizer, a decisão combatida reveste-se de caráter surpresa, violando a garantia do contraditório e, por isso, deve ser declarada nula.

Diante do exposto, deve ser invalidada a sentença terminativa impugnada, retornando-se os para a primeira instância para regular prosseguimento.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço do recurso e dou-lhe provimento para anular a sentença e determinar o retorno dos autos para a Primeira Instância para que se dê regular prosseguimento ao processo.

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, 27 de setembro de 2017.

***

2 *apud* DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18. ed. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 82.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800089-57.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IMPEDIMENTO DE USO DO PROVADOR FEMININO POR TRANSEXUAL – DANO MORAL CARACTERIZADO – VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE CONFIGURADA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO (R$ 10.000,00) – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

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

A identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. No caso, impedir o uso do provador feminino pelo transexual é o mesmo que negar, individual e socialmente, a identidade feminina da recorrente, violando-se, assim, o seu direito a uma vida digna.

O *quantum* indenizatório deve ser fixado em patamar que, além de proporcionar ao ofendido a compensação capaz de confortá-lo pelo constrangimento psicológico a que foi submetido, sirva como fator pedagógico e punitivo para que o ofensor reanalise sua conduta comercial, evitando a recalcitrância da conduta indevida em casos análogos.

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, 13 de dezembro de 2017.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Lojas Riachuelo S/A interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juiz de direito da 4ª Vara Cível de Dourados, que na Ação de Indenização por Danos Morais n.º 0800089-57.2012.8.12.0002, que lhe move Ednaldo Alves Espíndola, julgou procedentes os pedidos formulados inicial.

Narram os autos que a parte autora é travesti feminina, apresentando características marcantes do sexo feminino e que no dia 15 de dezembro de 2011, em torno das 19 horas esteve no estabelecimento da requerida, a fim de efetuar compras. Escolhidas as peças se dirigiu ao provador feminino, ocasião em que

foi impedida pela funcionária de utilizar aquele espaço, direcionando-a ao provador de roupas masculino. Alegou que a conduta de referida funcionária afronta claramente sua opção sexual e se sentindo constrangida, ajuizou a presente ação de indenização por danos morais.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial.

Afirma que a parte autora é homem, com características físicas notadamente masculinas (travesti), não tendo ainda realizado a cirurgia de mudança de sexo e consequentemente de nome.

Argumenta que o autor alega que ficou constrangido de ter que usar o provador masculino, mas não afirma ter sido destratado por nenhum funcionário, nem ter sido exposto ao ridículo por ninguém.

Sustenta que:

> *Neste passo, não se pode tipificar como ato ilícito passível de indenização o fato de o recorrido apenas ter sido encaminhado ao provador masculino, por ser, em sua natureza física um homem! Ora Excelência, não se trata de uma solicitação esdrúxula, de uma regra ilícita. Nestes termos, seguindo o raciocínio do recorrido, as mulheres do provador feminino não ficariam constrangidas de ter um "homem" travestido de mulher no mesmo local?* (f. 164)

Argumenta que a funcionária ficou confusa porque o autor e sua amiga estavam trajando calça jeans, camiseta e não estavam maquiadas, apenas de cabelos presos. Alega que a parte autora ofendeu a funcionária quando percebeu que foi encaminhada ao vestiário masculino.

Argumenta que não ocorreu discriminação em razão da identidade sexual do apelado, pois a apelante sempre autorizou o ingresso e permanência em seus estabelecimentos comerciais, de pessoas de qualquer orientação sexual.

Pelo princípio da eventualidade, assegura que caso mantida a condenação por danos morais, o valor deve ser reduzido, pois, fixado em valor exagerado, sem atentar para o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, evitando o enriquecimento ilícito da recorrida.

Requer a improcedência do pleito indenizatório ou, alternativamente, a minoração do valor do dano moral.

O recorrido contrarrazoou, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 178-186).

VOTO

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

Lojas Riachuelo S/A interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juiz de direito da 4ª Vara Cível de Dourados, que na Ação de Indenização por Danos Morais nº 0800089-57.2012.8.12.0002, que lhe move Ednaldo Alves Espíndola, julgou procedentes os pedidos formulados inicial.

Narram os autos que a parte autora é travesti feminina, apresentando características marcantes do sexo feminino e que no dia 15 de dezembro de 2011, em torno das 19 horas esteve no estabelecimento da requerida, a fim de efetuar compras. Escolhidas as peças se dirigiu ao provador feminino, ocasião em que foi impedida pela funcionária de utilizar aquele espaço, direcionando-a ao provador de roupas masculino. Alegou que a conduta de referida funcionária afronta claramente sua opção sexual e se sentindo constrangida, ajuizou a presente ação de indenização por danos morais.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial.

Afirma que a parte autora é homem, com características físicas notadamente masculinas (travesti), não tendo ainda realizado a cirurgia de mudança de sexo e consequentemente de nome.

Argumenta que o autor alega que ficou constrangido de ter que usar o provador masculino, mas não afirma ter sido destratado por nenhum funcionário, nem ter sido exposto ao ridículo por ninguém.

Sustenta que:

> *Neste passo, não se pode tipificar como ato ilícito passível de indenização o fato de o recorrido apenas ter sido encaminhado ao provador masculino, por ser, em sua natureza física um homem! Ora Excelência, não se trata de uma solicitação esdrúxula, de uma regra ilícita. Nestes termos, seguindo o raciocínio do Recorrido, as mulheres do provador feminino não ficariam constrangidas de ter um "homem" travestido de mulher no mesmo local?* (f. 164)

Argumenta que a funcionária ficou confusa porque o autor e sua amiga estavam trajando calça jeans, camiseta e não estavam maquiadas, apenas de cabelos presos. Alega que a parte autora ofendeu a funcionária quando percebeu que foi encaminhada ao vestiário masculino.

Argumenta que não ocorreu discriminação em razão da identidade sexual do apelado, pois a apelante sempre autorizou o ingressos e permanência em seus estabelecimentos comerciais, de pessoas de qualquer orientação sexual.

Pelo princípio da eventualidade, assegura que caso mantida a condenação por danos morais, o valor deve ser reduzido, pois, fixado em valor exagerado, sem atentar para o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, evitando o enriquecimento ilícito da recorrida.

Requer a improcedência do pleito indenizatório ou, alternativamente, a minoração do valor do dano moral.

O recorrido contrarrazoou, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 178-186).

Inicialmente, convém ressaltar que a sentença objeto do presente recurso foi proferida em 21 de julho de 2014, e o prazo para interposição da apelação transcorreu inteiramente durante a vigência do CPC/73. Desta forma, contatando-se que a sentença foi proferida quando ainda em vigor a lei n.º 5.869/73 (Código de Processo Civil -1973), e que o prazo final para a interposição do recurso também se findou quando ainda vigente a norma referida, ou seja, antes da entrada em vigor do CPC/2015, as questões relativas a admissibilidade e processamento deste recurso, submetem-se ao regramento previsto nessa.

A sentença recorrida não merece reforma, devendo ser mantida pelos próprios fundamentos.

Quando da análise do pedido de indenização por dano moral, o julgador de origem fez constar (f. 140):

> *Extrai-se destes autos que a parte autora se auto retrata como travesti feminina. Por sua vez, é fato incontroverso que, acompanhada da testemunha João Francisco do Nascimento (Neiva), também travesti feminina, esteve na loja da parte requerida para realizar compras no setor feminino, onde foi impedida de utilizar o provador correspondente a este setor, sendo direcionada ao provador localizado no segundo piso, que se tratava de provador masculino.*
>
> *Em contra-partida, a própria requerida reconhece que suas funcionárias não permitiram que a autora e sua amiga se utilizassem do provador feminino já que se tratam de "homens apenas travestidos de mulher". Do mesmo modo, referidas funcionárias, ao prestarem depoimento neste autos, confirmaram que direcionaram a parte autora ao provador masculino.*

> *A questão de fundo, pois, cinge-se a definir se a conduta da requerida ao obstar o uso de provadores femininos por travesti feminina (ou, no caso, transexual feminina, uma vez que esta aduz sua pretensão à alteração de gênero) constitui conduta ilícita e, portanto, passível de ensejar a reparação pelos danos morais alegados.*
>
> *Há de se ter em mente que a livre orientação afetivosexual é um direito personalíssimo e fundamental de qualquer pessoa, amparado pela Constituição Federal de 1988. Aliás, esta tem como um de seus mais festejados princípios o de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).* (f. 140)

Pois bem, a parte autora se vê como mulher e assim também espera ser vista pela sociedade, embora em seus documentos ainda ostente o nome de batismo, ignorar esta realidade fere o artigo 1º, inciso III da Constituição: a dignidade da pessoa humana.

Portanto, uma vez que a apelante admite expressamente que a sua funcionária impediu o acesso da apelada ao provador feminino, redirecionando-a ao masculino, ocasionou à autora constrangimento, pois, ao contrário do que afirma a apelante, a parte autora só se porta, se veste e tem aparência determinantemente feminina, fato comprovado nos autos pelas fotografias anexadas às f. 14 e 39 (documento de identidade).

Assim, não procede a alegação da apelada de que a forma como estava trajada a autora deixou confusa a funcionária, pois tanto ela como a gerente do setor de nome Cíntia tinham ciência de tratar-se de uma transexual, sendo que Cíntia inclusive disse que a conduta adotada, era prevista nas normas internas da loja, ou seja, não houve engano algum.

Assim, embora biologicamente a autora tenha nascido com genitália masculina, no caso dos autos, ao que tudo indica, ela age socialmente como mulher, assim como aquelas que assim o são por determinação biológica. Como dito, as travestis, transexuais, ou seja, as transgêneros de modo geral devem ser encaradas como mulheres na utilização dos provadores e em qualquer ocasião de suas vidas sociais, em respeito ao princípio da dignidade humana, sem nenhuma discriminação (art. 3º, IV, da CRFB/1988).

Importa transcrever trecho da sentença, onde o magistrado *a quo,* consignou:

> *Por sua vez, conforme já apontado, a identidade da parte autora está dissociada do gênero que (ainda) ostenta; visivelmente seu gênero de opção é o feminino, eis que cultiva cabelos e unhas normalmente associados ao sexo feminino (ainda que não exclusivo), e expõe implantes na região mamária, além de evidentemente submeter-se à tratamento hormonal com a intenção de reduzir suas características marcadamente masculinas. Com todo respeito às alegações da parte requerida apresenta-se socialmente, claramente, com o gênero feminino, ainda que algumas características ainda possibilitem sua identificação como transgênero.*
>
> *E se assim se apresenta, identificando-se com o sexo de opção feminino, não poderiam as prepostas da requerida simplesmente encaminhá-la para local onde poderia evidentemente ser submetida a constrangimento, além de constranger eventuais outros clientes que se sentissem incomodados com a presença de pessoa ostentando claramente as caraterísticas de outro sexo. (f. 141).*

Registro que a opção sexual é parte indissociável da personalidade humana, sendo que a Carta Magna assegura a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando o direito à reparação pelo dano moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, da CF).

Ainda, vale destacar que os provadores contam com instalações privativas (com portas e divisórias), ou seja, não havia o risco de outras mulheres despirem-se na frente de outras pessoas, tanto que, em

estabelecimentos comerciais desse tipo, o atendimento aos clientes é feito por funcionários de ambos os sexos e não há relato de que isso cause constrangimento.

Arrisco dizer que a situação da autora, de ser vista utilizando o provador feminino perante os clientes do sexo masculino, me parece mais desconfortante do que as clientes do sexo feminino utilizarem o mesmo espaço com pessoa, que também se vê como mulher.

Diante disso, penso que a prova produzida corrobora a tese da autora de que foi humilhada no estabelecimento da ré pelo fato de ter sido encaminhada ao provador masculino. E considerando que a autora se veste como mulher e assim se porta, não poderia mesmo buscar o provador masculino, posto que poderia até sofrer retaliação, porque a homofobia ainda está entre nós.

Aliás, o que aconteceu no estabelecimento da demandada foi homofobia e preconceito, o que impõe medidas enérgicas daquela administração para evitar que isto ocorra, não apenas orientando, mas tomando providências a fim de evitar a ocorrência de situações que exponha o homossexual a constrangimentos.

Portanto, diante do que dispõe a Constituição da República, com objetivo de proteger os direitos à identidade, à igualdade, à não-discriminação e o princípio da dignidade da pessoa humana, diante das circunstâncias fáticas retratadas no presente processo, reputo ser discriminatória a atitude da ré ao determinar que a autora utilizasse o provador masculino, devendo ser deferido os pedidos contidos na inicial.

A empresa é responsável pelo ato de seus empregados no exercício das suas funções.

> *REPARAÇÃO DE DANOS. OFENSAS VERBAIS NO INTERIOR DE COLETIVO, EM RAZÃO DA CONDIÇÃO FÍSICA E OPÇÃO SEXUAL DO PASSAGEIRO. DANO MORAL CONFIGURADO. Tendo o autor comprovado haver sido insultado pelo empregado da ré, o qual o constrangeu, chamando-o de" vesgo e veado ", quando este passava pela catraca do ônibus, configurado resta o abalo psíquico do autor, uma vez que o preposto da ré, inibiu o passageiro e permaneceu gargalhando, na presença de diversas pessoas, o que provocou, por óbvio, abalo extraordinário, diverso do mero dissabor. O recorrido é portador de estrabismo e a conduta do empregado da prestadora de serviços de transporte afigura-se inaceitável, pois mangou de pessoa portadora de moléstia, presumindo, ainda, ser ele, homossexual, o que, igualmente não pode ser alvo de escárnio. A ré, a sua vez, cingiu-se a alegar que o fato não ocorreu ou não passou de" mera injúria ", o que, em outras palavras findou por reconhecer os insultos ao autor. Ademais, não produziu provas a afastar as alegações do requerente, postulando a oitiva de testemunha em Comarca diversa, a qual não compareceu à solenidade aprazada, bem como a ré e seus representantes, em clara atitude procrastinatória do feito. Não houve sequer pedido de oitiva do empregado que estaria laborando naquela ocasião. Comprovada que a linha" Morada do Vale "trafega pela avenida Assis Brasil em ambos os sentidos. Configurado o abalo aos direitos da personalidade do recorrido, o quantum indenizatório fixado na sentença não se evidencia excessivo, pois bem se amolda aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista os danos causados ao autor, as circunstâncias do fato e o caráter punitivo da medida. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO.* (Recurso Cível n.º 71002923027, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Marta Borges Ortiz, Julgado em 22/02/2011).

> *INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. AGRESSÃO. CLIENTE DE LAN HOUSE. NEXO DE CAUSALIDADE INEXISTENTE. I. Usuário de Lan House que é expulso do recinto mediante desforço físico e ofensas verbais por outro frequentador do local, em razão de estar acessando conteúdo pornográfico homossexual. II. Em que pese configurada relação de consumo, atraindo responsabilidade objetiva do fornecedor pela segurança do cliente, no caso concreto a prova não autoriza concluir pela existência de nexo de causalidade entre a conduta deste e o dano sofrido pelo primeiro. Excludente de responsabilidade*

> *configurada. Improcedência da pretensão contra o fornecedor, devendo responder apenas o causador direto do dano. Sentença reformada. Recurso provido. Unânime*. (Recurso Cível n.º 71001950260, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: João Pedro Cavalli Júnior, Julgado em 10/09/2009).

Importa transcrever trecho pertinente do parecer do Ex-Procurador-Geral da República Rodrigo Janot no Recurso Extraordinário (RE) 845.779/SC, tema 778, no qual se discute o uso dos banheiros femininos por transexuais, *in verbis*:

> *(...) No presente caso, o aporte de direito comparado é bastante útil, uma vez que envolve questão ainda pouco versada no âmbito jurisdicional interno. Acresce que a demanda pelo reconhecimento de direitos dos cidadãos que se identificam como lésbicas, gays, bissexuais, travestis ou transgêneros, como já visto, consolida-se em escala global, caracterizando-se como nova etapa na afirmação histórica dos direitos humanos. (...)*
>
> *(...) Destarte, impedir o uso do banheiro feminino é o mesmo que negar, individual e socialmente, a identidade feminina da recorrente, violando-se, assim, o seu direito a uma vida digna. (...)*
>
> *(...) Não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal. (...)*

A situação causou vergonha e sofrimento à autora e é plenamente indenizável. Reconhecida a ofensa à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais que são seus corolários, é inegável, por consequência, o direito à reparação do dano moral sofrido pela recorrente.

Assim, por tais motivos, voto pela manutenção da decisão de origem que condenou a apelante ao pagamento de indenização por danos morais.

Quantum indenizatório

A indenização tem por escopo o resgate da dignidade da ofendida, não só em face do *quantum* a receber, mas pela certeza de que a ofensa não acabou impune. Assim considerando, essa indenização, além do aspecto pedagógico, deve ser em valores tais que inibam atentados contra a personalidade alheia (ou pelo menos contribuam para evitá-los).

Justamente por isso o valor não pode ser reduzido, sob pena de se tornar inócuo. Deve ser significativo para inibir o infrator e impedir que o mesmo reincida, sensibilizando-se que é muito mais vantajoso ser mais atento e cuidadoso em suas relações comerciais do que pagar indenizações pela má prestação de seus serviços.

Embora não haja critérios específicos para se chegar a esse valor, o ordenamento indica a extensão do dano (art. 944 do Código Civil) como sendo o principal parâmetro a ser observado.

A propósito, não se pode vincular o valor da indenização à condição econômica da vítima pois isso importaria valores distintos de indenização para dano de mesma similitude. Noutras palavras: importaria dimensionar uma mesma agressão de forma distinta.

O bem agredido, no caso, seria maior ou menor tão somente em razão da posição da pessoa ofendida na escala profissional ou social, o que juridicamente não é aceitável, embora esse procedimento importa lembrar lamentavelmente tenha sido (ainda é) bastante adotado. Enfim, a situação patrimonial de quem vai receber a indenização não deve ser levada em conta para a quantificação do dano moral, mas sim a de quem

vai pagar, de modo a permitir a exequibilidade da obrigação.

Portanto, quando se vai arbitrar um valor a título de indenização, deve-se levar em conta primordialmente dois aspectos: a gravidade e a extensão do dano e a capacidade econômica do agressor.

Assim, entendo que o valor fixado na sentença R$ 10,000,00 (dez mil reais), se mostra adequado à situação fática e aos critérios acima indicados. O valor fixado não é excessivo e será suficiente a amenizar o sofrimento da autora, sem ocasionar enriquecimento sem causa.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Lojas Riachuelo S/A, porém nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0802610-15.2016.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – APELAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CIRURGIA ORTOPÉDICA – ESPERA HÁ MAIS DE 6 ANOS NA FILA DO SUS – MEDIDA QUE SE IMPÕE – OBRIGAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS – OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – REDE PÚBLICA DE SAÚDE – DEMORA NA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA – INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

A responsabilidade civil do Estado, em relação aos danos causados por seus prepostos a terceiros é objetiva, sendo necessária a ocorrência de três pressupostos: ação do agente público (fato administrativo); dano material ou moral e nexo de causalidade entre ambos.

A demora na realização de cirurgia pela rede pública de saúde, ainda que reiterada a decisão judicial cominatória, em busca de tratamento especializado e condizente com o quadro do paciente, não configurou ilícito por parte da Administração.

Inexistência de dano moral, visto que a angústia e o sofrimento alegados pelo autor decorreram da queda e da gravidade da lesão física.

Apelação e remessa necessária, recursos desprovidos.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 8 de novembro de 2017.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta por Roseli Conceição Fernandes relativo à sentença de p. 97-105, proferida pela MM. Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, por cujo intermédio julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer ajuizada pela apelante, com o escopo de obter tratamento cirúrgico e indenização por danos morais.

Versa na origem o pedido de Roseli Conceição Fernandes, 50 anos, portadora de Hallux Valgo e necessita de forma urgente de tratamento cirúrgico em ambos os pés, bem como exames pré e pós-operatório e todo o tratamento adequado para sua cura. Salienta que aguarda a realização dos referidos procedimentos já há seis (06) anos e com sua patologia possui dor crônica e dificuldade de deambular.

A tutela de urgência foi-lhe concedida às fls. 35/39 nos seguintes termos:

> *Diante de tais considerações, com fundamento nos artigos 300, § 2º e 537, do Código de Processo Civil/2015, CONCEDO a tutela de urgência para que seja providenciado pelo Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Município de Corumbá o tratamento cirúrgico para hálux valgo em ambos os pés, assim como exames pré e pósoperatórios, conforme prescrição médica, no prazo máximo de 30 dias, a contar da intimação, sob pena de multa diária no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada a 30 (trinta) dias.*

Já a sentença recorrida foi julgada da seguinte forma:

> *Diante do exposto, confirmo a tutela de urgência concedida às f. 35/39 e julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial, com a finalidade de tão somente determinar que Município de Corumbá e o Estado de Mato Grosso do Sul forneçam e disponibilizem a Roseli Conceição Fernandes o procedimento cirúrgico para hálux valgo em ambos os pés, assim como exames pré e pós-operatórios, conforme prescrição médica, no prazo máximo de 30 dias, sob pena de multa diária no importe de R$ 200,00 (duzentos reais) para cada um dos requeridos, limitada a 30 (trinta) dias, sem prejuízo da adoção de outras providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (artigo 536, §1º, do Código de Processo Civil/2015). Decreto, pois, extinto o feito, com resolução do mérito nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil/2015.*
>
> *Deixo de condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento dos honorários advocatícios da parte requerente, por entender que dívidas existentes entre o Estado do Mato Grosso do Sul e a Defensoria Pública do mesmo Estado, que patrocinou os interesses do requerente, se resolvem pela ocorrência do instituto da confusão.*
>
> *Outrossim, condeno o Município de Corumbá, ante o caráter contencioso da presente ação, ao pagamento de 50% da verba honorária total, a qual, com fundamento nas diretrizes estabelecidas no artigo 85, §2º do Código de Processo Civil, arbitro em 10% sobre o valor da causa, cabendo-lhe, portanto, o pagamento de 5% (cinco por cento).*

Em suas razões, Roseli Conceição sustenta que ajuizou demanda cominatória pretendendo que os recorridos fornecessem tratamento cirúrgico em ambos os pés, assim como exames pré e pós operatórios, além de condenação pelo dano moral no importe de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) em razão de ter sofrido demora no fornecimento dos procedimento médico.

Alega que o juízo não observou não observou as circunstâncias objetivas e subjetivas da ofensa, quais sejam, as consequências da ofensa (agravar o estado de saúde da paciente), a capacidade econômica do ofensor (Estado, no sentido *lato sensu*) e a pessoa do ofendido (hipossuficiente e usuária do SUS), deixando de reconhecer e aplicar dano moral. Entende que é patente a responsabilidade civil do ente público municipal e do ente público estadual, em razão do tratamento médico dado à paciente não ter sido satisfatório, ou até mesmo, não ter sido realizado mesmo após a intimação da concessão.

Afirma que a demora injustificada e até mesmo a ausência na realização o tratamento médico adequado para a recorrente não ilide a responsabilidade dos entes públicos, que são responsáveis por garantir a vida dos cidadãos.

Requer a reforma da sentença para que a decisão reconheça o dano moral no importe de R$ 60.000,00.

Contrarrazões do Estado às fls. 128/137 e do Município de Corumbá às fls. 138/143.

Manifestação da DPGE às fls. 149 e da PGJ às fls. 156/166 opinando pela ratificação da sentença e pelo desprovimento do apelo.

VOTO

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

No que concerne à obrigação de o Estado/Município fornecer o tratamento pleiteado, este Tribunal tem entendido que "*existe solidariedade na assistência à saúde entre a União, o Estado e o Município, podendo a ação ser ajuizada em face de todos, de alguns ou de apenas um, por essa razão, não há falar em ilegitimidade do Estado para figurar no pólo passivo da ação tampouco em responsabilidade subsidiária do Município.*" (TJMS – Apelação Cível n.º 2011.010759-7, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Turma, j. 02.06.2011).

Logo, se estivesse comprovada a existência de algum dano, poderiam ser o Estado, o Município e a União responsabilizados de forma solidária.

Quanto à assistência à saúde, vale dizer que a Constituição Federal, em seu artigo 6º, dispõe que *"são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição"*.

Vê-se que o direito à saúde está consubstanciado na Constituição Federal, em seu artigo 196, segundo o qual *"a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"*.

O Supremo Tribunal Federal já fixou o entendimento de que "*o direito à saúde, como está assegurado no art. 196, da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele"*, como se extrai do Recurso Especial n. 261.268/RS, da relatoria do Ministro Moreira Alves.

O acesso aos serviços públicos de saúde é uma garantia constitucional e não pode ser negada aos cidadãos.

Pois bem. No mérito, no que se refere ao pleito indenizatório, utiliza-se a teoria da responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, quando se trata de ato comissivo da administração por meio de seus agentes, sendo suficiente nestas hipóteses, ao julgamento de procedência, a demonstração da prática do ato ilícito, do dano causado e do nexo de causalidade.

Ocorre que, no caso telado, não restou demonstrado ou caracterizado que a demora na realização do procedimento cirúrgico tenha decorrido piora no quadro de saúde do apelante ou tenha sofrido ofensa ou constrangimento vexatório.

Com efeito, não há caracterização da prática de ato ilícito; o nexo de causalidade, nesse sentido, decorrente do suposto agir descuidado do profissional da saúde e do próprio município/estado, apesar da demora demasiadamente longa parecer um descaso com o problema que aflige o cidadão.

> *RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. MUNICÍPIO DE SÃO BORJA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO AFASTADA. DEMORA NA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRURGICO. INEXISTENCIA DE PROVA DO ALEGADO DANO MORAL. Reconhecida a legitimidade passiva do Ente Público uma vez que há obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios. Dano moral não configurado ante a inexistência de provas no sentido de que a demora para realização do procedimento cirúrgico indicado acarretou a piora no quadro clinico do paciente. RECURSO IMPROVIDO (Recurso Cível Nº 71004629994, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado*

em 27/02/2014) (TJ-RS - Recurso Cível: 71004629994 RS, Relator: Luís Francisco Franco, Data de Julgamento: 27/02/2014, Turma Recursal da Fazenda Pública, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/03/2014).

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADA. INCAPACIDADE FÍSICA PERMANENTE. DEMORA NA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. DANO MATERIAL E MORAL. NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. RECURSO NÃO PROVIDO. Os artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil autorizam o juiz a dispensar a produção de provas quando entender que existem nos autos aquelas suficientes para formar o seu convencimento. Ausente prova inequívoca de existência do nexo causal entre a incapacidade física permanente e a demora na realização da cirurgia a ser providenciada pelos entes públicos demandados, não há falar em indenização por dano material e moral. (TJ-MS - APL: 00078013920098120002 MS 0007801-39.2009.8.12.0002, Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins, Data de Julgamento: 14/10/2014, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/10/2014).

O direito do autor ainda aguarda em ser atendido, o que não deve mais perdurar, devendo ser imediatamente atendido. Não há que se falar em prazos mais longíquos, e sim no atendimento de fato.

A demora na realização de cirurgia pela rede pública de saúde, ainda que reiterada a decisão judicial cominatória, em busca de tratamento especializado e condizente com o quadro do paciente, não configura ilícito por parte da Administração.

A multa coercitiva ou sequestro de verbas permanece para garantir de uma vez por todas a realização do procedimento, frisando que não há qualquer vedação no ordenamento jurídica para que ocorra.

Desta forma, deve a sentença recorrida ser mantida, diante da inexistência do nexo causal entre a demora na realização do procedimento e a piora no quadro clinico da parte autora, bem como qualquer outro fato que ensejasse o deferimento de danos morais conforme postulado pelo recorrente.

Em sede de remessa necessária, ratifico a sentença sob reexame.

Ante o exposto, conheço dos recursos e nego provimento, mantendo inalterada a sentença e seus fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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 novembro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Remessa Necessária nº 0808396-58.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CARGO DE MOTORISTA – CANDIDATO APROVADO NA FASE ESCRITA – INADMISSÃO DO CANDIDATO EM VIRTUDE DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO EM QUE CONSTA A EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO PELA SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME DE AMEAÇA – PREVISÃO EM EDITAL DE INADMISSÃO EM CASO DE SENTENÇA PENAL COM TRÂNSITO EM JULGADO – PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – EDITAL FAZ LEI ENTRE AS PARTES – ATO ILEGAL POR FALTA DE PREVISÃO EM EDITAL – CANDIDATO DEVE SER CONSIDERADO APTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO, COM O PARECER.

Na relação jurídico-administrativa que se estabelece entre a Administração Pública e o candidato inscrito no certame, as obrigações e direitos de ambas as partes são regidos tanto pelas leis existentes quanto pelo respectivo edital, sendo que este é a "lei do concurso", vinculando não só os concorrentes, bem como a própria Administração. Este vínculo é oriundo do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

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, com o parecer, manter a sentença objeto de remessa necessária, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de outubro de 2017.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

O Juízo de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS submete à remessa necessária a sentença proferida nos autos de Mandado de Segurança n.º 0808396-58.2016.8.12.0002, que Adenir Marques Alves impetrou em face de ato do Diretor Presidente da Fundação Nacional de Saúde do Município de Dourados/MS, na qual fora concedida a segurança pleiteada, ratificando a liminar antes deferida.

O Impetrante sustenta que, em 2015, participou do concurso público para o ingresso no quadro de pessoal da Fundação de Saúde do Município de Dourados-MS, para o cargo de "Motorista cat. D", e foi aprovado na fase escrita, ficando em 7º colocado (classificado no cadastro de reserva do certame).

Aduz que, na fase de apresentação de documentos e de perícia médica admissional, foi surpreendido com a informação de que estaria impedido de ser empossado no cargo, em decorrência de ter apresentado certidão criminal positiva.

Alega a violação de seu direito líquido e certo, sob o argumento de que o edital do concurso não fazia alusão à entrega de certidão negativa como condição necessária para a posse do candidato.

Às f. 57/58, o magistrado *a quo* deferiu a liminar e, ao final, concedeu a segurança em definitivo (f. 452/453), submetendo a sentença a reexame necessário.

Não houve interposição de recurso.

Às fls. 500/505, a 6ª Procuradoria de Justiça Cível opinou pela manutenção da sentença e, por conseguinte, pelo desprovimento do reexame necessário.

VOTO

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

Trata-se de reexame necessário da sentença proferida nos autos de Mandado de Segurança n.º 0808396-58.2016.8.12.0002, que Adenir Marques Alves impetrou em face de ato do Diretor Presidente da Fundação Nacional de Saúde do Município de Dourados/MS, na qual fora concedida a segurança pleiteada, ratificando a liminar antes deferida.

O Impetrante sustenta que, em 2015, participou do concurso público para o ingresso no quadro de pessoal da Fundação de Saúde do Município de Dourados-MS, para o cargo de "Motorista cat. D", e foi aprovado na fase escrita, ficando em 7º colocado (classificado no cadastro de reserva do certame).

Aduz que, na fase de apresentação de documentos e de perícia médica admissional, foi surpreendido com a informação de que estaria impedido de ser empossado no cargo, em decorrência de ter apresentado certidão criminal positiva.

Alega a violação de seu direito líquido e certo, sob o argumento de que o edital do concurso não fazia alusão à entrega de certidão negativa como condição necessária para a posse do candidato.

Às f. 57/58, o magistrado *a quo* deferiu a liminar e, ao final, concedeu a segurança em definitivo (f. 452/453), submetendo a sentença a reexame necessário.

Não houve interposição de recurso.

Às fls. 500/505, a 6ª Procuradoria de Justiça Cível opinou pela manutenção da sentença e, por conseguinte, pelo desprovimento do reexame necessário.

É o que cumpria relatar. Passo a decidir.

Da análise os autos, infere-se que o impetrante foi impedido de tomar posse no cargo de "Motorista cat. D", em virtude de ter apresentado certidão em que consta a existência de ação penal em curso pela suposta prática de crime de ameaça.

Entrementes, o edital do concurso, no item 9.9 (f. 25), prescreve o seguinte:

> *9.9 - Não será efetivada a posse de candidato aprovado que tenha sido* ***condenado por sentença transitada em julgado*** *ou demitido do serviço público por qualquer órgão ou entidade da União, de Estados, do Distrito Federal ou de Municípios, de qualquer dos seus Poderes.* (grifei).

Da detida leitura do sobredito item, resta clarividente que, para eventual impedimento à nomeação de candidato ao cargo, a condenação deve estar revestida pelo manto da coisa julgada, motivo pelo qual o ato da autoridade coatora é ilegal, uma vez que afronta o próprio edital do concurso.

Na relação jurídico-administrativa que se estabelece entre a Administração Pública e o candidato inscrito no certame, as obrigações e direitos de ambas as partes são regidos tanto pelas leis existentes quanto pelo respectivo edital, sendo que este é a "lei do concurso", vinculando não só os concorrentes, bem como a própria Administração. Este vínculo é oriundo do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Acerca do sobredito princípio eis os seguintes julgados deste TJMS:

> *EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO APROVADO NA PRIMEIRA ETAPA - PROVA DE TÍTULOS - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA FORMA DE PONTUAÇÃO - EDITAL QUE É A LEI DO CONCURSO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA DENEGADA.* ***O princípio da vinculação ao instrumento convocatório determina que o edital é a lei do concurso****. Não há ilegalidade na forma de pontuação dos títulos apresentados pela candidata em concurso público se respeitadas as regras previstas no edital do certame.* (TJMS-MS- N. 2012.000900-5/0000-00- Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo 09/07/2012). (grifei).
>
> *EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - EXAME MÉDICO - AUSÊNCIA DE ENTREGA - INAPTIDÃO - VINCULAÇÃO AO EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO - ORDEM DENEGADA.* ***O princípio da vinculação ao instrumento convocatório se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo seus termos ser observados pelos participantes****.* (TJMS. Mandado de Segurança n.º 1407744-66.2014.8.12.0000, N/A, 3ª Seção Cível, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, j: 15/09/2014, p: 17/09/2014) (grifei).

Com efeito, o ato administrativo é ilegal por ofensa ao próprio edital, pois o suposto impedimento que embasou a inadmissão do impetrante no cargo de motorista (certidão positiva informando a tramitação de ação criminal) não consta como condição para a posse.

Destarte, em razão dos argumentos alhures esposados, entendo que a sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, conheço da remessa necessária, e com o parecer, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, mantiveram a sentença objeto de remessa necessária, nos termos do voto do relator.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 18 de outubro de 2017.

***

Órgão Especial
Habeas Data nº 1408559-58.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS DATA – ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA – PUBLICIDADE DAS GRAVAÇÕES DA PROVA ORAL – IMPOSSIBILIDADE DE RECORRER – FALTA DE INTERESSE – DISPONIBILIZAÇÃO DO LAUDO PSICOTÉCNICO – NÃO REPROVAÇÃO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA – INVESTIGAÇÃO SOCIAL E SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA – CARÁTER EMINENTEMENTE SIGILOSO – NÃO CONCESSÃO.

Em não havendo, por disposição do edital, a possibilidade de recorrer da prova oral, carece de interesse o pleito de obtenção de cópia da gravação audiovisual da fase oral de concurso público.

Tendo sido delimitado pelo edital que a disponibilização do resultado do laudo psicotécnico resume-se à hipótese de reprovação do candidato nessa fase, inviável a publicidade dos referidos exames, ante a ausência de previsão normativa, na hipótese de aprovação.

A investigação social e a sindicância sobre a vida pregressa possuem caráter eminentemente sigiloso, considerando que poderá conter relatórios de inteligência que demandam tratamento reservado.

Habeas data que se nega concessão, ante a ausência de previsão normativa e a falta de interesse processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, contra o parecer, denegar a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de outubro de 2017.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de *habeas data*, com pedido de medida liminar, impetrado por Fabiano Pereira Gonçalves, em desfavor do presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, em face do indeferimento do pedido de entrega do áudio da prova oral e de outros documentos referentes ao 31º Concurso da Magistratura do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Em caráter liminar, pleiteia a entrega da gravação de sua prova oral, bem como dos resultados de sua avaliação psiquiátrica, psicológica e dos laudos de investigação pessoal, a fim de instruir ação anulatória que foi proposta contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

Pugna pela ordem (f. 1/10).

A liminar foi indeferida (f. 153/154), foram prestadas informações (f. 158/161), e o impetrante reiterou o pedido (f. 164/165).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela concessão parcial (f. 167/173).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de *habeas data*, com pedido de medida liminar, impetrado por Fabiano Pereira Gonçalves, em desfavor do presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, face do indeferimento do pedido de entrega do áudio da prova oral e de outros documentos referentes ao 31º Concurso da Magistratura do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Pleiteia a entrega da gravação de sua prova oral, bem como dos resultados de sua avaliação psiquiátrica, psicológica e dos laudos de investigação pessoal, a fim de instruir ação anulatória que foi proposta contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

Ao prestar informações, a presidência deste sodalício declarou (f. 158/161):

> *(...) Em que pesem os argumentos do impetrante, o pedido deve ser indeferido pelas seguintes razões:*
>
> *Primeiramente, entende-se que a homologação do 31º Concurso para o cargo de Juiz substituto do TJMS e a posse dos aprovados acarretou a perda do objeto deste* habeas data*. Nesse sentido:*
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CONSIDERADO INAPTO NO EXAME DE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. LIMINAR CONCEDIDA. REPROVAÇÃO NA PROVA SUBSEQUENTE. ENCERRAMENTO DO CERTAME, INCLUSIVE COM O INÍCIO DO CURSO DE FORMAÇÃO, SEM A PRESENÇA DO IMPETRANTE. PERDA DO OBJETO. EXTINÇÃO DO MANDAMUS.*
>
> *Gize-se que a matéria atinente à nulidade do referido certame, que é o fim escoimado pelo Impetrante com o presente* habeas data *já foi analisada pelo Conselho Nacional de Justiça à data de 1º/06/2017, no procedimento administrativo de nº 0000165-81.2017.2.00.0000, o qual concluiu pela higidez do concurso, nos termos da ementa:*
>
> *PROCEDIMENTO DE CONTROLE DE ATO ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ SUBSTITUTO. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NA ETAPA DA PROVA ORAL. OBJETO DA CONTROVÉRSIA RESTRINGIDA PELO PLENÁRIO, À QUESTÃO DO PROCEDIMENTO ADOTADO PELA COMISSÃO DE CONCURSO NO QUE DIZ RESPEITO À PROVA ORAL. PROCEDIMENTO JULGADO IMPROCEDENTE.*
>
> *1. Não foram comprovadas as nulidades arguidas pelos requerentes, consistentes em: (a) ausência de lacre nas notas dos candidatos logo após sua atribuição para cada candidato, individualmente, pelos examinadores; (b) ausência de comprovação do*

lançamento de notas individuais; (c) abertura de envelopes em sessão secreta; em clara desobediência aos ditames da Resolução CNJ nº 75/2009, inevitável a declaração de nulidade da etapa do concurso.

2. Inexistência de prejuízo concreto e de possíveis vícios no procedimento adotado pela Comissão Examinadora quando da colheita e divulgação das notas da prova oral.

3. Pedido julgado improcedente, mantendo-se higidez do certame.

Não bastasse a decisão do CNJ no sentido da legalidade e higidez do concurso, deve-se salientar que não existe previsão para fornecimento do áudio da prova oral. Inclusive, há a Resolução n. 75/2009 do CNJ que somente menciona no parágrafo único de seu art. 64 que 'haverá registro em gravação de áudio ou por qualquer outro meio que possibilite a usa posterior reprodução'.

Tal procedimento foi realizado pela Comissão Organizadora, por tratar-se de medida de segurança. Entretanto, o fato de haver a gravação em áudio não implica que deva ser fornecida cópia dessa gravação aos candidatos.

O próprio Conselho Nacional de Justiça já decidiu em vários Procedimentos Administrativos internos que a norma insculpida na Resolução n. 75/2009 não apresenta qualquer previsão de que deva haver a disponibilização dos espelhos de correção ou de gravação da prova oral, especialmente quando não há previsão no Edital (vide Procedimentos de Controle Administrativos: 0000001-24.2014.2.00.000, 0000095-69.2014.2.00.000, 0000557-26.2014.2.00.000, entre outros).

Desta forma, entendo que as gravações solicitadas pelo impetrante não podem ser fornecidas, visto que são reservados à Comissão do Concurso para fins internos ao certame. Não há qualquer interesse do candidato em ter acesso a tais gravações, uma vez que o Edital é expresso em prever que não cabe recurso da prova oral:

XV - DOS RECURSOS

26. É irretratável, em sede recursal, a nota atribuída na prova oral.

Outrossim, ressalta-se que o mesmo raciocínio se aplica ao requerimento de acesso ao resultado de sua avaliação psiquiátrica e psicológica, e os laudos de investigação social no certame, sendo tais documentos atinentes à comissão de concurso, não se tratando de documentos de livre acesso ou consulta pública.

Ante tais considerações, pugna-se pelo indeferimento do presente habeas data*, por ausência de previsão legal.*

A ordem não deve ser concedida.

Em primeiro lugar, faz-se mister salientar, com relação à fase oral do concurso de ingresso na magistratura, que o art. 64, da Resolução n.º 75/2009, do Conselho Nacional de Justiça prevê tão somente que *"haverá registro em gravação de áudio ou por qualquer outro meio que possibilite a sua posterior reprodução"*. Ressalte-se, assim, a inexistência de previsão legal para fornecimento de cópia do registro audiovisual do certame.

A mera imposição de gravação da fase oral do concurso não é, por si só, garantia de fornecimento irrestrito de cópias para quem requerer. Com efeito, o Edital n.º 066.0.049.0001/2015, de abertura do 31º Concurso Público destinado a selecionar candidatos para provimento de vagas no cargo de Juiz Substituto da Magistratura do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, em seu item XV, 26, dispõe expressamente que *"é irretratável, em sede recursal, a nota atribuída na prova oral"*.

Em situações análogas, o próprio Conselho Nacional de Justiça já decidiu a supracitada previsão do art. 64, da Resolução n.º 75/2009, não prevê a disponibilização de espelhos de correção ou de gravação da prova oral, mormente quando não há previsão no edital. Nesse sentido, vide procedimentos de controle administrativo n.º 0000001-24.2014.2.00.000, n.º 0000095-69.2014.2.00.000 e n.º 0000557-26.2014.2.00.000.

Nesse cenário, demonstrada a falta de interesse processual do impetrante em obter as referidas gravações, bem como ante a ausência de previsão normativa, o pedido deve ser indeferido.

Com relação ao laudo psicotécnico, melhor sorte não assiste ao impetrante.

É bem verdade que consta do edital a possibilidade de concessão de acesso ao laudo médico ao candidato, todavia, somente nos termos do item XI, 6, a saber: *"Se o laudo concluir pela falta de condições físicas e mentais do candidato, este deverá ser ouvido no prazo de 3 (três) dias, contados da intimação veiculada no Diário da Justiça Eletrônico do Estado de Mato Grosso do Sul, hipótese em que terá acesso ao laudo médico apresentado"* (f. 34).

Não é, contudo, o que aconteceu no presente caso, já que o impetrante não foi considerado metal ou fisicamente inapto para o cargo. Nesse diapasão, novamente deve o pedido ser rejeitado, já que o edital é bastante claro ao limitar a publicidade do laudo psicotécnico à hipótese de o candidato ser reprovado nessa mesma fase.

Por fim, tampouco merece guarida o pedido de disponibilização da investigação social e da sindicância da vida pregressa do candidato.

Sobre o tema, dispõe o item X, do Edital, dando destaque ao caráter reservado dessa sindicância, nos seguintes termos:

> *1. Após a divulgação dos resultados das provas discursivas e antes da aplicação da prova oral, o Presidente da Comissão do Concurso solicitará ao Corregedor-Geral de Justiça que promova investigações em caráter reservado, objetivando colher informações sobre idoneidade moral, educação, sociabilidade, atividade profissional, conduta familiar e social do candidato, bem como sobre informações e dados pessoais por estes prestados, cuja falsidade implicará eliminação do certame, sem prejuízo de outras iniciativas legais.*
>
> *2. As informações serão colhidas junto às autoridades do domicílio do candidato, tais como juízes, promotores de justiça, defensores públicos, prefeitos, deputados, vereadores, delegados de polícia e outros que o Corregedor-Geral de Justiça entender conveniente. (...)*
>
> *4. Findo o prazo do item anterior, a Comissão, em sessão reservada, da qual participará o Corregedor-Geral de Justiça, sem direito a voto, deliberará sobre a manutenção da inscrição dos candidatos. (...).*

Destarte, é clarividente a importância da manutenção de tais investigações em caráter reservado, haja vista que não há que se falar em "laudo", mas em levantamento da vida pregressa que, por sua vez, pode conter a elaboração de relatório de inteligência, de caráter eminentemente sigiloso.

Ante o exposto, nego concessão ao *habeas data* impetrado por Fabiano Pereira Gonçalves, ante a falta de interesse e a ausência de previsão legal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, contra o parecer, denegaram a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 18 de outubro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0829553-95.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – QUEDA EM ESCADARIA – ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PISO SOLTO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ART. 14, DO CDC – AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA CONSUMIDORA – ÔNUS DO AUTOR – INTELIGÊNCIA DO ART. 373, I, DO CPC – ACERVO PROBATÓRIO FAVORÁVEL ÀS ALEGAÇÕES DA RECORRIDA – NÃO COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL DO DANO E A CONDUTA LESIVA DA EMPRESA/REQUERIDA – DEVER DE INDENIZAR – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.

De acordo com o art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito. A não desincumbência desse ônus implica no julgamento da improcedência do pedido.

O Código de Defesa do Consumidor prevê no artigo 14 que o fornecedor de serviços responderá, *"independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por delitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos"*.

Não havendo a comprovação de que o degrau da escadaria estivesse solto e que este foi o agente causador do dano, falta nexo de causalidade a autorizar a indenização.

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, 27 de setembro de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Marly Vieira Sandes Barboza interpõe recurso de apelação, em face da sentença (fls. 160/168) proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, que na ação de indenização por danos morais movida em desfavor do Shopping Center Eldorado Campo Grande, julgou improcedente o pedido formulado pela autora, nos seguintes moldes:

Posto isso, resolvo o mérito nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, e julgo IMPROCEDENTE o pedido indenizatório moral formulado nesta ação

> *reparatória, formulado por Marly Vieira Sandes Barboza contra Shopping Center Eldorado Campo Grande. Em razão da sucumbência do autor, condeno-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, §2º, do CPC, 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, valores cuja exigibilidade fica sobrestada, em razão da gratuidade concedida à fl. 41.*

Marly Vieira Sandes Barboza, ora apelante, em suas razões recursais (fls. 172/176), busca a reforma da sentença, alegando que o nexo causal está comprovado, bem como as lesões suportadas por ela, devendo a empresa/apelada ser responsabilizada com o pagamento de indenização.

O apelado, em suas contrarrazões recursais (fls. 180/185), pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Marly Vieira Sandes Barboza interpõe recurso de apelação, em face da sentença (fls. 160/168) proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, que na ação de indenização por danos morais movida em desfavor do Shopping Center Eldorado Campo Grande, julgou improcedente o pedido formulado pela autora, nos seguintes moldes:

> *Posto isso, resolvo o mérito nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, e julgo IMPROCEDENTE o pedido indenizatório moral formulado nesta ação reparatória, formulado por Marly Vieira Sandes Barboza contra Shopping Center Eldorado Campo Grande. Em razão da sucumbência do autor, condeno-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, §2º, do CPC, 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, valores cuja exigibilidade fica sobrestada, em razão da gratuidade concedida à fl. 41.*

Marly Vieira Sandes Barboza, ora apelante, em suas razões recursais (fls. 172/176), busca a reforma da sentença, alegando que o nexo causal está comprovado, bem como as lesões suportadas por ela, devendo a empresa/apelada ser responsabilizada com o pagamento de indenização.

O apelado, em suas contrarrazões recursais (fls. 180/185), pugna pelo improvimento do recurso.

A magistrada de instância singela ao proferir o *decisum* de fls. 160/168, deixou consignado o seguinte:

> *(...) Marly Vieira Sandes Barboza, já qualificada nos autos, move a presente ação indenizatória por danos morais em desfavor de Shopping Center Eldorado Campo Grande, também qualificado nos autos, aduzindo, em síntese, que no dia 26 de abril de 2012, foi, em companhia de sua neta, a uma festa realizada na loja Playland, que é situada dentro do estabelecimento réu, e por volta das 21h40min resolveram ir embora, passando pela entrada principal do Shopping (ao lado do Banco do Brasil), seguindo em direção às escadarias, que dão acesso ao ponto de ônibus, localizado na Av. Afonso Pena.*
>
> *Sustenta que ao chegar no quarto degrau da escadaria, a requerente veio a cair em razão de estar faltando ou estar solto um piso do degrau, fazendo com que lesionasse seu tornozelo e cotovelo.*

Relata que pediu um telefone emprestado de uma pessoa desconhecida e chamou seu esposo e filha, que chegaram em alguns minutos, bem como o Corpo de Bombeiros.

Aduz que ficou sentada no solo, consciente e orientada, e que foi transportada para a Santa Casa, sendo atendida na emergência e, depois, encaminhada para o setor de ortopedia, onde, através de raio-x, constataram que no cotovelo esquerdo houve luxação na articulação, com imobilização com tala gessada. Por isso, ficou hospitalizada até o dia seguinte 20/04/2012, recebendo atestado médico superior a 15 (quinze dias).

Assevera que não obteve qualquer atendimento da ré para minimizar os danos sofridos, e não prestou manutenção dos seus equipamentos (escada de acesso ao estacionamento do shopping).

Requereu, ao final, as benesses da justiça gratuita e a condenação a título de danos morais na importância de R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Com a inicial, vieram os documentos de fls. 12/40.

Recebida a inicial, deferiu-se a gratuidade da justiça e determinou-se citação (fl. 41) do réu.

Citada (fls. 46/47), a requerida apresentou contestação (fls. 49/55), alegando, em síntese, no relatório do Shopping no dia 19/04/2012, e não no dia 26/04/2012 como informado na inicial, que a autora tropeçou na sandália e deslocou o braço esquerdo. Conta que após o acidente foi acionada a brigada de bombeiros que prestou os primeiros socorros à autora, que foi levada para Santa Casa, não havendo prova de qualquer negligência do réu e de que havia piso solto ou faltando no local indicado na inicial, não existindo, por isso, nexo causal, até porque a autora apenas sentiu vergonha em função do tombo. Relata que não foi procurado pela autora para comprovação dos gastos com medicamentos. Afirma que inexiste culpa do réu e os fatos narrados configuram meros dissabores, sem repercussão moral. Requereu, ao final, a improcedência do pleito autoral. Juntou procuração e documentos constitutivos (fls. 56/85).

Impugnação à contestação às fls. 88/90.

Determinada às partes a especificação das provas pretendidas (fl. 91), o réu pugnou pela produção de prova documental, testemunhal, pericial e depoimento pessoal da autora (fls. 94/95), já a parte autora informou que não pretende produzir mais provas e pediu a juntada de fotos do local da queda (fls. 96/100).

O feito foi saneado, fixando, como ponto incontroverso, a existência da queda da autora e, como ponto controvertido, a dinâmica da queda e quais foram os danos morais suportados pela autora, indeferindo-se a produção de prova pericial e deferindo-se a produção de prova documental (documento novo), determinando-se audiência (fls. 108/110).

Na audiência de instrução, o requerido desistiu da oitiva da parte autora, o que foi homologado, sendo ouvida a testemunha Eder Vilhalva da Costa (fls. 130/131), cuja transcrição encontra-se às fls. 132/134.

Os memoriais finais foram juntados aos autos, o do réu às fls. 135/147 e da autora às fls. 152/154.

Deferiu-se a juntada das fotografias de fls. 96/100 e determinou-se a oitiva da ré acerca da prova nova (fls.155), sobre as quais a ré manifestou-se às fls. 158/159.

Relatados. Decido. (...)

> *Posto isso, resolvo o mérito nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, e julgo IMPROCEDENTE o pedido indenizatório moral formulado nesta ação reparatória, formulado por Marly Vieira Sandes Barboza contra Shopping Center Eldorado Campo Grande.*
>
> *Em razão da sucumbência do autor, condeno-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, §2º, do CPC, 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, valores cuja exigibilidade fica sobrestada, em razão da gratuidade concedida à fl. 41. (...).*

Na hipótese dos autos, a sentença foi publicada em 8 de fevereiro de 2017 (fls. 170), de modo que se aplica ao recurso as disposições do CPC/2015.

O pedido foi julgado improcedente em razão da ausência de comprovação do nexo causal entre a queda sofrida pela autora e a conduta da ré ou falha em seu dever de segurança.

Em que pesem os argumentos da autora Marly Vieira Sandes Barboza, a sentença deve ser mantida.

A questão vertente deve ser analisada segundo as regras do Código de Defesa do Consumidor, que prevê em seu artigo 14, que o fornecedor de serviços responderá, *"independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por delitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos"*.

É fato incontroverso que a apelante caiu no interior da empresa/requerida.

No entanto, não há nos autos elementos que comprovem o nexo de causalidade entre a queda (dano) e a conduta da apelada, pressuposto necessário para caracterizar o dever de indenizar.

Embora a autora alegue que o piso da escadaria do shopping que dá acesso ao ponto de ônibus localizado na avenida Afonso Pena estaria solto e/ou ausente, o conjunto probatório constante dos autos não confirma a referida alegação.

Isso porque a testemunha Eder Vilhalva Costa, conforme averbado na sentença às fls. 165, *"afirmou que era bombeiro civil e que foi acionado para atender o acidente, fazendo o primeiro atendimento e que a própria autora lhe afirmou que escorregou na sandália dela, mas não se lembra que tipo de calçado ela usava, provavelmente uma plataforma"*. (Grifos nossos).

Outrossim, conforme afirmado na sentença objurgada às fls. 163/000:

> *(...) No caso em exame, a prova documental não confirma as assertivas apresentadas pela autora da inicial, pois a condição de consumidora da autora não a exime de comprovar minimamente os fatos por ela narrados, na forma do artigo 373, I do CPC/15, em especial, o nexo de causalidade entre a queda por ela sofrida e a negligência da parte ré em manter local seguro para trânsito de pessoas em suas dependências. Explico.*
>
> *A celeuma inicia-se com as informações existentes na exordial, no sentido de que a queda da requerente nas escadarias do estabelecimento réu aconteceu no dia 26/04/2012, contudo toda a documentação posta, inclusive afirmações do réu na contestação (fls. 49/55), indicam que os fatos aconteceram no dia 19/04/2012. Tal fato se depreende dos documentos encartados nos autos.*
>
> *O documento de fls. 14/15, que é uma certidão de ocorrência n.º 361/CMB/2012 do Corpo de Bombeiros Militar, consta o atendimento n. 237.964, realizado na Av. Afonso Pena, na escadaria do Shopping Campo Grande, às 22h11min do dia 19/04/2012, constando Marly Vieira Sandes Barboza como vítima de queda acidental de local elevado. (...)*

Logo, diferentemente do que consta no petitório inicial, reconhece-se que a queda sofrida da autora nas escadarias do estabelecimento da parte ré, ocorreu em 19/04/2012. (...)

Por fim, as fotografias juntadas às fls. 98/100 não são aptas à elucidação das condições em que a escadaria se encontrava na data de 19/04/2012, uma vez que foram juntadas pela parte autora em 14/01/2014 e não são datadas, não podendo respaldar, por conta disso, o édito condenatório, ante a falta da data em que as imagens foram captadas. (...)

Portanto, por conta deste conjunto probatório, associado à falta de demonstração da autora de que sua queda não aconteceu por conta do tipo de sapato usado por ela ou porque se desequilibrou e caiu (descuido ou desatenção da autora), tem-se que a assertiva posta na inicial (havia piso ou havia de piso solto no quarto degrau das escadas que dão acesso à Av. Afonso Pena), não foi comprovada no feito, circunstância que afasta a responsabilidade do demandado, nos termos art. 14, § 3º, II do CDC (culpa exclusiva da vítima) (...)

Assim, pela falta de comprovação da conduta ilícita omissiva por parte do réu/fornecedor (falha na prestação dos serviços), por conseguinte, não restou demonstrado o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano sofrido pela autora, requisito necessário a caracterizar o dever de indenizar.

Ante ao não reconhecimento da culpa da ré para a realização do evento, não há que se falar em reparação moral, não há que se falar em dever de indenizar, ante a ausência de nexo de causalidade, sendo a improcedência do pedido inicial medida imperativa. (...).

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (*in* Responsabilidade Civil, 10ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada, Ed. Saraiva, p. 34) ensina que: *"Se houve dano, mas a causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexiste a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar"*.

Deste modo, impossível imputar à apelada qualquer responsabilidade, por inexistência de nexo causal.

Nesse sentido:

EMENTA – AGRAVO INTERNO – INDENIZAÇÃO – EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DO ATOS ILÍCITO – INEXISTÊNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO. Sem a prova da conduta e do nexo causal, o pedido é pela improcedência, por não incidência do fato no art. 186 do Código Cível que exige a presença de todos os seus requisitos para que exsurja o dever de indenizar. (TJMS. Agravo Regimental n. 0006010-38.2009.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 30/08/2017, p: 31/08/2017).

Assim, no caso em análise, observa-se que a autora não logrou êxito em demonstrar/comprovar o fato constitutivo de seu direito, ante a ausência de provas inequívocas de todo o alegado, ônus que lhe incumbia consoante a regra insculpida no art. 373, I, do Código de Processo Civil.

Aliás, esse é o entendimento desta Corte. Vejamos os recentes julgados:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – FATURA – ENERGIA – ÔNUS DA PROVA – AUTOR – FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO – NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DO VALOR CONSTANTE DA FATURA – MAJORAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Segundo o art. 373, inciso I, do CPC/2015, compete ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, não o fazendo, a improcedência do pedido é medida que se impõe. (...). (TJMS. Apelação n. 0832936-81.2013.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 05/09/2017, p: 06/09/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – NÃO FICOU COMPROVADO O DANO PERMANENTE E, POR CONSEQUÊNCIA, O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE ELE E O ACIDENTE DE TRÂNSITO NARRADO NA

> *INICIAL – ÔNUS DO AUTOR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...). III - Não havendo provas para se concluir que sobre a ocorrência do dano permanente, muito menos que ele decorreu do acidente narrado na inicial, correta é a sentença que julga improcedentes os pedidos, mesmo porque a comprovação dos fatos constitutivos (nos quais se inclui o nexo de causalidade) é ônus que é imposto ao autor pelo artigo 373, I do CPC, não se mostrando possível a condenação da seguradora ao pagamento, haja visto o não preenchimento dos requisitos legais. (...).* (TJMS. Apelação n. 0807972-19.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 30/08/2017, p: 31/08/2017).

Dessa forma, escorreita a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, considerando que restou ausente a prova dos fatos alegados como ensejadores da pretensão deduzida, por inexistir uma causa certa e determinante para as lesões sofridas pela apelante.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto por Marly Vieira Sandes Barboza, mantendo *in totum* a sentença de primeira grau. Por fim, em obediência ao disposto no artigo 85, § 11º, do CPC/2015, fixo honorários sucumbenciais recursais, em favor do advogado da empresa/apelada, no percentual de 2% sobre o valor da condenação, lembrando que a autora é beneficiária da gratuidade processual ficando a cobrança de tal verba suspensa, nos termos da Lei n.º 1.060/50 e do artigo 98, §3º, do CPC/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 27 de setembro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0807223-02.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO COLETIVA – CONSUMIDOR – DEVER DE INFORMAÇÃO PRESERVADO – EMBALAGENS DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS QUE CONTÉM A RESSALVA *"(NÃO) CONTÉM GLÚTEN"* – EXPRESSÃO SUFICIENTE PARA PRESERVAR OS INTERESSES DOS PORTADORES DE DOENÇA CELÍACA – READEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA – ADEQUAÇÃO À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Fica respeitado o direito de informação quando, nas embalagens de produtos alimentícios, constar a informação *"(não) contém glúten"*, sendo desnecessário fazer menção que "*o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*.

Quando o valor atribuído à causa pela parte autora da ação civil coletiva se distancia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justificada a sua alteração, em julgamento de incidente de impugnação, principalmente, considerando que não se estabeleceu o novo valor de forma aleatória e arbitrária.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 4 de outubro de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Abracon-Saúde - Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde interpõe recurso de apelação por não se conformar com a sentença (fls. 320/331) proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação coletiva movida em desfavor de General Mills Brasil Alimentos Ltda., que julgou improcedente o pedido inicial, consistente na pretensão de condenação da requerida para que faça constar, em todas as embalagens de seus produtos alimentícios que contenham glúten, a informação e advertência: *"Contém Glúten - o glúten é prejudicial aos portadores de doença celíaca*", ou outra frase que advirta os consumidores sobre os riscos da ingestão da proteína glúten.

A apelante, em suas razões recursais (fls. 338/353), alega, em síntese, que *"nos termos das disposições contidas nos artigos 6, inciso III, 9 e 31, do CDC, é direito básico dos consumidores, e dever dos fornecedores, a informação acerca dos riscos que os produtos comercializados apresentam à saúde*

e segurança (trata-se de informação-advertência), daí porque, a simples indicação de que "CONTÉM GLÚTEN" (informação-conteúdo) se revela insuficiente à informar acerca do prejuízo que o consumo da proteína glúten causa àqueles que possuem doença celíaca, conforme entendimento exarado pelo STJ à respeito; portanto, incorreta a sentença proferida." (fls. 341).

Sustenta, também, que deve ser rejeitada a impugnação ao valor da causa, porquanto *"não se vislumbra que não há efetivos elementos técnicos ou probatórios acostados aos autos capazes de comprovar quais são os efetivos custos para o cumprimento da obrigação de fazer."* (fls. 350).

Requer, ao final, o provimento do presente recurso para:

> *Reformar a sentença de primeiro grau, julgando procedente o pedido inicial e condenar a Apelada à obrigação de fazer para que faça constar em todas as embalagens, rótulos e publicidade de seus produtos alimentícios, que contenham glúten e que sejam comercializados no território nacional a informação-advertência: "CONTÉM GLÚTEN - glúten é prejudicial aos portadores de doença celíaca"; b) Restabelecer o valor originário da causa em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, dado o alcance do conteúdo econômico da demanda, bem como por tramitar sob a inversão do ônus da prova; c) Inverter o ônus sucumbencial, determinando que a Apelada arque com o pagamento das custas processuais e pagamento de honorários de sucumbência aos patronos da Apelante; d) Finalmente, requer sejam arbitrados honorários advocatícios Recursais.* (fls. 352/353).

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 360/394), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 238/247), opina pelo parcial provimento do recurso de apelação para que haja a condenação da apelada para acrescentar nas embalagens dos seus produtos a expressão *"O glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca",* bem como ao pagamento de honorários advocatícios.

VOTO

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

Abracon-Saúde - Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde interpõe recurso de apelação por não se conformar com a sentença (fls. 320/331) proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação coletiva movida em desfavor de General Mills Brasil Alimentos Ltda., que julgou improcedente o pedido inicial, consistente na pretensão de condenação da requerida para que faça constar, em todas as embalagens de seus produtos alimentícios que contenham glúten, a informação e advertência: *"Contém Glúten - o glúten é prejudicial aos portadores de doença celíaca"*, ou outra frase que advirta os consumidores sobre os riscos da ingestão da proteína glúten.

A apelante, em suas razões recursais (fls. 338/353), alega, em síntese, que:

> *Nos termos das disposições contidas nos artigos 6, inciso III, 9 e 31, do CDC, é direito básico dos consumidores, e dever dos fornecedores, a informação acerca dos riscos que os produtos comercializados apresentam à saúde e segurança (trata-se de informação-advertência), daí porque, a simples indicação de que "CONTÉM GLÚTEN" (informação-conteúdo) se revela insuficiente à informar acerca do prejuízo que o consumo da proteína glúten causa àqueles que possuem doença celíaca, conforme entendimento exarado pelo STJ à respeito; portanto, incorreta a sentença proferida.* (fls. 341).

Sustenta, também, que deve ser rejeitada a impugnação ao valor da causa, porquanto *"não se vislumbra que não há efetivos elementos técnicos ou probatórios acostados aos autos capazes de comprovar quais são os efetivos custos para o cumprimento da obrigação de fazer."* (fls. 350).

Requer, ao final, o provimento do presente recurso para:

> *Reformar a sentença de primeiro grau, julgando procedente o pedido inicial e condenar a Apelada à obrigação de fazer para que faça constar em todas as embalagens, rótulos e publicidade de seus produtos alimentícios, que contenham glúten e que sejam comercializados no território nacional a informação-advertência: "CONTÉM GLÚTEN - glúten é prejudicial aos portadores de doença celíaca"; b) Restabelecer o valor originário da causa em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, dado o alcance do conteúdo econômico da demanda, bem como por tramitar sob a inversão do ônus da prova; c) Inverter o ônus sucumbencial, determinando que a Apelada arque com o pagamento das custas processuais e pagamento de honorários de sucumbência aos patronos da Apelante; d) Finalmente, requer sejam arbitrados honorários advocatícios Recursais.* (fls. 352/353).

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 360/394), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 238/247), opina pelo parcial provimento do recurso de apelação para que haja a condenação da apelada para acrescentar nas embalagens dos seus produtos a expressão *"O glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*, bem como ao pagamento de honorários advocatícios.

Consta dos autos que a Abracon-Saúde (Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde) ingressou com a presente demanda em face de General Mills Brasil Alimentos Ltda. sustentando, em síntese, que:

> *A parte requerida é uma indústria de alimentos e, analisando-se as embalagens de alguns de seus produtos, verifica-se que consta apenas a informação quanto à presença da proteína glúten, CONTÉM GLÚTEN, sem qualquer referência aos riscos que o produto apresenta. Pede que a parte requerida seja condenada a fazer constar em todas as embalagens de seus produtos alimentícios que contenham glúten a informação e advertência: "Contém Glúten - o glúten é prejudicial aos portadores de doença celíaca", ou outra frase que advirta os consumidores sobre os riscos da ingestão da proteína glúten.* (fls. 320).

A parte demandada apresentou impugnação ao valor da causa que foi acolhida na sentença para reduzir o valor atribuído à demanda para o equivalente a R$ 100.000,00 e os pedidos formulados pela autora foram julgados improcedentes, tendo o magistrado considerado *"que a parte requerida vem cumprindo o que determina a Lei, colocando em seus rótulos e embalagens a expressão "contém glúten"(...)"* (fls. 330).

Abracon-Saúde - Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde interpôs recurso de apelação.

Em que pese a insurgência da apelante, a sentença deve ser integralmente mantida.

Inicialmente, vale frisar que o acesso à informação é um direito básico do consumidor que encontra-se assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor. Veja-se:

> *Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)*
>
> *III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (...).*
>
> *Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.*
>
> *Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.*

No que concerne, especificamente, à matéria em debate, a Lei n.º 10.674/2003, em seu artigo 1º, ainda determina que nos de produtos alimentícios comercializados haja informação sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca. E, ainda, que conste a advertência (*"contém glúten"* ou *"não contém glúten"*) nos rótulos, embalagens, cartazes e materiais de divulgação de produtos alimentícios. *Verbis*:

> *Art. 1º - Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou " não contém Glúten", conforme o caso.*
>
> *§ 1º A advertência deve ser impressa nos rótulos e embalagens dos produtos respectivos assim como em cartazes e materiais de divulgação em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura.*

Observa-se, assim, que o mencionado artigo não faz nenhuma menção no sentido de obrigar os fabricantes de alimentos a informar na embalagem ou rótulo de seus produtos que possuem glúten a expressão de que *"o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*, logo, não cabe ao julgador fazer tal determinação.

Portanto, de acordo com a legislação regente da matéria, basta que se traga a informação *"contém glúten*" ou *"não contém glúten"*, sendo esta suficiente para cumprir com o dever de informação, conforme previsão do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, em recente julgamento, inclusive em recurso proveniente deste Tribunal o STJ, o Superior Tribunal de Justiça[1] se manifestou sobre o tema, mantendo a decisão desta Corte ao considerar que a expressão *"contém glúten"* é uma advertência expressa e inequívoca àqueles que são adversamente afetados por essa substância, o que não ocorre com a maioria dos consumidores. Veja-se que é redundante informar a um celíaco que o consumo de glúten lhe é prejudicial à saúde, pois ele infelizmente tem esse conhecimento. Em realidade, a proteção que ele precisa é justamente a advertência sobre a existência da proteína que lhe é nociva em determinado produto. Tanto é o caso que o próprio § 1º do art. 1º da Lei 10.674/03 classifica as inscrições *"contém glúten"* ou *"não contém glúten"* como uma advertência que deverá ser expressa nos rótulos, embalagens, cartazes e materiais de divulgação de produtos alimentícios industrializados.

A propósito, a ementa do referido julgado:

> *RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIREITO INDIVIDUAIS*

1 REsp 1515895/MS

> *HOMOGÊNEOS. DIREITO DE INFORMAÇÃO. PRODUTO. GLÚTEN. DOENÇA CELÍACA. ADVERTÊNCIA. PROTEÇÃO SUFICIENTEMENTE ADEQUADA. INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES. DESNECESSIDADE. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. COMPENSAÇÃO. MÁ-FÉ. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. - Ação ajuizada em 12/08/2010. Recurso especial interposto em 01/06/2014 e distribuído a este gabinete em 25/08/0216. - Cuida-se de ação coletiva com a finalidade de obrigar empresa a veicular no rótulo dos alimentos industrializados que produz a informação acerca da presença ou não da proteína denominada glúten e que essa substância é prejudicial aos portadores da doença celíaca. - É fundamental assegurar os direitos de informação e segurança ao consumidor celíaco, que está adstrito à dieta isenta de glúten, sob pena de graves riscos à saúde, o que, em última análise, tangencia a garantia a uma vida digna. - **A expressão "contém glúten" ou "não contém glúten" constitui uma clara advertência aos consumidores, sendo uma proteção suficientemente adequada àqueles que são adversamente afetados pela mencionada substância. É desnecessária a inserção de informações adicionais nos rótulos e embalagens**. - A associação civil que ajuíza ação coletiva para a defesa dos interesses e direitos de seus associados consumidores é isenta do pagamento dos ônus de sucumbência, salvo na hipótese de comprovada má-fé. - Ante a isenção dos ônus sucumbências de uma das partes, não se pode determinar sua compensação. - Recurso especial parcialmente provido*. (REsp 1515895/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 14/12/2016) - grifei.

Este é o posicionamento que tem predominado neste Tribunal, a exemplo dos julgados abaixo transcritos:

> *(...) Se a lei não obriga os fabricantes de alimentos a constar na embalagem ou rótulo de produtos que possuem glúten a expressão de que "o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca", não cabe ao julgador determinar. Afasta-se a insurgência de indenização por dano moral coletivo, quando não restar comprovado que algum celíaco tenha sofrido dano em razão da ausência de informação ou da ingestão de produtos fabricados pela recorrida. Sendo ambas as partes vencida e vencedora, deve ser considerada a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, caput, do CPC*. (TJMS. Apelação n.º 0021874-48.2011.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 08/04/2014, p: 22/04/2014).

> *(...) A Lei n.º 10.674/2003, apenas determina que os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo ou bula, as inscrições "CONTÉM GLÚTEN" ou " NÃO CONTÉM GLÚTEN", e, portanto, expressões suficientes para proteção dos portadores de doença celíaca. O direito do consumidor estará protegido, com a inclusão nos rótulos, embalagens dos produtos fabricados pela empresa alimentícia da expressão "CONTÉM GLÚTEN" ou "NÃO CONTÉM GLÚTEN", não se exigindo, até mesmo pela legislação vigente, a inclusão da expressão "o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*. (TJMS. Apelação n.º 0071608-02.2010.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 15/05/2014, p: 16/07/2014).

> *(...) O portador da chamada doença celíaca é sabedor dos malefícios que o Glúten causa à saúde dele, sendo desnecessária a inserção da informação "o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca". São requisitos configuradores da responsabilidade civil a conduta, o nexo de causalidade e o dano. A ausência de provas acerca da existência do dano moral coletivo, acarreta a improcedência da pretensão. De acordo com o art. 18 da Lei nº 7.347/85 e art. 87 do CDC, nas ações de que tratam as referidas leis, não haverá condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais, o que impede a compensação prevista no art. 21 do CPC*." (TJMS. Apelação n.º 0021859-79.2011.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 22/07/2014, p: 05/09/2014).

> *(...) A expressão "contém glúten" ou "não contém glúten" é suficiente para advertir os consumidores portadores de doença celíaca, os quais possuem perfeita noção e conhecimento dos efeitos adversos da substância em seu organismo, sendo despiciendo impor a exigência de constar, nos produtos, a expressão complementar "o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca". – Mantém-se a redução do valor da causa se constatada flagrante distanciamento entre o valor atribuído e as características da causa, inobservados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. – Recurso improvido, em parte com o parecer*. (TJMS. Apelação n.º 0807709-84.2016.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 17/05/2017, p: 19/05/2017).

Portanto, fica respeitado o direito de informação quando, nas embalagens de produtos alimentícios, constar a informação *"(não) contém glúten"*, sendo desnecessário fazer menção que *"o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca."*

E, ainda, irretocável o entendimento adotado na sentença no sentido de que:

> *A demandada vem obedecendo, de forma adequada e integral, ao que dispõe a lei supramencionada, porquanto nos rótulos e embalagens dos produtos comercializados (fls. 57), encontra-se o destaque, nítido e de fácil leitura, da expressão "CONTÉM GLÚTEN". Veja-se que o dispositivo legal obrigou os fabricantes a colocarem em seus rótulos e embalagens tão-somente a expressão "contém glúten" ou "não contém glúten". Em nenhum momento houve menção ou determinação legal no sentido de que deve haver a frase "O glúten é prejudicial aos portadores da doença celíaca", logo, não cabe ao julgador determinar aquilo que a lei não previu. Aliás, não haveria nem como se exigir que o requerido atendesse de exigência que não consta da lei. Até porque o celíaco, assim como diabético e o intolerante à lactose, tem plena ciência dos males que o componente alimentar glúten, açúcar e leite, pode lhe acarreta.* (fls. 328).

Do mesmo modo, não procede o pedido para que seja mantido o valor da causa originariamente estabelecido pela parte autora na petição inicial.

Foi acertado o entendimento adotado pelo magistrado *a quo* ao acolher o pedido de impugnação formulado pela demandada, porquanto, na impossibilidade de mensuração da expressão econômica da demanda, circunstância verificada na espécie, admite-se que o valor da causa seja fixado por estimativa.

O valor atribuído à causa pela associação autora da ação civil coletiva, conforme entendimento adotado em primeiro grau, se distancia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, motivo pelo qual se justifica a sua alteração, em julgamento de incidente de impugnação, principalmente, considerando que o magistrado não estabeleceu o novo valor de forma aleatória e arbitrária.

Considerou-se na sentença que:

> *No caso dos autos, não há motivos para se atribuir um valor tão elevado à ação civil coletiva (R$ 1.000.000,00 - um milhão de reais), já que ela não terá caráter condenatório, limitando-se, ao final, a compelir ou não a impugnante/requerida a fazer constar nos rótulos e embalagens de seus produtos a informação e advertência: "o glúten é prejudicial aos portadores de doença celíaca.* (fls. 325).

Ainda, como consignou o d. Procurador de Justiça em seu parecer:

> *Não há fundamento algum para estabelecer um valor tão elevado para a causa envolvida na demanda, qual seja, R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), notadamente considerando que referida associação tem ingressado com ações idênticas para tratar sobre o mesmo assunto (falta da informação necessária aos portadores de doenças celíacas)*

> *contra diversos estabelecimentos comerciais desta capital, alterando, tão-somente o polo passivo da demanda. Nesse diapasão, estabelecer um valor exorbitante, como pleiteia a autora, equivaleria a gerar enriquecimento sem causa, sob critérios não previstos no Estatuto Processual Civil.* (fls. 419)

Diante disso, mantém-se a readequação do valor atribuído à causa, ficando estipulado em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em face do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso de apelação interposto pela Abracon-Saúde (Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde), mantendo inalterada a sentença que julgou improcedente o pedido inicial e acolheu impugnação para reduzir o valor dado à causa para o equivalente a R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Por fim, deixo de condenar a apelante ao pagamento de honorários advocatícios recursais, conforme previsão do artigo 85, § 11, do CPC/2015[2], considerando a isenção prevista no artigo 87, da Lei n.º 8.078/1990[3].

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 04 de outubro de 2017.

***

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

3 Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 2000902-16.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – ICMS – COBRANÇA SOBRE DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA – TUTELA PROVISÓRIA DEFERIDA – SUSPENSÃO DO PROCESSO – INVIABILIDADE – AGRAVO CUJO OBJETO SÃO QUESTÕES PROCESSUAIS DIVERSAS – DECISÃO QUE RECEBE MANIFESTAÇÃO DA PARTE COMO ADITAMENTO – DISCORDÂNCIA DO RÉU – INOCORRÊNCIA DE HIPÓTESES DE ACRÉSCIMO, REDUÇÃO OU ALTERAÇÃO DO PEDIDO – MERA INDETERMINAÇÃO QUANTO À ABRANGÊNCIA DA PRETENSÃO (UNIDADES CONSUMIDORAS) – ESPECIFICAÇÃO QUE PODE SER OBJETO DE EMENDA, E NÃO DE ADITAMENTO – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO – PRINCÍPIO DA UNIDADE DA EMPRESA – DECISÃO REFORMADA EM PARTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não cabe a suspensão do recurso, em razão de determinação contida no Recurso Extraordinário n.º 593.824/SC, pois o presente agravo trata somente de matéria processual, distinta do objeto da liminar deferida em primeira instância.

O defeito de indeterminação do pedido corrige-se por meio de emenda, e não de aditamento, segundo a interpretação dos artigos 321, *caput* e parágrafo único, e 330, § 1º, II, do CPC, sendo admitido o indeferimento somente após a intimação da parte autora e a respectiva inércia.

A liminar deferida em favor das matrizes, no tocante aos tributos devidos por elas e pelas filiais, não afronta o princípio do juiz natural, tendo em vista que, em razão do princípio da unidade da empresa, cada uma das agravantes é um todo no âmbito estadual.

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, 27 de setembro de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Estado de Mato Grosso do Sul, qualificado nos autos, interpõe recurso de agravo de instrumento, inconformado com a decisão que, nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, movida por Brasil Telecom Call Center S/A e Oi S.A, em face do agravante, deferiu o aditamento à inicial.

Alega que a petição inicial não poderia ser admitida, tendo em vista a sua inépcia, caracterizada pela indeterminação do pedido (art. 330, I, § 1º II, do CPC).

Sustenta que o aditamento à inicial somente poderá ocorrer mediante a concordância do réu, mediante a instauração do contraditório (art. 329, II, do CPC).

Requer seja dado provimento ao agravo.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo. (f. 10).

A agravada, nas contrarrazões, aduz que a decisão está correta, devendo ser improvido o agravo, requerendo, outrossim, a suspensão do feito, em razão da suspensão determinada no Recurso Extraordinário n.º 593.824/SC (f. 17-30).

O Estado de Mato Grosso do Sul manifestou-se contrariamente a respeito do pedido de suspensão do feito, tendo em vista que o objeto do agravo refere-se a questões processuais, as quais devem ser analisadas (f. 76-77).

VOTO

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

Estado de Mato Grosso do Sul, qualificado nos autos, interpõe recurso de agravo de instrumento, inconformado com a decisão que, nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, movida por Brasil Telecom Call Center S/A e Oi S.A, em face do agravante, deferiu o aditamento à inicial.

Alega que a petição inicial não poderia ser admitida, tendo em vista a sua inépcia, caracterizada pela indeterminação do pedido (art. 330, I, §1º II, do CPC).

Sustenta que o aditamento à inicial somente poderá ocorrer mediante a concordância do réu, mediante a instauração do contraditório (art. 329, II, do CPC).

Requer seja dado provimento ao agravo.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo. (f. 10).

A agravada, nas contrarrazões, aduz que a decisão está correta, devendo ser improvido o agravo, requerendo, outrossim, a suspensão do feito, em razão da suspensão determinada no Recurso Extraordinário n.º 593.824/SC (f. 17-30).

O Estado de Mato Grosso do Sul manifestou-se contrariamente a respeito do pedido de suspensão do feito, tendo em vista que o objeto do agravo refere-se a questões processuais, as quais devem ser analisadas (f. 76-77).

No que tange ao pedido de suspensão, com razão o agravante porquanto o recurso trata somente de matéria processual, distinta do objeto da liminar deferida em primeira instância, e, desse modo, o requerimento de suspensão deve ser orientado para o juiz *a quo*, e não ao Tribunal.

Passo à análise do objeto do recurso.

Consta dos autos que as agravadas ajuizaram ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária em face do Estado de Mato Grosso do Sul, sob a alegação de que teriam pactuado com o agravante o fornecimento de energia elétrica, no sistema de demanda de potência contratada, mas que vem pagando tanto pela energia efetivamente utilizada quanto pela não utilizada.

Requereram a antecipação de tutela, para o fim de que fosse afastada a cobrança de ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada, e, ao final, a procedência da ação (f. 01-16).

A liminar foi deferida (f. 119-120).

As agravadas, por meio da petição de f. 126-127, interpuseram embargos de declaração, afirmando que a juntada de algumas faturas à inicial ocorreu apenas a título exemplificativo, ou seja, a pretensão referia-se a todas as unidades consumidoras presentes no Estado de Mato Grosso do Sul, devendo a liminar estender-se a todas elas.

Os embargos foram recebidos como pedido de aditamento (f. 183-186), e, na mesma oportunidade, o juízo singular determinou que fosse suspensa a cobrança de ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição (TUST e TUSD).

Em razão disso, o Estado de Mato Grosso do Sul também opôs embargos declaratórios, por entender que a decisão de f. 183-186 era *extra petita*, ao deferir pedido não mencionado na inicial (TUST e TUSD); também defendeu a tese no sentido de que o aditamento à inicial somente poderia ter sido deferido, depois da citação, com o seu consentimento, requerendo, desse modo, nova intimação, para que responda sobre o aditamento. Eis o teor da manifestação do agravante em primeira instância (f. 192-196):

> *(...) O aditamento da inicial deve ser realizado até a citação independente do consentimento do réu. Mas no caso dos autos o aditamento ocorreu no dia 04/11/2016, enquanto a citação do Estado se deu no dia 01/11/2016.*
>
> *Neste caso, inviável a concessão de aditamento independente do consentimento do réu, como prevê o art. 329 inciso I do CPC. Devendo se aplicar o inciso II, do mesmo artigo, que resguarda o consentimento do réu, assegurando o contraditório mediante a possibilidade de manifestação no prazo de 15 dias.*
>
> *Dessa forma, requer a intimação do Estado antes de conceder o aditamento da inicial para incluir unidades consumidoras que não estão presentes no pedido inicial.*

A despeito da insurgência do agravante no tocante à necessidade de sua cientificação antes da eventual concessão do aditamento, observa-se que essa providência havia sido expressamente determinada na decisão de f. 186-186, nos seguintes termos: *"Intime-se e cite-se o réu para se contestar novamente, no prazo de 30 dias"* (f. 186).

Como se não bastasse, o juízo *a quo* mais uma vez manifestou-se sobre a questão do aditamento, na decisão de f. 213-215, ao esclarecer que a cientificação do Estado de Mato Grosso do Sul foi determinada à f. 186, momento em que também houve correção do teor da liminar concedida, excluindo-se as referências às TUSTD e TUST.

Confira-se, a propósito, a fundamentação da decisão agravada:

> *(...) Assiste razão ao embargante, pois o dispositivo da decisão deve ser corrigida quanto à determinação de que deve ser suspensa a cobrança do ICMS sobre as tarifas de uso de sistema de transmissão e de uso do sistema de distribuição de energia elétrica mencionado.*

No que tange ao pedido de intimação para se manifestar quanto ao aditamento da inicial, verifica-se dos autos que as embargadas, após deferida a tutela de urgência à p.119-120, embargou de declaração para juntar a relação de todas as unidades consumidores para que os efeitos da decisão fossem estendidos a todos os seus estabelecimentos.

Como o inconformismo das embargadas não poderiam ser expresso por meio de embargos de declaração, e em razão dos princípio da celeridade e economia processual, o pedido foi recebido como aditamento à inicial, sendo determinada nova citação do réu para contestar novamente e requerer o que de direito.

As embargadas não modificaram seu pedido inicial e não requereram espontaneamente a emenda à petição inicial, que foi considerada desta forma em razão dos fatos ocorridos no processo.

Assim, ante a determinação de nova citação do embargado para que possa se manifestar, a impugnação ora apresentada não pode se dar nesta sede, mas em via própria.

Ante todo o exposto, conheço dos embargos de declaração e lhes dou parcial provimento para sanar o erro material na decisão de p. 183-186, passando o dispositivo a constar:

Ante todo o exposto, conheço os embargos de declaração para acolher o pedido como aditamento à petição inicial e concedo a tutela de urgência para determinar ao réu que suspenda a cobrança do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada, nas unidades consumidoras relacionadas à p. 129-131, até o julgamento final da presente.

Intime-se e cite-se o réu para se contestar novamente, no prazo de 30 dias.

No presente agravo, o recorrente entende que mesmo com a determinação de cientificação do réu, o aditamento não poderia ter sido deferido antes do seu consentimento, pois, do modo como a tutela foi concedida – com extensão dos seus efeitos para todas as unidades consumidoras das agravadas, localizadas no Estado de Mato Grosso do Sul -, houve clara violação ao princípio do juiz natural.

Entende também o agravante que a petição inicial deve ser indeferida, tendo em vista a indeterminação do pedido (art. 330, § 1º, II, do CPC).

Após a minuciosa referência ao histórico processual e os limites objetivos do presente recurso, entendo que a insurgência merece prosperar, em parte.

No que diz respeito à alegação de que a inicial seria inepta, em razão da indeterminação do pedido, verifica-se que o agravante equivoca-se parcialmente a respeito do tema, porque, na inicial – com ou sem o aditamento -, o pedido é claro, no sentido de pretender o reconhecimento da inexigibilidade do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada (f. 01-16), com a observação atinente ao caráter exemplificativo das faturas juntadas à inicial, senão veja-se (f. 03):

(...) Desse modo, nas faturas emitidas contra as Autoras constam os valores devidos em relação à energia efetivamente consumida (demanda efetiva) e a energia contratada (demanda contratada).

Ambas as parcelas podem ser verificadas mediante simples averiguação das faturas de energia exemplificativamente colacionadas à inicial (doc. 04), onde ficam claramente identificados os valores correspondentes à demanda contratada e ao consumo.

A determinação do pedido *"(...) só se refere ao pedido mediato, significando a liquidez do pedido, ou seja, a quantidade e a qualidade do bem pretendido"*[1], ou seja, trata-se de quantificação ou qualificação da pretensão inicial.

Assim, embora seja possível saber qual é a pretensão das agravadas, a abrangência do pedido torna dificultoso, por exemplo, o cumprimento de tutela provisória, a exatidão da verificação da incidência do ICMS do modo indicado na inicial e, finalmente, a extensão dos efeitos de eventual sentença de procedência do pedido.

Ocorre que, conquanto haja constatação de indeterminação parcial, na petição de f. 01-16, a questão é que não seria caso de aditamento, conforme determinado na decisão agravada, mas sim de correção da inicial, para que houvesse mais especificidade quanto à abrangência do pedido, o que deve ser objeto de emenda, que independe do consentimento do réu.

Ressalte-se que o esclarecimento sobre a extensão do pedido, como ocorreu no caso concreto, não possui a mesma natureza de aditamento, o qual pressupõe acréscimo, supressão ou alteração de pedido, situações não verificadas nos autos.

Desse modo, o defeito de indeterminação do pedido corrige-se por meio de emenda, e não de aditamento.

Isso porque os temas de indeferimento da inicial por inépcia, decorrente de indeterminação do pedido (artigo 330, § 1º, II, do CPC), e da emenda à inicial (art. 321, *caput* e parágrafo único, do CPC), estão umbilicalmente ligados, restando evidente que a decisão agravada não deveria ter recebido a petição de f. 126-127 como aditamento, mas sim como emenda.

Uma vez considerada a hipótese de emenda à inicial, a constatação de defeito ou irregularidade levaria, necessariamente, à intimação das agravadas para o seu saneamento, antes de reconhecer-se a alegada inépcia, o que acabou por se concretizar com sua manifestação de f. 126-127, tornando inviável o indeferimento da petição inicial, nessas circunstâncias.

In casu, a determinação referente à intimação do agravante, para que ele se manifeste sobre o aditamento, deve ser afastada.

Por outro lado, uma vez permitido o esclarecimento da abrangência do pedido – conforme os dados fornecidos na petição de f. 126-127 e documento de f. 129-131, resta a dúvida lançada pelo agravante: o fato de as agravadas mencionarem faturas de unidades consumidoras localizadas em diversos municípios do Estado, viola o princípio do juiz natural?

A resposta é negativa.

E, para concluir desse modo, trago à lume a argumentação utilizada no Agravo de Instrumento n.º 1402044-07.2017.8.12.0000, 4ª Câmara Cível, de minha relatoria, no qual restou decidido que a unidade da empresa deve ser respeitada, ainda que a matriz e as filiais tenham CNPJ's diferentes, sendo correta a extensão da liminar a todas elas, conforme se verifica pelo teor da ementa do respectivo julgado:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA PARA SUSPENDER A COBRANÇA DE ICMS – QUESTIONAMENTO SOBRE A ABRANGÊNCIA DA DECISÃO E DA CORRETA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA SOBRE O TEMA – AFASTAMENTO – ALCANCE DA DECISÃO ANTERIOR EM RELAÇÃO À MATRIZ E AOS DEMAIS ESTABELECIMENTOS – CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO ADOTADO EM RECURSO ESPECIAL*

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção.

> *REPETITIVO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Constatando-se que a decisão anterior, que concedeu liminar impedindo a cobrança de ICMS, abrange tanto a matriz quanto os demais estabelecimentos, resta evidenciado o descumprimento do comando decisório, ainda mais quando a interpretação do agravante sobre o tema colide com o entendimento do STJ, consolidado no REsp Repetitivo n.º 1.355.812/RS, no sentido de que a necessidade de as filiais e a matriz possuírem CNPJs diversos, não afasta a unidade da empresa.* (julgado em 12/09/2017).

Isso quer dizer que a liminar deferida em favor das matrizes (f. 110-111), no tocante aos tributos devidos por elas e pelas filiais, não afronta o princípio do juiz natural, tendo em vista que, em razão do princípio da unidade da empresa, cada uma das agravantes é um todo no âmbito estadual.

Assim, a decisão não merece reforma nesse ponto.

Portanto, a decisão agravada deve ser reformada apenas em parte, para o fim de se reconhecer que a petição de f. 126-127 não deve ser recebida como aditamento, mas sim como emenda à inicial, para o fim de corrigir o equívoco quanto à indeterminação parcial do pedido – referente à listagem das unidades consumidoras - sem a necessidade de aditamento.

Dispositivo

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para o fim de reformar a decisão agravada, apenas no que tange à determinação de cientificação do agravante quanto à necessidade de aditamento à inicial, devendo o pedido de f. 126-127 dos autos originários ser recebido como emenda à inicial, referente ao esclarecimento sobre a abrangência da tutela deferida (identificação das unidades consumidoras, listadas às f. 129-131).

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. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 27 de setembro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0008479-54.2009.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEPUTADO ESTADUAL E VEREADOR QUE DELIBERADAMENTE DANIFICAM CICLOFAIXA EM VIA PÚBLICA – INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – MORALIDADE, LEGALIDADE E IMPESSOALIDADE –ATO ÍMPROBO CONFIGURADO – DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO – ART. 11 DA LEI 8.429/92 – TIPOLOGIA NÃO INSERTA NO ARTIGO 8º DO MESMO DIPLOMA – ESPÓLIO EXCLUÍDO DA CONDENAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao participar vereador do município de Dourados e deputado estadual de ato de dano ao bem público de maneira deliberada, munidos com martelos, chaves de roda e alavancas metálicas, retirando em conjunto com populares de aproximadamente 150 tachões reflexivos fixados no piso asfáltico, no dia anterior que inaugurada ciclofaixa na via pública, resta caracterizado de maneira incontroversa o dolo genérico necessário à configuração de ato improbo por manifesta ofensa aos princípios da administração, em especial os da legalidade, moralidade e impessoalidade, nos termos do artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992, e passível, portanto, das sanções insculpidas no inciso III do artigo 12 do mesmo diploma.

Inferível que os atos imputados ao espólio do então deputado estadual estão todos tipificados no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, resta afastada a condenação por multa civil por expressa exclusão legal (artigo 8º da Lei n.º 8.429/1992).

Recurso a que se dá parcial provimento para condenar apenas um dos requeridos na pena de multa civil, em parte com o parecer ministerial.

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. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

O Ministério Público Estadual apela da sentença de f. 612-625, proferida pelo douto juízo da Quarta Vara Cível da Comarca de Dourados, Dr.ª Daniela Vieira Tardin, nos autos da ação civil pública ajuizada em face de Ari Valdecir Artuzi, substituído no curso da lide por espólio de Ari Valdecir Artuzi, e Walter Ribeiro Hora, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Alega, em resumo, que os apelados romperam com a ordem democrática e atentaram contra os princípios basilares da administração pública, especialmente da legalidade e da moralidade, quando ambos, na qualidade, respectivamente, de vereador e de deputado estadual, em conjunto com populares, deram causa à deterioração de um trecho de ciclofaixa instalada em via pública neste município, mediante a retirada de aproximadamente 150 tachões reflexivos fixados no piso asfáltico, utilizando-se, para tanto, de martelos, chaves de roda e alavancas, bem como o último tentou subornar, além de ameaçar o escrivão de polícia Edvaldo Ricci, utilizando-se para tal do cargo público que exercia.

Destaca que os elementos dos autos são contundentes na prova do dolo para deterioração da ciclofaixa, incorrendo em atos de vandalismo e depredação, de modo a violar a ordem e o erário público, unicamente com o intuito de se beneficiar com a popularidade.

Pondera, ainda, o desrespeito à Polícia Civil do Estado e diretamente ao agente Edvaldo Ricci ao tentar suborná-lo, fazendo ameaças, inclusive em frente a menores e terceiros, deixando transparecer que quem tem poder pode influir em ato de ofício a ser praticado por agentes públicos, no exercício de suas funções, o que não se pode permitir.

Afirma, assim, o enquadramento dos autos no disposto no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992) e a aplicação das penas do artigo 12, III, do mesmo diploma.

Ao final, prequestiona dispositivos legais e pugna pelo provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 656-660, pleiteando a manutenção da sentença.

Parecer Ministerial às f. 668-678, opinando pelo provimento recursal.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de f. 612-625, proferida pelo douto juízo da Quarta Vara Cível da Comarca de Dourados, Dr.ª Daniela Vieira Tardin, nos autos da ação civil pública ajuizada em face de Ari Valdecir Artuzi, substituído no curso da lide por espólio de Ari Valdecir Artuzi, e Walter Ribeiro Hora, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos[1] do NCPC, o d. Juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação dos apelados para apresentar contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade (f. 655).

Passo ao juízo de admissibilidade.

Observa-se que o apelante foi intimado da sentença pela remessa dos autos em 08.03.2017 e termo de vista em 18.03.2017 (f. 630-631), contando a partir daí o lapso temporal para a interposição de recurso.

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.

O recurso foi interposto tempestivamente e é isento de preparo recursal, a teor do artigo 4º, III, da Lei n.º 9.289/1996.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação no duplo efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Consta dos autos que o Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação, aduzindo que os requeridos, ora apelados enquanto deputado estadual e vereador, em 27.10.2003, deterioraram na cidade de Dourados um trecho de ciclofaixa da Rua Cafelândia entre as ruas Áurea de Prates Carvalho e Antônia Cândida de Melo, mediante a retirada de aproximadamente 150 (cento e cinquenta) tachões reflexivos fixados no piso asfáltico, de acordo com o Inquérito Civil n.º 115/2008/PJDPPS/DD (f. 16-313), bem como que o então prefeito, Ari Artuzi, teria tentado subornar um policial civil para lavratura de boletim de ocorrência, de acordo com o Inquérito Civil n.º 021/2007.

De fato, restou incontroverso nos autos que os requeridos efetivamente participaram dos fatos narrados, o que, aliás, não foi negado na sentença ou nas contrarrazões apresentadas unicamente por Walter Ribeiro Hora, já que o espólio de Ari Valdecir Artuzi foi revel, sendo a questão devolvida restrita à existência ou não de dolo no cometimento de tais atos.

A douta juíza sentenciante ao analisar a postura de cada requerido pontuou (f. 616-624):

> ***Quanto ao réu Espólio de Ari Valdecir Artuzi*** *(...)*
>
> *Considerando a prova documental reunida pela parte autora, e a revelia do requerido, reputo satisfatoriamente demonstrada a conduta reprovável do requerido. (...)*
>
> *Para a caracterização da improbidade administrativa descrita no art. 11 da Lei de Improbidade, depende da presença do dolo genérico apenas.*
>
> *Aliás, diante do falecimento do requerido Ari Valdecir Artuzi ocorrido no curso da lide, remanesce apenas a análise do "pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida", ficando prejudicada a análise e aplicação das demais sanções.*
>
> *No caso, conquanto se revele censurável pelo ordenamento jurídico a conduta do réu, não se revela suficiente para caracterizar-se como ímproba a ponto de dar ensejo à aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.*
>
> *É que se deve diferenciar os casos de simples irregularidades praticadas pelo administrador, daqueles considerados improbos, sendo estes, e não aqueles, alcançados pela Lei de Improbidade. (...)*
>
> *Resta evidente que a conduta do requerido foi inábil, fruto, quiçá, do seu despreparo, o que, como visto, não pode ser alçada ao patamar daquela que caracteriza o ato ímprobo.*
>
> *Como se sabe, inclusive em razão das ações que tramitam e tramitaram nesta vara contra o ora réu, possuía o mesmo uma grande inabilidade com a comunicação verbal.*
>
> *E isso aqui se evidencia uma vez mais, onde se vê que as atitudes direcionadas ao servidor público, não passaram de vãs palavras, que não foram suficientes para causar temor, tanto que não há informação nos autos de que tenha sido levada adiante. Na verdade, não surtiram qualquer efeito.*

Diante disso, não se observando a presença de dolo, e não caracterizada a prática de ato de improbidade administrativa, é de ser rejeitado o pedido formulado na inicial.

***Quanto aos réus Espólio de Ari Valdecir Artuzi e Walter Ribeiro Hora** (...)*

Não há controvérsia estabelecida quanto ao fato de que o agir dos réus causou dano ao erário, e que este já tenha sido ressarcido.

Pretende o Ministério Público Estadual, contudo, a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92, art. 12, inciso III (p. 14). (...)

No caso dos autos, não se observa na conduta dos requeridos a presença do elemento volitivo doloso necessário para caracterizá-la como ímproba.

Conforme se observa dos documentos trazidos aos autos pela parte autora, juntados com a inicial, não consta terem sido os requeridos, no exercício do cargo público que ocupavam, os líderes da manifestação, restando evidenciado do caderno probatório que dela participaram, juntamente com grande número de populares, insatisfeitos com o trabalho lá realizado pelo governo municipal, que implantava ciclofaixas no local, conforme fotos de pp. 42-47, 50/51.

Inegável que os requeridos arrancaram os tachões reflexivos presos à malha asfáltica, conforme inclusive fotografia de p. 48, o que também não é negado pelo requerido contestante. As fotografias de pp. 86 e 123 mostram que populares igualmente retiraram os tachões. As matérias jornalísticas de pp. 86, 118, 121-123, 125/126, desmonstram que a decisão do governo municipal de instalar as ciclofaixas era polêmico, e desagradava a população daquele local, conforme inclusive se pode ver do abaixo-assinado de pp. 87-104.

Enfim, não se pode negar que os réus agiram como figuras políticas. Contudo, não o fizeram como agentes políticos. Buscavam talvez angariar a simpatia de populares, no que, como já ressaltado, não se vislumbra a má-fé.

O dano causado foi objeto de ressarcimento pelos réus, fato que, aliado à ausência de dolo, descaracteriza o ato como ímprobo.

A conduta dos requeridos, por mais que se revele censurável, não pode ser considerada como violadora de princípios norteadores da administração pública, não enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa. (g.n.)

De igual modo, analiso de maneira individualizada, os atos reputados de improbos pelo apelante.

Dos danos causados à ciclofaixa por Ari Valdecir Artuzi e Walter Ribeiro Horta.

Com o devido respeito a ilustre magistrada, tenho que não agiu com acerto.

Diante do contexto fático-probatório delineado, em que atos do então deputado estadual Ari Valdecir Artuzi e do vereador Walter Ribeiro Horta deliberadamente depredaram e danificaram obra em via pública, cujas execuções restaram até fotografadas e veiculadas na imprensa (f. 42-51), inclusive reconhecidas por "censurável" na sentença de primeiro grau foram claramente praticadas com a intenção de vilipendiar o bem público, a ordem, tanto que agiram os requeridos em conjunto com outros civis, levando instrumentos capazes de causar o dano objetivado à ciclofaixa, de modo a inutilizá-la, o que, a meu ver, torna inafastável o dolo ínsito aos fatos praticados.

Inicialmente, cumpre destacar que a Lei n.º 8.429/1992 agrupou os atos de improbidade em três categorias distintas, considerando os valores jurídicos afetados pela conduta e suscetíveis de tutela: 1ª) atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º); 2ª) atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e 3ª) atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

Na hipótese em comento, o embasamento legal funda-se no artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992, segundo ele configura-se como 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, especialmente aquele que pratica ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência (inciso I).

De acordo com o escólio de José dos Santos Carvalho Filho[2]: *"Merece destaque o fato de a ofensa a princípios caracterizar-se como ato de improbidade administrativa, com o que se refugiu à clássica noção de que somente o enriquecimento ilícito e os atos danosos ao erário seriam idôneos para caracterizá-la"*.

Emerson Garcia[3] agrega, ainda, que:

> *o amplo horizonte que se apresenta à atuação estatal e a quase que total inviabilidade de uma produção normativa casuística quanto aos ilícitos passíveis de serem praticados pelos agentes públicos, não poderiam ser erigidos como óbices à observância dos vetores básicos da atividade estatal, razão de ser do próprio Estado Democrático de Direito. Sensível a tal realidade, optou o legislador por integrar o art. 37, § 4º, da Constituição com preceitos que permitissem a imediata subsunção, e consequente coibição, de todos os atos que violassem os princípios condensadores dos deveres básicos dos agentes públicos. (...) A desonestidade e a desídia, pejorativos ainda comuns entre alguns agentes públicos, ramificam-se em vertentes insuscetíveis de serem previamente identificadas. Soltas as rédeas da imaginação, é inigualável a criatividade humana, o que exige a elaboração de normas que se adequem a tal peculiaridade e permitam a efetiva proteção do interesse tutelado, in casu, o interesse público. É este, em essência, o papel dos princípios. Ante a natureza e a importância dos interesses passíveis de serem lesados pelos ímprobos, afigura-se louvável a técnica adotada pelos arts. 4º e 11 da Lei n.º 8.429/92, preceitos em que a violação aos princípios regentes da atividade estatal, ainda que daí não resulte dano ao erário, consubstanciará ato de improbidade. Deve-se observar, ainda, que referidos dispositivos da Lei nº 8.429/92 apresentam-se como verdadeiras normas de integração de eficácia da Constituição da República, pois os princípios por ele tutelados há muito foram consagrados nesta.*

Sob a ótica vindicada pelo ordenamento jurídico, considerados os fatos retronarrados, vislumbra-se que os apelados agiram em contrariedade aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

Nota-se, pois, clara inobservância ao princípio da moralidade, que impõe ao administrador a adstrição aos preceitos éticos e morais no trato da coisa pública; significa probidade, honestidade e boa-fé. E, sem dúvida, os danos abertamente cometidos contra obra pública em via pública configura o ato imoral e desleal, que deve ser severamente coibido.

2 *in* **Manual de Direito Administrativo**. 21ª edição, 2009, Editora *Lumen Juris*, p. 1025.

3 GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco *in* **Improbidade Administrativa.** 3ª edição, 2006, Editora Lumen Juris, p. 264-265.

No caso, houve também evidente ofensa ao princípio da legalidade, na medida em que a legislação penal expressamente proíbe o dano ao patrimônio privado e qualifica aquele cometido contra o público, a teor do artigo 163, parágrafo único[4], do Código Penal.

Verifica-se, por fim, violação ao princípio da impessoalidade, pelo qual a Administração Pública deve agir sem olhar a quem, seja para beneficiar, seja para prejudicar, sempre em busca apenas do interesse público. No caso, o então vereador para alcançar popularidade junto a Deputado Estadual e seu eleitorado cometem e ratificam os atos dos demais cidadãos que se encontravam ali presentes para vilipendiar bem público, em flagrante desobediência também à impessoalidade.

Frisa-se que, neste caso, não é necessária a verificação de dolo específico, bastando dolo genérico – o qual se fez manifestamente caracterizado no caso, pelo intuito dos apelados em deliberadamente se direcionaram ao local do ciclofaixa inaugurada um dia antes e ali, munidos com martelos, chaves de roda e alavancas metálicas, retiraram aproximadamente 150 tachões reflexivos fixados no piso asfáltico (f. 77).

Nesse sentido, bem elucidam percucientes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL. EMPLACAMENTO DE VEÍCULOS DO MUNICÍPIO COM RESERVA DE PLACA. NÚMERO DO PARTIDO POLÍTICO DO CHEFE DA MUNICIPALIDADE. ACÓRDÃO BASEADO EM PREMISSA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA RECURSAL ELEITA. SÚMULA 7/STJ. (...)*
>
> *3. Foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que o acórdão recorrido concluiu que a conduta efetivamente se subsume ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse ponto, relembra-se que o Tribunal a quo consignou que "o caderno probatório não deixa dúvidas de que os réus praticaram ato de improbidade administrativa, porquanto não obedeceram ao disposto no artigo 37, § 1°, da Constituição Federal, utilizando a estrutura pública (as verbas para as reservas de placas e os veículos para a identificação com o partido político) para promoção de seu partido político (e, indiretamente, de próprios agentes políticos)". A revisão de tais fundamentos é inviável na via recursal eleita, tendo em vista a incidência da Súmula 7/STJ. 4.* ***Quanto à presença do elemento subjetivo, é certo que essa Corte de Justiça possui o entendimento de que o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. Precedentes do STJ.*** *5. Agravo interno não provido.* (STJ, AgInt no REsp 1678066/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 17/10/2017) (g.n.)

4 Art. 163 do Código Penal: "Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
Dano qualificado
Parágrafo único - Se o crime é cometido:
(...)
III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista"

> *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. HISTÓRICO DA DEMANDA*
>
> *1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública por ato de improbidade movida pelo Ministério Público Federal contra Sérgio Motta Mathias Netto, em razão de suposto envolvimento em fraudes ocorridas em licitações realizadas no âmbito do Hospital Geral de Fortaleza, consistentes no favorecimento de empresas pertencentes ao seu filho e à sua irmã, as quais, na prática, seriam administradas pelo réu. 2. O Juiz de 1º Grau julgou improcedente o pedido.*
>
> *3. O Tribunal a quo negou provimento à Apelação da autora. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO*
>
> *4.* ***O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é 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 no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 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. (...) 10. Agravo Interno não provido.* (STJ, AgInt no REsp 1551422/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017) (g.n.)

Anota-se, ainda, que, para a configuração de ato improbo por ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, é prescindível a ocorrência de dano efetivo ao erário ou enriquecimento ilícito. Ou seja, mesmo que não configurada a lesão ou o prejuízo aos cofres da municipalidade, se comprovado que houve ofensa aos princípios da administração, como se operou na espécie, é motivo suficiente para a condenação por ato de improbidade.

Perfilhou a intelecção externada o bem lançado parecer ministerial de lavra do eminente Procurador de Justiça Sérgio Luiz Morelli (f. 674-677):

> *In casu, havendo a indiscutível participação dos agentes públicos no ato de desmantelamento da ciclovia existente no município, bem como, no caso de Ari Artuzi, a incontroversa utilização do cargo para obter vantagem indevida, resta perquirir se houve dolo dos agentes em praticar a conduta descrita na lei.*
>
> *A par dos elementos produzidos nos autos, observa-se que restou comprovado o elemento subjetivo na espécie, eis que os apelados, de forma consciente e voluntária, praticaram ato visando fim proibido em lei, violando, por consequência, os deveres de legalidade e moralidade previstos constitucionalmente. (...)*

> *De fato, não há dúvidas de que Ari Valdecir Artuzi e Walter Ribeiro Hora, de forma dolosa e deliberada, participaram ativamente da deterioração da ciclofaixa referida, não pairando dúvidas de que ambos possuíam não somente consciência da ilegalidade e da imoralidade do ato, mas também vontade de obter tais resultados prejudiciais à Administração Pública.*
>
> *Ora, muito embora o então deputado estadual e o edil municipal conhecessem (ou ao menos devessem conhecer), haja vista o cargo exercido, os trâmites legais e administrativos cabíveis para questionar, de forma legítima, a construção de ciclovias no local, optaram por adotar condutas arbitrárias na defesa de seus interesses, em detrimento do erário e da ordem pública.*
>
> *Em que pese o entendimento no sentido de que os apelados teriam agido como meras figuras políticas, fato que supostamente afastaria a conduta ímproba, nota-se que, conforme matérias jornalísticas de fls. 85/119, os agentes em questão foram facilmente identificados na ocasião, tendo sido flagrados conversando abertamente com a população local. Assim, não se mostra possível estabelecer uma diferenciação entre a atuação dos agentes como cidadãos e como detentores de mandato político, havendo fortes indícios de que estes teriam se aproveitado da manifestação com o intuito de angariar popularidade perante os citadinos que não concordavam com o projeto do empreendimento em questão. mostra possível estabelecer uma diferenciação entre a atuação dos agentes como cidadãos e como detentores de mandato político, havendo fortes indícios de que estes teriam se aproveitado da manifestação com o intuito de angariar popularidade perante os citadinos que não concordavam com o projeto do empreendimento em questão. (...)*
>
> *Logo, tais fatos demonstram cabalmente a má fé dos agentes públicos na espécie, restando evidenciado ato ilícito ou imoral no trato da coisa pública, razão pela qual se conclui que resta presente o elemento subjetivo na espécie.*
>
> *Além disso, como visto alhures, descabe investigar, para a confirmação da ocorrência do ato de improbidade atentatório aos princípios norteadores da Administração Pública, se o ato perpetrado ocasionou prejuízo ao patrimônio público municipal, considerando que o enriquecimento ilícito e o dano ao erário são desnecessários para a configuração do rol das condutas entabuladas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, conforme entendimento jurisprudencial majoritário, razão pela qual, nessa lógica, eventual ressarcimento dos danos não tem o condão de afastar a caracterização de ato ímprobo em questão.*

Não há dúvida, portanto, da conduta improba dos ora apelados, consistentes na violação dos princípios que regem a Administração, notadamente o da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, todos expressamente previstos na Carta Magna, pelo o qual deve responder à luz das sanções contidas no inciso III do artigo 12 da Lei n.º 8.429/1992.

Decidir de modo condescendente com fatos como os elencados nos autos, elegendo subterfúgios legais mesmo diante da gritante ilegalidade e ofensa ao agir com lisura que se espera dos agentes públicos apenas contribui para a derrocada moral em que está inserto o Brasil atualmente, com interpretações benéficas pelo Judiciário, que tem o dever de aplicar a lei com o rigor que ela demanda, mormente para que casos assim não mais se repitam, ao contrário, sejam freados com a certeza da punição severa, *"doa a quem doer"*.

Portanto, inexistem dúvidas acerca de que os requeridos-apelados efetivamente praticaram os atos descritos na petição inicial, restando nítida a tipificação da infração caracterizadora da improbidade administrativa, pois inafastável a vontade consciente de violentar os princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública (artigo 37[5] da Constituição Federal).

5 Art. 37 da CF: *"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 (...)"*.

Delimitados os atos improbos, passa-se ao exame das penas incindíveis, consoante preceitua o artigo 12 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, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:*** *(...)*
>
> *III -* ***na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.*** *(...)*
>
> *Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.* (g.n.)

Tendo em vista os fatos apurados, bem como a reparação dos danos materiais na ciclofaixa que foi asseverada por Walter Ribeiro Hora e não discordado o Ministério Público Estadual (f. 562-563), é certo que remanesce a ofensa aos princípios da administração, a qual deve ser reparada com a aplicação da multa civil.

Novamente invocando o escólio de Emerson Garcia[6], este esclarece que:

> *a multa tem assumido grande relevância na concreção da prevenção geral e da prevenção especial, punindo o infrator pelo ilícito praticado e dissuadindo o mesmo e os demais infratores em potencial da prática de nova infrações. Muitas são as vantagens que apresenta, dentre elas o papel punitivo que exerce sobre o infrator; o intimidativo sobre os demais componentes do grupamento e o fator de renda para o Estado, ente para o qual é revertido o valor arrecado.*

Em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entendo que a multa deve ser aplicada de maneira isolada, isto é, sem a incidência cumulada de nenhuma outra penalidade, e no valor correspondente a 3 (três) remunerações do cargo de vereador então ocupado por Walter Ribeiro Hora, devidamente corrigido pelo INPC e e juros de mora de 1 %, ambos desde o evento danoso (27.10.2003).

Como bem elucida a Corte Superior de Justiça, *"resultando o dever de ressarcir ao Erário de uma obrigação extracontratual, a fluência dos juros moratórios se principiará no momento da ocorrência do dano resultante do ato de improbidade, de acordo com a regra do art. 398 do Código Civil ("Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou") e da Súmula 54/STJ ("Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual")*. (STJ, AgRg no AREsp 601.266/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 02/06/2016).

E ainda:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE. SÚMULA 418/STJ. PENA DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 398 DO CC. SÚMULAS 43 E*

6 *in op. cit*., p. 481-482.

> *54/STJ. 1. O recurso especial interposto antes da publicação da decisão proferida nos embargos declaratórios, ainda que tenham sido opostos pela parte contrária, deve ser oportunamente ratificado pela parte recorrente, sob pena de ser considerado extemporâneo, conforme o teor da Súmula 418/STJ. 2.* ***Resultando o dever de ressarcir ao Erário de uma obrigação extracontratual, a fluência dos juros moratórios se principiará no momento da ocorrência do dano resultante do ato de improbidade, de acordo com a regra do art. 398 do Código Civil ("Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou") e da Súmula 54/STJ ("Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual").*** *3.* ***É pacífica a jurisprudência do STJ, no sentido de que a correção monetária desde o evento danoso sobre a quantia fixada na condenação, nos termos da Súmula 43/STJ: "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".*** *4. Agravo em recurso especial não provido. 5. Recursos especiais do MPE/PR e do Estado do Paraná providos.* (STJ, REsp 1336977/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013).

Contudo, deve-se observar em relação ao Espólio de Ari Artuzi o disposto no artigo 8º da Lei n.º 8.429/1992, segundo o qual: *"O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança."*

O delineamento incutido no dispositivo legal admite a transmissão da multa aplicada apenas quando ocorrente a lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, o que não é a hipótese dos autos, visto que fundada apenas na ofensa aos princípios que regem a Administração, porquanto já ressarcidos os danos materiais.

Corrobora o raciocínio sopesado acima a posição do Tribunal da Cidadania em casos análogos:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONSTATADA. COMPLEMENTAÇÃO DO JULGADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LIA. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL. TRANSMISSÃO DA SANÇÃO AOS HERDEIROS. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Constatada omissão quanto à intransmissibilidade da multa civil aos sucessores do de cujos, impõe-se a complementação do julgado.*
>
> *2. No acórdão ora embargado, a Segunda Turma do STJ reconheceu a violação do art. 11 da Lei de Improbidade (Lei 8.492/1992), ante a ilegalidade da contratação, sem licitação, do escritório de advocacia do de cujus (sócio majoritário), José Nilo de Castro, pela Prefeitura Municipal do Visconde do Rio Branco. Diante disso, o aresto declarou a nulidade do contrato celebrado, e, em razão da ausência de prejuízo ao Erário ou mesmo de enriquecimento ilícito do Escritório, aplicou, com fulcro no art. 12, III, da LIA, apenas a multa civil a cada um dos agentes envolvidos, no patamar de 10% do valor total das contratações, atualizados desde a assinatura do primeiro pacto.*
>
> *3. Em razão do falecimento do réu José Nilo de Castro, é necessária a análise da questão relativa à transmissão da multa aplicada ao de cujus.*
>
> *4.* ***Consoante o art. 8º da LIA, a multa civil é transmissível aos herdeiros, "até o limite do valor da herança", somente quando houver violação aos arts. 9º e 10 da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível a transmissão quando a condenação se restringir ao art. 11 (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011)***.

5. In casu, como a condenação do réu por ato de improbidade administrativa se deu somente com base no art. 11 da LIA, uma vez que não há prova de lesão ao erário, é indevida a transmissão da pena de multa ao Espólio de José Nilo de Castro.

6. Embargos de Declaração acolhidos para complementar o julgado conforme a fundamentação supra e declarar que a multa civil imposta no caso dos autos não se transmite aos herdeiros do de cujus José Nilo de Castro. (STJ, EDcl no REsp 1505356/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017) (g.n.)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.

1. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido deduzido em Ação Civil Pública por entender que os réus, ao realizarem contratação de serviço de transporte sem licitação, praticaram atos de improbidade tratados no art. 10 da Lei 8.429/1992. No julgamento da Apelação, o Tribunal de origem afastou o dano ao Erário por ter havido a prestação do serviço e alterou a capitulação legal da conduta para o art. 11 da Lei 8.429/1992.

2. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico.

3. Para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário.

4. In casu, a conduta dolosa é patente, in re ipsa. A leitura do acórdão recorrido evidencia que os recorrentes participaram deliberadamente de contratação de serviço de transporte prestado ao ente municipal à margem do devido procedimento licitatório. O Tribunal a quo entendeu comprovado o conluio entre o ex-prefeito municipal e os prestadores de serviço contratados, tendo consignado que, em razão dos mesmos fatos, eles foram criminalmente condenados pela prática do ato doloso de fraude à licitação, tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993, com decisão já transitada em julgado.

5. O acórdão bem aplicou o art. 11 da Lei de Improbidade, porquanto a conduta ofende os princípios da moralidade administrativa, da legalidade e da impessoalidade, todos informadores da regra da obrigatoriedade da licitação para o fornecimento de bens e serviços à Administração.

6. Na hipótese dos autos, a sanção de proibição de contratar e receber subsídios públicos ultrapassou o limite máximo previsto no art. 12, III, cabendo sua redução. As penas cominadas (suspensão dos direitos políticos e multa) atendem aos parâmetros legais e não se mostram desprovidas de razoabilidade e proporcionalidade, estando devidamente fundamentadas.

7. ***A multa civil é sanção pecuniária autônoma, aplicável com ou sem ocorrência de prejuízo em caso de condenação fundada no art. 11 da Lei 8.429/92. Precedentes do STJ.***

8. ***Consoante o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa, a multa civil é transmissível aos herdeiros, "até o limite do valor da herança", somente quando houver violação aos arts. 9° e 10° da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11.***

> *9.* ***Como os réus foram condenados somente com base no art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa, é ilegal a transmissão da multa para os sucessores do de cujus, mesmo nos limites da herança, por violação ao art. 8º do mesmo estatuto.***
>
> *10. Recurso Especial parcialmente provido para reduzir a sanção de proibição de contratar e receber subsídios públicos e afastar a transmissão mortis causa da multa civil*. (STJ, REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011) (g.n.)

Desse modo, não deve ser aplicado ao Espólio de Ari Valdecir Artuzi a multa civil cabível na espécie.

Da tentativa de suborno imputada a Ari Valdecir Artuzi

Nesse particular, tem-se que, infelizmente, são despiciendas as considerações acerca do cometimento ou não dos atos atentatórios aos princípios da administração pública, pois como visto acima, não há autorizativo legal para repassar aos sucessores de Ari Valdecir Artuzi a responsabilidade por eventual condenação, já que os fatos narrados também se inserem na tipificação do artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992.

Assim sendo, mantenho a improcedência do pedido nesse ponto.

Ante o exposto,em parte com o parecer ministerial, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Estadual, a fim de julgar parcialmente procedente o pedido inicial em relação a Walter Ribeiro Hora e condená-lo à sanção prevista no artigo 12, III, da Lei n.º 8.429/1992, da seguinte forma: pagamento de multa civil correspondente a 3 (três) vezes o valor mensal da sua respectiva remuneração de vereador à época, devidamente corrigida pelo INPC e juros de mora de 1 % a.m. desde o fato 27.10.2003, a ser revertida em favor do Município de Dourados/MS, nos termos do artigo 18 do mesmo diploma legal.

Dispensa-se o pagamento de custas e honorários advocatícios[7].

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 06 de dezembro de 2017.

***

7 *"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS. DESCABIMENTO. "A jurisprudência da Primeira Seção deste Superior Tribunal é firme no sentido de que, por critério de absoluta simetria, no bojo de ação civil pública, não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público" (AgRg no AREsp 21.466/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/8/2013, DJe 22/8/2013). 2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ. AgRg no REsp 1395801/RJ, Rel. Ministro OG Fernandes. Segunda Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 02/10/2015).

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0827088-79.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – EVENTO POPULAR NA FEIRA CENTRAL – INADEQUAÇÃO DO LOCAL RESERVADO AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS – FORMATO DE FESTIVIDADE DO QUAL NÃO SE ESPERA E NÃO SE EXIGE CONDIÇÕES ESTRUTURAIS IDEAIS – PERCALÇO QUE SE INSERE DENTRO DA NORMALIDADE DESSE TIPO DE EVENTO – AUSÊNCIA DE ADVERSIDADE ESPECÍFICA E EXTRAORDINÁRIA EM FACE DO AUTOR – INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL – RECURSO PROVIDO.

Para ter direito à indenização por danos morais, o ofendido deve ter motivos graves e extraordinários que impliquem ofensa à sua honra, dignidade ou decoro.

A falta de estrutura ideal ou até mesmo adequada do espaço destinado aos portadores de necessidades especiais em evento altamente popular e em local modesto insere-se dentro da normalidade desse tipo de festividade, em que geralmente ocorrem contratempos e transtornos de ordem organizacional e em face de diversas pessoas, portadoras de deficiência ou não.

Não demonstrada uma adversidade específica e extraordinária em face do autor, inserindo-se a situação experimentada no contexto geral das pessoas que ali se encontravam, próprio de um evento popular, os fatos narrados não podem serem erigidos ao patamar de dano moral.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 29 de novembro de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande – MS interpõe apelação às f. 135/141, insurgindo-se contra a sentença de f. 123/129, proferida pela juíza da 10ª vara cível de Campo Grande, MS, Dra. Sueli Garcia Saldanha, que julgou procedente o pedido inicial da ação indenizatória que lhe move Murilo Guimarães de Oliveira.

Afirma que o direito das pessoas com necessidades especiais foi observado, eis que reservou um local em frente ao palco, garantido, outrossim, o amplo acesso, tanto que o autor para lá se dirigiu sem dificuldade alguma.

Sustenta que a alegação de que foi impedido de entrar no espaço por um segurança e pela presidente da associação não foi comprovada; que, embora as testemunhas afirmem ter visto uma animosidade do segurança, esta deu-se com alguns portadores de deficiência visual e não com o recorrido.

Ressalta que meros aborrecimentos inerentes à vida em sociedade não são passíveis de gerar indenização por dano moral.

Pede, nesses termos, o provimento do recurso e a improcedência do pedido inicial ou, então, a redução do valor indenizatório.

Contrarrazões às f. 144/149.

VOTO

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

Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande – MS interpõe apelação às f. 135/141, insurgindo-se contra a sentença de f. 123/129, proferida pela juíza da 10ª vara cível de Campo Grande, MS, Dra. Sueli Garcia Saldanha, que julgou procedente o pedido inicial da ação indenizatória que lhe move Murilo Guimarães de Oliveira.

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

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo. A apelante é beneficiária da justiça gratuita.

As contrarrazões foram juntadas às f. 144/149.

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 autor é portador de paralisia cerebral e, em evento promovido pela requerida em 07/08/2014, "Festival do Sobá da Feira Central", teria experimentado danos morais por não ter recebido tratamento adequado à sua condição de deficiente.

Na sentença, a ré foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) após apuração dos seguintes acontecimentos: dificuldade de acesso ao local reservado, pois era necessário atravessar todo espaço destinado ao público em geral; embaraço para a entrada no espaço reservado, a qual só foi liberada após discussão com o segurança; e inadequação do local, pois não se tratou de uma área destacada, mas sim de um corredor com pisos irregulares e sem cadeiras.

Pois bem.

Após reflexão sobre o caso em comento, concluo, contrariamente ao entendimento da sentença, que os fatos demonstram aborrecimento, mas não configuração de danos morais.

Sobre o tema, calha à lembrança, a antiga – mas sempre atual – lição doutrinária de Humberto Theodoro Jr.[1], para quem:

> *(...) Não é possível deixar ao puro critério da parte a utilização da justiça por todo e qualquer melindre, mesmo os insignificantes.*
>
> *... Para ter direito de ação, o ofendido deve ter motivos apreciáveis de se considerar atingido, pois a existência da ofensa poderá ser considerada tão insignificante que, na verdade, não acarreta prejuízo moral.* (Amarante, Responsabilidade Civil por Dano Moral, Belo Horizonte, Del Rey, 1991, p. 274).
>
> *Para que se considere ilícito o ato que o ofendido tem como desonroso, é necessário que, segundo um juízo de razoabilidade, autorize a presunção de prejuízo grave, de modo que pequenos melindres, insuficientes para atender os bens jurídicos, não devem ser motivos de processo judicial. De minimus nos curat praetor, já ressaltavam as fontes romanas.* - grifei.

Nesse sentido, também já salientou Rui Stoco[2] que *"a primeira premissa é de que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano efetivo".* E acrescenta:

> *De tudo se conclui que, ou aceitamos a ideia de que a ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido. E não temos dúvida de que de dano se trata, na medida em que a Constituição Federal elevou à categoria de bens legítimos e que devem ser resguardados, todos aqueles que são a expressão imaterial do sujeito; seu patrimônio subjetivo, como a dor, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem que, se agredidos, sofrem lesão ou dano que exige reparação.*[3]

O Superior Tribunal de Justiça também vem reiteradamente proclamando que: *"quando a situação experimentada não tem o condão de expor a parte a dor, vexame, sofrimento ou constrangimento perante terceiros, não há falar em dano moral, uma vez que se trata de circunstância a ensejar mero aborrecimento ou dissabor (...)"* (EDcl no AREsp 626.695/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/05/2015).

No presente caso, muito embora não se duvide dos percalços e dos aborrecimentos vivenciados pelo autor, há que se considerar que o próprio formato do evento – altamente popular e em local modesto – não condiz com a exigência de condições ideais, nem para o espaço do público em geral e nem para o reservado aos portadores de necessidades especiais.

Ora, é de conhecimento geral que eventos como aquele reúnem muitas pessoas e que geralmente não oferecem estrutura confortável ou até mesmo adequada, sendo praticamente inevitável a ocorrência de contratempos e transtornos de ordem organizacional e em face de diversas pessoas, portadoras de deficiência ou não.

À vista dessa circunstância, tenho que, não demonstrada uma adversidade específica e extraordinária em face do autor, inserindo-se a situação experimentada no contexto geral das pessoas que ali se encontravam, próprio de um evento popular, não podem os fatos narrados serem erigidos ao patamar de dano moral.

Este Tribunal Estadual tem negado indenização por danos morais em caso de meros aborrecimentos, sem demonstração de prejuízos extraordinários:

1 Humberto Theodoro Jr, **Dano Moral**, 1998, Aide Editora, pp. 8/9

2 "**Responsabilidade Civil**". 2ª Edição, 1995, Editora Revista dos Tribunais, p. 438.

3 *Ob. Cit.*, p. 458.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PAGAMENTO DE FATURA – VALOR NÃO COMPENSADO – AUSÊNCIA DE REPASSE DA IMPORTÂNCIA PELO AGENTE ARRECADADOR – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO QUE NÃO PODE SER IMPUTADA AO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – DESCABIMENTO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – REQUISITOS AUSENTES – MERO ABORRECIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ainda que tenha havido falha do agente arrecadador de efetuar o repasse do pagamento efetuado pela consumidora, esta não pode ser penalizada, pois quitou seu débito junto ao fornecedor, mostrando-se, para tanto, o comprovante do pagamento efetuado, de modo que o requerido responde pela falha cometida por integrante de sua rede de recebedores. Não ficando evidenciado a má-fé do banco apelado, não tem cabimento a pretensão de recebimento do indébito, em dobro. Não aplicação do artigo 42, do CDC, ao caso. Para caracterização do dano moral, não basta que a conduta ilícita tenha causado mero aborrecimento à suposta vítima, é necessário que tenha atingido valores eminentemente espirituais, que transgridem o limite do razoável. Meros aborrecimentos ou dissabores do cotidiano não são indenizáveis. A simples cobrança indevida na fatura de cartão de crédito por si só, sem qualquer negativação, não configura dano moral, porquanto, trata-se de mero aborrecimento ou dissabor comuns à vida cotidiana, principalmente pela ausência de repercussão no mundo exterior. (TJMS. Apelação n. 0800532-68.2014.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 31/10/2017, p: 31/10/2017).

Ante o exposto, conheço da apelação de Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande – MS e lhe dou provimento para julgar improcedente o pedido inicial, declarando a resolução do mérito com fundamento no artigo 487, I, segunda figura, do CPC.

Inverto, por conseguinte, o ônus da sucumbência e condeno o apelado ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais fixo em 15 % sobre o valor da causa, na forma do § 2º do art. 85 do CPC, já inclusa a verba recursal (§ § 1º e 11), observado o § 3º do art. 98 do CPC, por ser beneficiário da justiça gratuita.

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, 29 de novembro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Conflito de Competência nº 1601370-45.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DESTINADAS A GARANTIR DIREITO À SAÚDE E EDUCAÇÃO DOS PORTADORES DE SÍNDROME DE *DOWN* – DIREITOS QUE NÃO ESTÃO RESTRITOS AOS MENORES DE DEZOITO ANOS – CONFLITO CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 1ª VARA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DA COMARCA DE CAMPO GRANDE.

As ações civis públicas conexas que têm por objeto garantir o direito ao atendimento e acompanhamento especializado nas áreas de saúde e educação aos portadores de Síndrome de *Down* deverá ser processada e julgada pelo juízo da Vara dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, que tem competência específica delineada pela Resolução n. 221, de 1º de setembro de 1994, art. 2º, alínea "u", e não pelo juízo da Vara da Infância e da Juventude, tendo em vista que abragem todas as pessoas portadoras da referida Síndrome e não apenas os menores de 18 anos.

Conflito negativo de competência conhecido e julgado procedente para fixar a competência do douto Juízo da 1ª Vara dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande.

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, com o parecer, julgar procedente o conflito de competência, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de outubro de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MM. juíza da Vara da Infância, Juventude e Idoso da comarca de Campo Grande, MS, nos autos da ação civil pública n.º 0823015-93.2016.8.12.0001, em face do douto juízo da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da mesma comarca.

O presente conflito tem por objetivo definir a competência para processar e julgar os feitos n.º 0823015-93.2016.8.12.0001 e 0822203-51.2016.8.12.0014, reunidos pelo juízo suscitante, nos termos dos artigos 56 e 57 do CPC.

É de se ver que o juízo suscitado declarou a sua incompetência na ação n. 0823015-93.20168.12.0001, sob a fundamentação de que a demanda tem por objeto o direito das crianças e adolescentes, de modo que a competência seria da vara da infância e juventude.

Por conseguinte, o juiz da vara da infância, juventude e do idoso determinou a reunião dos processos e deu-se por incompetente para processá-los, tendo em vista que o pedido formulado em ambos os feitos visam garantir os direitos das pessoas portadoras de Síndrome de *Down* e não apenas das crianças e dos adolescentes portadores da referida síndrome.

Aduz o suscitante que a vara da infância somente é competente para julgar matéria afeta às crianças e aos adolescentes, sendo que os pedidos formulados em ambas as demandas não se referem apenas aos menores de 18 anos.

Foi determinada a notificação do suscitado, Juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos de Campo Grande que permaneceu inerte.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 18-23, opinando pelo acolhimento do conflito de competência.

VOTO

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

Extrai-se dos autos da Ação Civil Pública n.º 0823015-93.2016.8.12.0000 que a demanda foi instaurada pela Defensoria Pública em face do Estado de Mato Grosso do Sul e traz em seu bojo a pretensão de obrigar o requerido a:

> *A desenvolver um Plano Pedagógico Individual que atenda as peculiaridades de cada estudante com Síndrome de Down, assegurando-lhe currículos, métodos e recursos específicos às suas características próprias. Tal Plano deve ser desenvolvido após uma avaliação séria e profissional conduzida pelo próprio corpo técnico das Secretarias de Educação, em conjunto com a família e com base em laudos técnicos e médicos (a ser disponibilizado pelos próprios especialistas já existentes na rede pública municipal de saúde);*
>
> *Disponibilizar, em caso de comprovada necessidade, acompanhamento especializado para todos os alunos com Síndrome de Down que precisem de professor auxiliar;*
>
> *A desenvolver o Programa de Apoio Psicológico e de Orientação para as mães e familiares de filhos portadores de Síndrome de Down, conforme instituído pela Lei Estadual n.º 4.237, de 8 de agosto de 2012, e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 18, § 4.º, inciso V, da Lei n.º 13.146/2015), ofertando acompanhamento terapêutico profissional, preferencialmente perante o componente da Rede de Atenção Especializada onde o usuário desenvolva suas terapias Singular e concomitantemente no mesmo dia e hora (ou seja, enquanto o filho ou filha está sendo atendido em uma sala, o pai e/ou mãe estará também sendo atendido em outra sala por Psicólogo), bem como as demais ações previstas no parágrafo único da referida norma jurídica;*
>
> *A desenvolver as demais ações previstas no parágrafo único do art. 1.º da Lei Estadual n.º 4.237, de 8 de agosto de 2012, prestando orientação técnica ao pessoal das áreas da Saúde e Educação; oferecendo informações gerais à comunidade a respeito das principais questões envolvidas na convivência e trato das pessoas com Síndrome de Down; promovendo a interação entre profissionais da Saúde, Educação, familiares e portadores da Síndrome, com vistas à*

> *melhoria da qualidade de vida destes últimos e ao aprimoramento dos profissionais e familiares, quanto à aplicação de conceitos técnicos, na convivência com aqueles; desenvolvendo ações de esclarecimento e coibição de preconceitos relacionados à Síndrome e portadores desta, e implantando ações que integrem portadores da Síndrome de Down (educandos), educadores, pessoal das áreas da Assistência Social e da Saúde, e familiares.*

A demanda conexa, encartada nos autos da Ação Civil Pública n.º 0822203-51.2016.8.12.0001, também movida pela Defensoria Pública em face do Estado de Mato Grosso do Sul e do Município de Campo Grande, MS, tem os seguintes objetivos:

> *Obrigar o Município a desenvolver um Programa de Atendimento à Pessoa com Síndrome de Down (assim como já há Programas, por exemplo, para as gestantes, para os hipertensos, para os diabéticos, etc.) através do qual um Cartão do referido Programa seja distribuído a cada criança/adolescente com Síndrome de Down, ficando o Município de Campo Grande responsável por realizar o agendamento das consultas médicas e odontológicas, terapias e exames através de um Coordenador do Programa, o qual anotará dia, hora e local do procedimento. Como o tratamento é contínuo esse Coordenador deve tomar as providências administrativas para que as consultas e exames efetivamente se realizem dentro da periodicidade indicada pelos profissionais da saúde da própria rede pública municipal. Caso o Coordenador do Programa não consiga realizar o agendamento da consulta na Rede de Atenção Básica à Saúde ou na Rede de Atenção Especializada dentro do prazo prescrito na orientação clínica, deve, então, ser agendada para o paciente atendimento na rede particular de saúde, com a indenização direta do Município ao profissional que prestar o serviço;*
>
> *Obrigar ambos os requeridos a desenvolver um Plano Pedagógico Individual que atenda as peculiaridades de cada estudante com Síndrome de Down, assegurando-lhe currículos, métodos e recursos específicos às suas características próprias. Tal Plano deve ser desenvolvido após uma avaliação séria e profissional conduzida pelo próprio corpo técnico das Secretarias de Educação, em conjunto com a família e com base em laudos técnicos e médicos (a ser disponibilizado pelos próprios especialistas já existentes na rede pública municipal de saúde);*
>
> *Obrigar ambos os requeridos a disponibilizar, em caso de comprovada necessidade, acompanhamento especializado para todos os alunos com Síndrome de Down que precisem de professor auxiliar;*

Como visto, as ações são, de fato, conexas e visam garantir aos portadores de Síndrome de *Down* um atendimento e acompanhamento mais especializado, tanto na área de saúde como na educação.

E, a meu ver, a pretensão não está restrita aos menores de 18 anos, mesmo porque os portadores da referida Síndrome necessitam de acompanhamento multidisciplinar durante toda a vida, bem como a família da estrutura e conhecimento necessários para garantir o desenvolvimento integral de tais pessoas.

Desta forma, não se trata de demanda que deva tramitar perante a Vara da Infância e Juventude, uma vez que tem por objeto interesses difusos que vão além daqueles destinados aos menores de 18 anos para abranger os maiores e toda a família dos portadores de Síndrome de *Down*.

Como é sabido, a competência da Vara da Infância e Juventude vem estabelecida no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), nos seguintes termos:

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;

II - conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;

III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;

IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;

V - conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;

VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;

VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98 é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

a) conhecer de pedidos de guarda e tutela;

b) conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda;

c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento;

d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do poder familiar;

e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais; f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente;

g) conhecer de ações de alimentos;

h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito.

Não há dúvida, portanto, de que a competência para o processamento e julgamento das demandas é da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos de Campo Grande, cuja competência está delimitada pelo art. 2º, "u", da Resolução n. 221/94 deste Tribunal de Justiça, segundo o qual:

Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande: (...)

u) Ao da Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, processar e julgar:

1. as ações populares;

2. o mandado de segurança coletivo;

3. as ações civis públicas;

4. as ações de improbidade administrativa;

5. as ações relativas aos portadores de necessidades especiais, exceto quando ajuizadas contra a Fazenda Pública Estadual ou Municipal;

6. as ações relativas aos investidores no mercado de valores mobiliários;

7. as ações relativas à ordem econômica e economia popular;

8. a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público ou por qualquer dos legitimados previstos em lei, em favor das pessoas idosas;

9. as relativas à ordem urbanística;

10. as relativas ao Estatuto da Cidade;

11. toda e qualquer ação envolvendo interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, proposta pelo Ministério Público ou por qualquer dos legitimados previstos em lei, mesmo que em litisconsórcio, com exceção das ações envolvendo interesses da infância e da juventude.

Assim, em que pese o envolvimento de interesses da infância e da juventude, as ações civis pública ora em comento são mais abrangentes e, por tal razão, não podem tramitar perante o juízo suscitante (Vara da Infância e Juventude), o que nos faz concluir pela competência da Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

No mesmo sentido o parecer do nobre Procurador de Justiça, Dr. Edgar Lemos de Miranda (fls. 18-23), que transcrevo a seguir:

No caso, as ações tratam de interesses coletivos. Embora a fundamentação posta nas petições iniciais da Defensoria Pública façam menções às crianças e aos adolescentes, o pedido não restringiu o objeto da lide apenas às crianças e adolescentes portadores de Síndrome de Down.

Não nos parece crível que a Defensoria Pública pretendeu excluir de suas ações os portadores de Síndrome de Down que já completaram 18 anos, mesmo porque os pedidos finais não delimitam a idade.

Pelo exposto, com o parecer, conheço do conflito e o julgo procedente, para firmar a competência do douto Juízo da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande para o processo e julgamento da pretensão contida nos autos das Ações Civis Públicas n.º 0823015-93.2016.8.12.0001 e 0822203-51.2016.8.12.0014, que ali deverão ter seu regular curso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, julgaram procedente o conflito de competência, 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, 25 de outubro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800658-13.2013.8.12.0038 - Nioaque
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SERVIDORA QUE APRESENTA DOCUMENTAÇÃO PARA POSSE SABENDO CONTER FALSA DECLARAÇÃO DE CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO COMPLETO – ATO DE IMPROBIDADE QUE IMPORTOU EM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, AO RECEBER, PARA SI, VANTAGEM ECONÔMICA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça o dolo que se exige para configuração da improbidade administrativa prevista no art. 9º da Lei n.º 8.429/92 é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica.

Diante das provas colacionadas aos autos que demonstram e comprovam a apresentação de documentação falsa para o exercício de cargo público, assim como o recebimento de remuneração sabidamente indevida, constata-se o dolo, mesmo que genérico, na conduta da requerida na prática de ato ímprobo que importa no enriquecimento ilícito.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Liliane Souza Caldo interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Nioaque, nos autos da ação civil de improbidade administrativa movida por Ministério Público Estadual, que julgou procedente o pedido para condenar o requerido pela prática de improbidade administrativa e aplicar-lhe as sanções previstas no artigo 12, inciso I, da Lei n.º 8.429/92, quais sejam ressarcimento integral do dano causado aos cofres públicos, conforme valores encontram-se indicados às fls. 111 e 112; (perda imediata da função pública, se estiver exercendo alguma quando do trânsito em julgado da sentença; suspensão de direitos políticos por oito anos; 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 10 (dez) anos.

Para tanto alega que para a caracterização do ato ímprobo necessária a conjugação de dois elementos, a ocorrência de dolo e o efetivo prejuízo ao erário público, situação não visualizada.

Salienta que também foi vítima da escola que emitia de forma fraudulenta certificados de segundo grau na cidade de Nioaque.

Pleiteia a reforma da sentença com a improcedência da ação.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, opina pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Liliane Souza Caldo interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Nioaque, nos autos da ação civil de improbidade administrativa movida por Ministério Público Estadual, que julgou procedente o pedido para condenar a requerida pela prática de improbidade administrativa e aplicar-lhe as sanções previstas no artigo 12, inciso I, da Lei n.º 8.429/92, quais sejam ressarcimento integral do dano causado aos cofres públicos, conforme valores encontram-se indicados às fls. 111 e 112; perda imediata da função pública, se estiver exercendo alguma quando do trânsito em julgado da sentença; suspensão de direitos políticos por oito anos; 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 10 (dez) anos.

Segundo a inicial, o Ministério Público ingressou com a presente ação alegando, em síntese, que a requerida foi nomeada na Câmara Municipal de Nioaque para o cargo em comissão de auxiliar de gabinete, em 10 de janeiro de 2011 (Portaria nº. 07/2011), permanecendo nele até o dia 01º de setembro de 2011, quando então foi nomeada no cargo de assessor de imprensa (Portaria n.º 34/2011), tendo permanecido até 18 de janeiro de 2012.

Narrou que os cargos exigiam como requisito a formação no ensino médio completo, consoante o Anexo I, da Lei Complementar Municipal n.º 003/2005.

Aduziu que a requerida apresentou cópia do certificado de conclusão do Ensino Médio da Escola Estadual José Ferreira Barbosa, contudo, a Secretaria de Estado de Educação informou que esta não consta nas atas de resultados finais. Destarte, concluiu que a conduta fraudulenta da requerida ofendeu a moralidade administrativa e aos princípios constitucionais cogentes da Administração Pública.

Requereu a condenação da requerida por ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito e atentatórios aos princípios da administração pública, sendo submetida às sanções do artigo 12, I e III da Lei n.º 8249/1992.

A requerida foi notificada e apresentou defesa preliminar às fls. 170/171.

Pela decisão de fls. 182/183, foi recebida a inicial e determinada a citação da requerida.

Citada, a requerida apresentou contestação de fls. 188/189

Em sentença o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido para condenar a requerida nas seguintes sanções:

> *(...) a) ressarcimento integral do dano causado aos Cofres Públicos, cujos valores encontram-se indicados às fls. 111 e 112; b) perda imediata da função pública, se estiver exercendo alguma quando do trânsito em julgado desta sentença; c) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 08 (oito) anos; d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10 (dez) anos.* (fls. 246/252)

Irresignada, a requerida apela a esta Corte visando a reforma da sentença.

Para tanto alega que para a caracterização do ato ímprobo necessária a conjugação de dois elementos, a ocorrência de dolo e o efetivo prejuízo ao erário público, situação não visualizada no caso.

Salienta que também foi vítima da escola que emitia de forma fraudulenta certificados de segundo grau na cidade de Nioaque.

Pleiteia a reforma da sentença com a improcedência da ação.

A Procuradoria de Justiça manifestou pelo desprovimento do recurso.

De início, consigno que ao presente recurso serão aplicadas as regras estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015, haja vista que a sentença foi proferida em 26/07/2016.

Dito isto, passo ao exame do presente recurso.

Em que pese a irresignação da apelante, seu recurso não comporta provimento.

Com efeito, é consabido que o ato de improbidade administrativa configura um ato de imoralidade qualificada pela lei que importa em enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário e/ou violação dos princípios da administração pública.

Nessa medida, a Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/92 (LIA) classifica os atos de improbidade administrativa em três categorias: a) os que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os que causem prejuízo ao erário (art. 10) e c) os que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Tais condutas podem ser apenadas com as sanções previstas no art. 12 da LIA consistentes em: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, ressarcimento ao erário, perda de bens e valores acrescidos ilicitamente, multa civil e proibição de contratar com a administração pública ou dela receber benefícios.

É dizer, portanto que o legislador estabeleceu expressamente as sanções de acordo com as circunstâncias que envolvem o ato ímprobo. Assim, não pode o julgador aplicar pena diversa da que estabelecida naquele dispositivo legal.

De igual modo, de acordo com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da lei referida (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), faz-se necessário a prova do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, a culpa do agente envolvido.

Já no que tange aos tipos previstos nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública), é imprescindível a comprovação do elemento volitivo (dolo) do agente (critério subjetivo). Isso é assim porque não se pode confundir

improbidade com simples ilegalidade, sob pena de a improbidade se transformar em hipótese de responsabilidade objetiva dos administradores públicos. (REsp 1.319.541/MT, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 18/09/2013).

A propósito:

> *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. (...)*
>
> *3. O entendimento do STJ é que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições 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. (...)* - (Resp 1674354/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 22/08/2017).

No vertente caso, a recorrente sustenta que não existe nos autos prova do efetivo prejuízo ao erário e a ocorrência de dolo específico, elementos indispensáveis à caracterização do ato ímprobo.

Contudo, sem razão.

Restou incontroverso que a requerida apelante ocupou os cargos em comissão de auxiliar de gabinete e de assessor de imprensa sem possuir a qualificação exigida para o exercício desses cargos (ensino médio completo), auferindo vantagem patrimonial indevida e atentando contra os princípios norteadores da Administração Pública.

Com efeito, consoante o Anexo I, da Lei Complementar Municipal nº. 003/2005, os cargos exigiam como requisito a formação no ensino médio completo, contudo, quando de sua nomeação, a requerida apresentou cópia do histórico escolar de conclusão de ensino médio, supostamente expedido pela Escola Estadual José Ferreira Barbosa (município de Nioaque), sendo que a autenticidade do referido documento não foi confirmada pela direção da instituição de ensino, por não constar a referida aluna nas atas de resultados finais.

Portanto, a conduta da apelante em tomar posse, mediante apresentação de documento falso, mesmo ciente de que não preenchia os requisitos necessários ao cargo, percebendo indevidamente salário, em evidente prejuízo ao erário público, não deixa dúvida de que incorreu em ato de improbidade administrativa (enriquecimento ilícito).

Como muito bem assentou o magistrado *a quo*, *verbis*:

> *A prova documental que acompanhou a petição inicial é firme no sentido de que a ré não preenchia um dos requisitos para ao exercício do cargo em comissão de auxiliar de gabinete, tampouco de auxiliar de imprensa, qual seja, a de possuir grau de escolaridade equivalente ao ensino médio.*
>
> *Isso porquanto, o Ofício n.º 154/VVE-2013, datado de 05 de junho de 2013, da Secretaria de Estado de Educação é firme a apontar que "em atenção à solicitação de Vossa Senhoria, a qual se refere à verificação de vida escolar de Liliane de Souza Caldo, com Histórico Escolar de Conclusão do Ensino Médio, expedido pela Escola Estadual José Ferreira Barbosa, sediada no Município de Campo Grande/MS, informamos que a referida aluna não consta nas atas de resultados finais, fato este que nos impossibilita a confirmação de autenticidade do documento supracitado".* (fl. 148)

> *Ademais, o Anexo I, da Lei Complementar nº. 03/2005, indica que o requisito para habilitação dos cargos exercidos pela parte requerida exige a formação no Ensino Médio Completo, consoante fls. 70/102.*
>
> *Nesse ponto, a requerida não comprovou nos autos que efetivamente possuía o grau de escolaridade necessário à nomeação dos cargos que exerceu, na medida em que apenas consta a cópia de fl. 153, cujo teor diverge em muito ao descrito pela Secretaria de Estado de Educação acima acostado. (...)*
>
> *Não há, de outro lado, como se acolher a alegação de inexistência de dolo ou de má-fé, diante da inequívoca ciência pela ré de que não poderia exercer os cargos, por não preencher os requisitos necessários à época, bem como de que, para a nomeação, apresentou documento à Câmara Municipal, que sabia conter a falsa declaração de que haveria concluído o Ensino Médio.* (fl. 153). (fls. 248/249)

Destarte, diante das provas colacionadas aos autos que demonstram e comprovam a apresentação de documentação falsa para o exercício de cargo público, assim como o recebimento de remuneração sabidamente indevida, constata-se o dolo, mesmo que genérico, na conduta da requerida na prática de ato ímprobo que importa no enriquecimento ilícito.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Diante do exposto, conheço do recurso e, com o parecer, nego-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 17 de outubro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801871-55.2015.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – COMPRA E VENDA DE CAVALO – NEGÓCIO REALIZADO ENTRE PARTICULARES – INAPLICABILIDADE DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INFERTILIDADE DO ANIMAL – VÍCIO REDIBITÓRIO – DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor quando se verifica que o negócio jurídico foi firmado entre particulares.

Cuidando-se de venda de animais, o adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir do conhecimento do vício redibitório, nos termos do § 1º, do art. 445 do CC.

Em que pese o negócio ter sido realizado em 03/07/2014, somente em 15/07/2015 é que foi descoberto o vício existente no animal. Portanto, o prazo decadencial deve ser contado a partir do dia 15/07/2015. Destarte, como ação foi distribuída em 03/12/2015, não há falar decadência, razão pela qual a reforma da sentença é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de outubro 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

Gl Agropecuária Ltda, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Miranda, nos autos da ação de restituição e valores c/c indenização por danos morais e materiais movida em desfavor de Francisco Salles Malta Neto, objetivando a reforma da sentença que julgou

improcedentes os pedidos formulados pela parte autora, visto que houve o decurso do prazo decadencial previsto no art. 445, do Código Civil.

Alega que o apelado é o único responsável pela venda do animal improdutivo, aliás, adquirido pelo conceito que o apelado possui no ramo, e, principalmente, por não arcar com suas obrigações essenciais nas relações comerciais que são a transparência, a informação, a qualidade e lealdade no fornecimento de produtos, trazendo para seus clientes um desgaste emocional grande e desnecessário.

Diz ser aplicável ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor, já que o requerido é considerado fornecedor de cavalo de raça, destinado a reprodução, assim como, a autora é considerada consumidora.

Aduz que só tomou conhecimento do vício, ou seja, da infertilidade do garanhão, um ano após a aquisição, ou seja, no dia em recebeu o resultado do Exame Andrológico, 15/07/2015. Logo, não há que falar em decadência, uma vez que propôs a ação em 03/12/2015, ou seja, menos de 180 (cento e oitenta dias) do conhecimento da infertilidade do animal.

Requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Gl Agropecuária Ltda, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Miranda, nos autos da ação de restituição e valores c/c indenização por danos morais e materiais movida em desfavor de Francisco Salles Malta Neto, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados pela parte autora, visto que houve o decurso do prazo decadencial previsto no art. 445, do Código Civil.

Segundo consta do caderno processual, a parte autora ingressou com a presente demanda sustentando, em síntese, ter adquirido do requerido um garanhão (cavalo reprodutor) pelo preço de R$1 0.000,00 (dez mil reais). Afirmou que o garanhão foi adquirido com a finalidade de melhorar o plantel da fazenda, sendo que o negócio foi intermediado pelo senhor Hélio Tadano, médico veterinário e técnico da ABQM, que fez menção elogiosa não só ao garanhão objeto desta, mas a todo o rebanho do requerido.

Narrou que após a estação de monta 2014/2015, o histórico reprodutivo do garanhão revelou taxa de prenhez igual a zero, vez que nenhuma das éguas concebeu após monta natural controlada (n=sete). Após exame andrológico, realizado em 15 de julho de 2015, o espermiograma, teste de refrigeração e avaliação morfológica do ejaculado, revelou não-aptidão reprodutiva do garanhão, por estarem abaixo dos padrões esperados para a espécie.

Deste modo, postulou pela condenação do requerido a restituir as quantias pagas pelo garanhão e pelo honorário do médico veterinário que realizou o exame andrológico. Pleiteou, ainda, a condenação do requerido em danos morais.

Em sede de contestação, a parte ré arguiu prejudicial de mérito da decadência. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido. (fls. 48/55)

Como relatado, o magistrado a quo acolheu a prejudicial de mérito e julgou improcedentes os pedidos.

Irresignada, recorre a autora a esta Corte pleiteando a reforma da sentença.

Alega que o apelado é o único responsável pela venda do animal improdutivo, principalmente por não arcar com suas obrigações essenciais nas relações comerciais que são a transparência, a informação, a qualidade e lealdade no fornecimento de produtos, trazendo para seus clientes um desgaste emocional grande e desnecessário.

Diz ser aplicável ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor, já que o requerido é considerado fornecedor de cavalo de raça, destinado à reprodução.

Defende que só tomou conhecimento do vício, ou seja, da infertilidade do garanhão, um ano após a aquisição, ou seja, no dia em recebeu o resultado do Exame Andrológico, 15/07/2015. Logo, não há que falar em decadência, uma vez que a ação foi proposta em menos de 180 (cento e oitenta) dias do conhecimento da infertilidade do animal.

Requer o provimento do recurso.

Cinge-se em saber se o direito da requerente foi atingido pela decadência.

Denota-se que não se trata de hipótese de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, porquanto não se verifica relação de consumo no caso, pois o negócio foi firmado entre particulares. Aliás, não há qualquer comprovação de que o requerido atue profissionalmente no ramo de venda de animais, não podendo, assim, ser enquadrado no conceito de fornecedor.

Sobre o assunto, a jurisprudência pátria:

> *CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA ENTRE PARTICULARES. TERRENOS. CDC. INAPLICABILIDADE. COMISSÃO DE CORRETAGEM. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. ILEGALIDADE. ARRAS. NÃO CONFIGURADA. DESISTÊNCIA DO VENDEDOR. SENTENÇA REFORMADA. I. Não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor às transações efetivadas entre particulares. Ausente a configuração da natureza societária ou empresarial do alienante, afasta-se aplicação dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. II. O adquirente de imóvel deve ter a opção quanto à negociação dos termos do contrato de corretagem, valor devido ao profissional que intermediou o negócio e que auferiu resultado útil. III. Não havendo previsão expressa no contrato quanto a obrigação de pagamento da comissão de corretagem, nem distinção de valores ou percentual incidente, é ilícita sua cobrança, devendo ser restituída a quantia paga (RESP 1.599.511/SP). lV. Se o corretor assumiu tarefas, na alienação, que não lhe competiam, incutindo no pensamento do comprador o papel de vendedor, assume os riscos da responsabilidade solidária. V. Constatado que o vendedor desistiu do negócio jurídico, todos os valores despendidos devem ser devolvidos ao comprador. VI. Recurso conhecido. Preliminar rejeitada e, no mérito, provido parcialmente*. (TJDF; Proc 0017.42.7.792016-8070001; Ac. 104.1216; Sétima Turma Cível; Relª Desª Leila Arlanch; Julg. 23/08/2017; DJDFTE 01/09/2017).

Portanto, no caso, o prazo decadencial aplicável é aquele contido no Código Civil.

No tocante à questão de fundo, sobre os vícios redibitórios, o Código Civil assim dispõe:

> *Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.*

> *Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço.*

Portanto, é permitido ao adquirente, caso haja um defeito oculto que torne impróprio o uso do bem, devolver a coisa ou requerer o abatimento no preço.

No entanto, para o exercício deste direito, a parte lesada, além de ajuizar as medidas cabíveis, deve observar o prazo decadencial previsto no artigo 445 do Código Civil, *in verbis*:

> *O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.*
>
> *§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.*
>
> *§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria*.

Logo, uma vez conhecido o defeito, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias (artigo 445, § 1º, do Código Civil), deverá a parte exercer o direito derivado do vício redibitório. Ultrapassado o aludido prazo, não há mais que se cogitar em tal direito.

Neste sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRELIMINAR AFASTADA. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO EM PROVEITO DA FAMÍLIA. MARIDO E MULHER. DEVEDORES SOLIDÁRIOS. VÍCIO REDIBITÓRIO ALEGADO EM CONTESTAÇÃO.DECADÊNCIA DO DIREITO DE OBTER A REDIBIÇÃO OU ABATIMENTO NO PREÇO. 1. Não há que se falar em inépcia da inicial quando a peça fornece satisfatoriamente os elementos necessários para a formação da lide, narrando devidamente os fatos, a ponto de possibilitar a compreensão da causa de pedir, do pedido e do respectivo fundamento jurídico, além de não existir vício a impossibilitar a defesa do réu. 2. A esposa é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de cobrança de dívida contraída por seu marido em benefício da família, a qual obriga, solidariamente, ambos os cônjuges. Inteligência dos artigos 1.643, inciso I, e 1.644 do Código Civil. 3. Tratando-se de venda de animais, o adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir do conhecimento do vício redibitório, nos termos do artigo 445, §§ 1º e 2º, do Código Civil. Apelação conhecida e desprovida.* (TJGO; AC 0313744-52.2014.8.09.0137; Rio Verde; Quarta Câmara Cível; Relª Desª Nelma Branco Ferreira Perilo; DJGO 26/07/2016; Pág. 148).

No caso vertente, a compra do cavalo ocorreu em 03/07/2014, no entanto, o exame de avaliação andrológica do garanhão que detectou a não aptidão-reprodutiva, foi realizada em 15/07/2015 (f.25-27).

Assim, indene de dúvidas que a autora somente tomou conhecimento da infertilidade do animal após a realização do exame andrológico, ou seja, em 15/07/2015.

Em que pese o negócio ter sido realizado em 03/07/2014, somente em 15/07/2015 é que foi descoberto o vício existente no animal. Portanto, o prazo decadencial deve ser contado a partir do dia 15/07/2015.

Destarte, como ação foi distribuída em 03/12/2015, não há falar decadência, razão pela qual a reforma da sentença é medida que se impõe.

Diante do exposto, conheço do recurso, dando-lhe parcial provimento para tornar insubsistente a sentença e, por consequência, determinar o retorno dos autos para o normal prosseguimento.

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. 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, 17 de outubro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0803371-64.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator. Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – VEICULAÇÃO DE IMAGEM EM MATÉRIA JORNALÍSTICA SEM CONSENTIMENTO OU AUTORIZAÇÃO – CANAL DE TELEVISÃO ABERTA – IMAGEM ASSOCIADA AO MAU ATENDIMENTO DISPENSADO POR VENDEDORES EM COMÉRCIO LOCAL – ARTIGO 186 DO CC – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO DENTRO DOS PATAMARES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E 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.

A indevida utilização da imagem da parte autora no exercício de seu labor de vendedora no comércio local, aliada ao fato de que a matéria jornalística vinculou a sua imagem a uma suposta má conduta no atendimento de clientes, evidencia a prática de ato ilícito ensejador do dever de indenizar.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 4º vogais, que lhes negavam provimento.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Ana Cristina Alves Mota interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada em desfavor de Televisão Ponta Porã Ltda.

Alegou, em síntese, que a requerida, em matéria jornalística veiculada no dia 24.03.2016, expôs sua imagem, sem seu conhecimento ou autorização, associando-a aos comportamentos indevidos praticados por vendedores no comércio da cidade de Dourados.

Asseverou que a veiculação de sua imagem a expôs à situação vexatória e pejorativa, uma vez que foi filmada quando trabalhava como vendedora em uma loja do *Shopping Center*.

Sustentou que restaram satisfeitos os requisitos ensejadores do dever de indenizar os danos morais por ela sofridos.

Finalizou pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença apelada, julgando procedente a pretensão inaugural.

Em contrarrazões, a apelada manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO (EM 17/10/2017)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Ana Cristina Alves Mota interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada em desfavor de Televisão Ponta Porã Ltda.

Considerações iniciais

A autora propôs a presente demanda afirmando que a requerida, em matéria jornalística veiculada na tv no dia 24.03.2016, expôs sua imagem, sem seu conhecimento ou autorização, associando-a a comportamentos indevidos praticados por vendedores no comércio da cidade de Dourados. Enfatizou que a veiculação de sua imagem a expôs a situação vexatória e pejorativa, uma vez que foi filmada quando trabalhava como vendedora em uma loja do *Shopping Center*, deixando subentendido que seu atendimento aos clientes não estava a contento, razão pela qual deve ser indenizada pelos danos morais suportados (f. 01-05).

Na contestação (f. 33-45), a requerida defendeu a improcedência do pedido. Em seguida, foi proferida sentença assim lastreada (f. 54-66):

> *(...) Diante o exposto, e pelo do que mais dos autos consta, julgo improcedente os pedidos, nos termos do artigo 487, inciso I do CPC, por não se vislumbrar a ocorrência de violação aos direitos da personalidade da autora, sendo descabida a reparação pretendida.*
>
> *Condeno a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º do CPC, observando-se, todavia, o disposto no artigo 98, §§2º e 3º do mesmo Códex (...).*

Inconformada, a autora interpôs o presente recurso afirmando que restaram satisfeitos os requisitos que dão ensejo ao dever de indenizar.

Mérito

O cerne da questão posta em debate limita-se em saber se restaram satisfeitos os requisitos que dão ensejo ao dever de indenizar em razão da afronta aos direitos da personalidade advindos da veiculação de matéria jornalística na televisão utilizando-se da imagem da autora.

Inicialmente é oportuno consignar que a Constituição Federal elenca no artigo 5.º, 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.

Como é sabido, a liberdade de imprensa 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) – destacado.

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 artigo 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 artigo 927 que *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

In casu, ficou comprovado que a apelada veiculou matéria jornalística em seu canal de TV aberta sem a autorização e consentimento da recorrida, tanto é verdade que não produziu nenhuma prova nesse sentido, ou seja, não trouxe aos autos nenhum documento assinado pela requerente autorizando a exposição de sua imagem.

Ora, não se pode negar que a utilização da imagem da autora, associando-a ao mau comportamento e atendimento de vendedores que trabalham no comércio local, à expôs a situação vexatória, dando a entender que estaria ela usando das más práticas comerciais mencionadas na matéria jornalística.

Assim, o direito à indenização deve ser resguardado em razão da indevida utilização da imagem da autora, sem a sua autorização, aliada ao fato de que a matéria vinculou sua imagem a uma suposta má conduta no atendimento de clientes.

Conforme fundamentado acima, a liberdade de imprensa 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. - I 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) – destacado.

De outra banda, o STJ editou a Súmula n.º 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, sendo a imagem um direito constitucionalmente protegido, o seu uso indevido acarreta indenização, independentemente de prova ou prejuízo ou dano.

No que tange ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais é cediço que a quantificação deve ser feita conforme prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com a lesão suportada 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) – destacado.
>
> *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 à requerente, como também desestimular a reincidência das mídias de comunicação, servindo de alerta quanto aos cuidados que devem nortear suas relações.

Destarte, o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) se afigura razoável e proporcional ao caso em tela.

Da sucumbência

Diante do provimento do recurso interposto pela autora e consequente reforma da sentença, impõe-se a readequação dos ônus sucumbenciais, consoante estabelece o artigo 85, do CPC/2015.

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 n.º 326, do STJ *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca"*.

Destarte, a requerida 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.

Conclusão

Pelo exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Ana Cristina Alves Mota e dou-lhe provimento para o fim de reformar a sentença recorrida, julgando procedente a pretensão inaugural e condenando a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantia esta que deverá ser corrigida monetariamente pelo IGPM, a partir do seu arbitramento (Súmula n.º 362, do STJ), acrescido de juros de mora a partir do evento danoso (Súmula n.º 54, do STJ).

Ainda, condeno a requerida 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 artigo 85, § 2º, do CPC/2015.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º Vogal)

Peço vênia ao eminente relator para divergir de seu voto.

Entendo que deve ser negado provimento ao recurso, pois na verdade tratou-se de um noticioso não sujeito a esse tipo de irresignação. Mesmo porque, a tomada da câmera, na reportagem, foi feita em um plano geral, ou seja, de várias pessoas do comércio local e não da autora apelante em específico. Assim, a autora não tem o direito de se irresignar de figurar nas imagens, exatamente porque foi uma imagem de plano geral, pública, de um local público.

Se assim não fosse, qualquer reportagem que veiculasse qualquer notícia em plano geral e uma pessoa que, por ventura, fosse filmada, ainda que não fosse muito bem visível, teria direito de se irresignar e receber uma indenização por dano moral à imagem, o que geraria um contrassenso intransponível com a vida em sociedade e a liberdade de imprensa e, especialmente, liberdade (dever) de noticiar.

Em momento algum da imagem divulgada identificou-se a autora ou qualquer outra vendedora local, não havendo divulgação de nomes, especificação da loja em que trabalha, tampouco do local físico em que ocorria a gravação. Assim, não há razão para a vítima pretender indenização por dano moral quando a imagem foi meramente de plano geral, sem um foco específico na demandante.

O verbete sumular 403 do e. Superior Tribunal de Justiça não se aplica ao caso em tela, haja vista que a imagem veiculada deu-se para fins informativos, razão pela qual deveria a parte autora demonstrar se houve efetivo prejuízo com a divulgação da imagem em plano geral.

Por tais razões, voto pelo improvimento do presente recurso, nos exatos termos da sentença.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Fernando), após o relator dar e o 1º vogal negar provimento ao recurso.

VOTO (EM 31/10/2017)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Ana Cristina Alves Mota, contra decisão proferida pelo mm. juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Dourdos, nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada em face de Televisão Ponta Porã Ltda, que julgou improcedentes os pedidos.

Conforme relatado, a autora propôs a presente demanda afirmando que a requerida, em matéria jornalística veiculada na tv no dia 24.03.2016, expôs sua imagem, sem seu conhecimento ou autorização, associando-a a comportamentos indevidos praticados por vendedores no comércio da cidade de Dourados. Enfatizou que a

veiculação de sua imagem a expôs a situação vexatória e pejorativa, uma vez que foi filmada quando trabalhava como vendedora em uma loja do *Shopping Center*, deixando subentendido que seu atendimento aos clientes não estava a contento, razão pela qual deve ser indenizada pelos danos morais suportados (f. 01-05).

O magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido.

Em sessão realizada no dia 17.10.2017, o insígne relator votou pelo provimento do recurso, para o fim de condenar a recorrida a indenizar a autora em R$ 5.000,00, por danos morais. Já o douto 1º vogal, abrindo divergência negou provimento ao recurso.

Pedi vista para análise mais detida dos elementos que compõem o painel probatório dos autos.

Nesse contexto, vejo que o vídeo da matéria jornalística em questão se encontra disponibilizado nos autos (f. 11), onde mostra a autora dentro da loja em que trabalha de braços cruzados e o jornalista que conduz a reportagem menciona, antes de apresentar tal imagem, que muitas vezes as lojas não investem no bom treinamento dos vendedores, o que seria importante para driblar a crise no comércio em geral.

É fato incontroverso que a imagem da autora foi utilizada pela recorrida sem autorização dela e que houve sim conotação pejorativa ao mostrá-la de braços cruzados.

Ante tal, é importante consignar que a proteção conferida à imagem garante que não é possível a sua utilização sem autorização do titular do direito, ainda mais quando compromete a honra, boa fama ou a respeitabilidade da pessoa.

Pontuo que Superior Tribunal de Justiça entende que caracterizada a ofensa ao direito de imagem surge o dano moral a ser indenizado, a orientação daquela Corte Superior é que o uso ou divulgação de imagem destacada sem autorização do titular, mesmo sem conotação vexatória, configura o dano moral.

A propósito:

> *(...) O uso e divulgação, por sociedade empresária, de imagem de pessoa física fotografada isoladamente em local público, em meio a cenário destacado, sem nenhuma conotação ofensiva ou vexaminosa, configura dano moral decorrente de violação do direito à imagem por ausência de autorização do titular. (...)* (Resp n. 1307366, Rel Ministro Raul Araújo – 07.08.2014).

Outros precedentes: REsp 1337961 , Rel . Ministra Nancy Andrighi -03.04.2014 e AgRg nos EDcl no AgRg no Af n. 1.150859 PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva – 02.05.2013.

Desse modo, não tendo a recorrida provado que tinha autorização da autora para exibir sua imagem em reportagem jornalísta, somado ao fato de que tal exposição foi precedida de comentário sobre o despreparo de alguns vendedores no trato com os clientes, no comércio local, não há dúvida quanto ao dever da recorrida de indenizar a autora por danos morais.

Desse modo, sem mais delongas, acompanho o insigne relator, para dar provimento ao recurso.

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, que lhe negava provimento. Adiada a conclusão de julgamento, nos termos do artigo 942 do CPC, em face da necessidade de convocação de novos membros.

VOTO (EM 28/11/2017)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (4º Vogal)

Trata-se de prosseguimento de julgamento de recurso de apelação, nos termos do artigo 942 do Código de Processo Civil, sendo que o apelo a ser examinado foi interposta por Ana Cristina Alves Mota contra sentença que julgou improcedentes os pedidos de danos morais e materiais por ela formulado em demanda ajuizada contra Televisão Ponta Porã Ltda.

A autora apelante propôs a presente ação indenizatória afirmando que a ré, por meio de matéria jornalística veiculada na TV no dia 24 de março de 2016, expôs sua imagem, sem seu conhecimento ou autorização, associando-a a comportamentos indevidos praticados por vendedores de comércio da cidade de Dourados-MS.

Disse que a veiculação de sua imagem a expôs a situação vexatória e pejorativa, uma vez que foi filmada quando trabalhava como vendedora em uma loja do *Shopping Center*, deixando subentendido que seu atendimento a clientes não estava a contento, razão pela qual deve ser indenização por danos morais.

O relator do processo, Desembargador Eduardo Machado Rocha, acompanhado pelo segundo vogal, Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho, da provimento ao recurso para o fim de condenar a Televisão Ponta Porã Ltda a pagar indenização por danos morais fixada no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sustentou o eminente relator que o pedido de indenização por dano moral formulado na inicial merece ser acolhido em razão de a parte ré ter promovido, por meio de matéria jornalística, uma indevida utilização da imagem da autora.

O relator asseverou que a ré apelada veiculou matéria jornalística em canal de TV aberta sem o consentimento da parte autora e que a matéria veiculada teria exposto a autora a situação vexatória na medida que associou ela (autora) a uma conduta negativa, qual seja, *"mau comportamento e atendimento de vendedores que trabalham no comércio local"*.

Com tais fundamentos, a sentença foi reformada, tendo sido concedida a indenização por dano moral pleiteada na inicial.

O primeiro vogal, Desembargador Nélio Stabile, nega provimento ao recurso de apelação, pois, em seu entendimento, a reportagem jornalística foi feita em um plano geral sem o objetivo de denegrir, de uma forma específica, a imagem da parte autora, tratando-se de uma imagem de plano geral, pública, de um local público.

Acrescentou o primeiro vogal que não ocorreu divulgação do nome da autora e nem divulgação do nome da loja em que ela trabalha e muito menos divulgação do local físico em que foi realizada a gravação, não havendo falar em dano moral quando a imagem é divulgada para fins afirmativos.

Pois bem, feito este relato, passo a decidir.

Reputo que a melhor solução para a celeuma foi a preconizada pelo eminente primeiro vogal, Desembargador Nélio Stabile, que mantém a sentença de improcedência do pedido indenizatório.

Deveras, inicialmente destaco trecho da matéria jornalística que a parte autora diz ser vexatória a sua imagem, *in verbis*:

> *É só andar um pouquinho pelo comércio de Dourados e perceber que tem muito vendedor assim, parado, de braços cruzados, e nessa época difícil, um bom atendimento pode ser a solução da má fase de uma empresa. E, muitas vezes, um sorriso ou uma boa conversa pode garantir uma venda que nem o cliente nem o vendedor esperavam. É muito importante que o vendedor entenda que a função dele hoje não é simplesmente trocar uma mercadoria, ele realmente faz parte da vida das pessoas. Muitos clientes vão (sic) e falam aquele meu vendedor. Vai na loja que aquele meu vendedor ... Então essa busca por relacionamento com cliente também é muito importante".* (f. 11- arquivo de multimídia).

Da leitura da matéria acima transcrita, tenho, a meu juízo, que a ré não teve o propósito de denegrir a imagem da autora, mas sim destacar, de uma forma geral, que o comportamento ativo dos vendedores, cativando os clientes, poderia ajudar o comércio a sair da crise econômica, com os incrementos das vendas.

Comungo do entendimento do julgador de primeiro grau que, ao abordar a matéria, afirmou *"Cuida-se de simples jornalismo informativo, de interesse público, e que utilizou a imagem da autora de maneira meramente ilustrativa, tanto que foi captada em local público (Shopping Avenida Center), sem qualquer cunho depreciativo, ofensivo, ou juízo negativo, que causasse vexame à autora)".*

Omissis ...

Ademais, o caso em apreço não atrai a aplicação do verbete sumular nº 403, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que assentado a dispensa, para reparação de danos, da prova do prejuízo nas hipóteses de publicação sem autorização da imagem de uma pessoa com fins econômicos ou comerciais, porquanto ausentes referidos fins, notadamente por tratar-se de reportagem jornalística de cunho meramente informativo (sentença f. 64-65).

Ainda que divulgada em o consentimento da autora, a ausência de propósito ofensivo na matéria jornalística de cunho eminentemente informativo não gera direito ao recebimento de dano moral, sendo neste sentido a ementa do acórdão da Quarta Câmara Cível:

> *EMENTA - .APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPORTAGEM QUE VEICULA FATOS DE INTERESSE PÚBLICO . REPORTAGEM ENVOLVENDO O AUTOR . AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DIVULGAÇÃO DA IMAGEM DO AUTOR . DESNECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES INFORMATIVAS . AUSÊNCIA DE PROPÓSITO OFENSIVO. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE COLETIVO . NÃO CARACTERIZAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO RECONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO.* (TJMS. Apelação n. 0054665-07.2010.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 26/05/2015, p: 27/05/2015).

O fato é que a parte ré não utilizou a imagem da apelante em situação vexatória e nem com finalidade econômica, motivo pelo qual não vejo como caracterizado o dano moral.

Posto isso, conheço do recurso de apelação interposto por Ana Cristina Alves Mota e nego-lhe provimento, acompanhando o voto proferido pelo primeiro vogal, Desembargador Nélio Stábile.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0805106-38.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO COLETIVA – CONSUMIDOR – DEVER DE INFORMAÇÃO PRESERVADO – EMBALAGENS DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS QUE CONTÉM A RESSALVA *"(NÃO) CONTÉM GLÚTEN*" – EXPRESSÃO SUFICIENTE PARA PRESERVAR OS INTERESSES DOS PORTADORES DE DOENÇA CELÍACA – READEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA – ADEQUAÇÃO À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A razão de ser da Lei n.º 10.674/03 é dar efetividade à publicidade em relação à presença de glúten nos alimentos, proteína encontrada em cereais que é prejudicial aos celíacos, possuindo finalidade preventiva já que no primeiro contato com o produto o consumidor passa a ter a informação acerca da sua presença ou não, evitando assim que consuma itens que possam lhe causar danos à saúde.

A lei 10.674/03 se limita a exigir o aviso acerca da existência ou não de glúten e para produtos industrializados, sendo certo que é princípio geral de direito que preceitos restritivos de direito tem interpretação restrita.

É fato notório e, portanto, é desnecessária que se informe à determinada parcela da população o óbvio, já que, como reconhecido pela própria requerente, os celíacos sabem que o glúten lhes é prejudicial.

Não haver explicação que encaixe o *quantum* tão exorbitante ao que se viu na inicial, distanciando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É certo que os direitos decorrentes à vida, à saúde não são quantificáveis economicamente, portanto cabe ao aplicador da norma fixar os critérios para estimação do valor da causa.

Como explanado, a ação *"não terá caráter condenatório, limitando-se, ao final, a compelir ou não a impugnante/requerida a fazer constar nos rótulos e embalagens de seus produtos a informação e advertência: 'o glúten é prejudicial aos portadores de doença celíaca'"*.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por ABRACON-Saúde – Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde contra sentença proferida pelo MM. Juiz 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, na ação civil pública que move em desfavor de Pastifício Araguaia LTDA., que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Em síntese, a autora alega que:

A sentença contraria precedentes do STJ acerca do tema, já que se manifestou pela necessidade de que, além da informação-conteúdo de que o produto *"contém glutén"*, também é necessário que conste a informação-advertência de que "*o glúten é prejudicial aos portadores de doença celíaca"*.

Que a Lei n.º 106.74/2003, especificamente no art. 1º, estabelece:

> *Uma obrigação mínima do conteúdo informativo que deverá ser veiculado nos rótulos e embalagens dos produtos, indicando quais contém ou não glúten, porém, em momento algum há previsão na lei de que será exclusivamente esta a informação a ser prestada aos consumidores. O valor da causa deve corresponder ao alcance econômico da causa, que consiste no custo efetivo do cumprimento da obrigação de fazer consubstanciada na alteração das embalagens e rótulos de todos os produtos comercializados pela apelada. Ao adotar critério puramente arbitrário, como que fixando seu valor para efeitos meramente fiscais, relegando sua importância e abrangência, além de contrariar o critério técnico para apuração de seu valor e ignorar que a lide tramita sob a inversão do ônus da prova, de movo que não tendo a apelada se desincumbido de seu ônus, deveria ter sido mantido o valor provisório estimado pela apelante.*

Ao final requereu a reforma da sentença prolatada, julgando procedente o pedido inicial e restabelecimento do valor originário da causa em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Não foram apresentadas as contrarrazões.

O Ministério Público manifestou-se no sentido de que seja acolhido parcialmente o recurso de apelação, alterando a sentença no que tange a inclusão da advertência acerca da prejudicialidade aos portadores de doença celíaca.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por ABRACON-Saúde – Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde contra sentença proferida pelo MM. Juiz 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, na ação civil pública que move em desfavor de Pastifício Araguaia LTDA., que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Em síntese, a autora alega que:

A sentença contraria precedentes do STJ acerca do tema, já que se manifestou pela necessidade de que, além da informação-conteúdo de que o produto *"contém glutén"*, também é necessário que conste a informação-advertência de que *"o glúten é prejudicial aos portadores de doença celiáca"*.

Que a Lei n.º 106.74/2003, especificamente no art. 1º, estabelece :

> *Uma obrigação mínima do conteúdo informativo que deverá ser veiculado nos rótulos e embalagens dos produtos, indicando quais contém ou não glúten, porém, em momento algum há previsão na lei de que será exclusivamente esta a informação a ser prestada aos consumidores". "O valor da causa deve corresponder ao alcance econômico da causa, que consiste no custo efetivo do cumprimento da obrigação de fazer consubstanciada na alteração das embalagens e rótulos de todos os produtos comercializados pela apelada". "Ao adotar critério puramente arbitrário, como que fixando seu valor para efeitos meramente fiscais, relegando sua importância e abrangência, além de contrariar o critério técnico para apuração de seu valor e ignorar que a lide tramita sob a inversão do ônus da prova, de movo que não tendo a apelada se desincumbido de seu ônus, deveria ter sido mantido o valor provisório estimado pela apelante.*

Ao final requereu a reforma da sentença prolatada, julgando procedente o pedido inicial e restabelecimento do valor originário da causa em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Não foram apresentadas as contrarrazões.

O Ministério Público manifestou-se no sentido de que seja acolhido parcialmente o recurso de apelação, alterando a sentença no que tange a inclusão da advertência acerca da prejudicialidade aos portadores de doença celíaca.

Passo a análise do pleito.

A Lei n.º 10.674/03 dispõe que os produtos alimentícios comercializados devem informar sobre a presença de glúten como medida preventiva e de controle da doença celíaca, conforme se vê da regra de conduta insculpida em seu art. 1º:

> *Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou "não contém Glúten", conforme o caso.*
>
> *§ 1º - A advertência deve ser impressa nos rótulos e embalagens dos produtos respectivos assim como em cartazes e materiais de divulgação em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura.*

Ocorre que, para se chegar a razão de ser da norma, a fim de alcançar seu principal objetivo, nem sempre se deve seguir apenas a interpretação literal para a solução jurídica que a situação reclama, aliando a ela a gramatical e teleológica.

Este é o caso dos autos, em que a melhor aplicação do direito implica à interpretação dos métodos interpretativos para consagrar aquele que melhor se coadune com os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Na lição de Carlos Maximiliano (Hermenêutica e aplicação do direito. Editora forense. 19ª edição; p. 124) fazendo referência ao Estatuto da Universidade de Coimbra, de 1772: *"descobrem-se o sentido e alcance de uma regra de direito ao perquirir qual seja o fim do negócio de que se ocupa o texto (...) este*

é o único e verdadeiro modo de acertar com a genuína razão da lei, de cujo descumprimento depende inteiramente a compreensão do verdadeiro espírito dela".

A razão de ser da Lei n.º 10.674/03 é dar efetividade à publicidade em relação à presença de glúten - proteína encontrada em cereais que é prejudicial aos celíacos - nos alimentos, possuindo finalidade preventiva já que no primeiro contato com o produto o consumidor passa a ter a informação acerca da sua presença ou não, evitando assim que consuma itens que possam lhe causar danos à saúde.

A Lei 10.674/03 se limita a exigir o aviso acerca da existência ou não de glúten e para produtos industrializados, sendo certo que é princípio geral de direito que preceitos restritivos de direito tem interpretação restrita.

Não bastasse tanto, é fato notório e portanto é desnecessária que se informe à determinada parcela da população o óbvio, já que, como reconhecido pela própria requerente, os celíacos sabem que o glúten lhes é prejudicial.

Anoto mais que da mesma forma que o diabético sabe que o açúcar é prejudicial e os intolerantes à lactose conhecem dos malefícios que o consumo de leite pode lhes causar, também os celíacos detém a informação dos riscos pelo consumo do glúten, que certamente não obtiveram por meio de avisos nos produtos, mas sim de profissionais da área médica especializados no caso.

Ademais, como observado pelo D. Magistrado, *"a demandada vem obedecendo, de forma adequada e integral, ao que dispõe a lei supramencionada, porquanto nos rótulos e embalagens dos produtos comercializados (fls. 53), encontra-se o destaque, nítido e de fácil leitura, da expressão 'contém glutén".*

O Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu:

> *RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIREITO INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DIREITO DE INFORMAÇÃO. PRODUTO. GLÚTEN. DOENÇA CELÍACA. ADVERTÊNCIA. PROTEÇÃO SUFICIENTEMENTE ADEQUADA. INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES. DESNECESSIDADE. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. COMPENSAÇÃO. MÁ-FÉ. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. Ação ajuizada em 12/08/2010. Recurso especial interposto em 01/06/2014 e distribuído a este gabinete em 25/08/0216. Cuida-se de ação coletiva com a finalidade de obrigar empresa a veicular no rótulo dos alimentos industrializados que produz a informação acerca da presença ou não da proteína denominada glúten e que essa substância é prejudicial aos portadores da doença celíaca. É fundamental assegurar os direitos de informação e segurança ao consumidor celíaco, que está adstrito à dieta isenta de glúten, sob pena de graves riscos à saúde, o que, em última análise, tangencia a garantia a uma vida digna. A expressão "contém glúten" ou "não contém glúten" constitui uma clara advertência aos consumidores, sendo uma proteção suficientemente adequada àqueles que são adversamente afetados pela mencionada substância. É desnecessária a inserção de informações adicionais nos rótulos e embalagens. (...) Recurso especial parcialmente provido.* (REsp 1515895/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 14/12/2016).

De outro norte, "*em nenhum momento houve a menção ou determinação legal no sentido de que deve haver a frase 'O glúten é prejudicial aos portadores da doença celíaca', logo não cabe ao julgador determinar aquilo que a lei não previu."*

Deste Tribunal:

> *Se a lei não obriga os fabricantes de alimentos a constar na embalagem ou rótulo de produtos que possuem glúten a expressão de que "o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca", não cabe ao julgador determinar (...).* (TJMS - 4ª Câmara Cível - Apelação Nº 0021874-48.2011.8.12.0001 - Campo Grande - Relator Des. Paschoal Carmello Leandro. 8 de abril de 2014).

Pontuado tal, mantenho inalterada a sentença .

Referente ao valor da causa, entendo que melhor sorte, também, não resta à parte autora.

Nas ações coletivas, como denomina a própria ação, ainda que se possa estimar o valor perseguido à coletividade, não se sabe com precisão quantos serão eles.

Em julgado mais recente, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que, "*no caso de ações coletivas, como a ora em exame, o tema se mostra ainda mais sensível, porquanto não raras vezes o proveito econômico da ação proposta não está vinculado a benefícios patrimoniais diretos ou imediatos, mas, sim, aos danos suportados de forma individual por determinado conjunto de pessoas (direitos individuais homogêneos)"* (STJ, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Vilas Boas Cueva, REsp 1.641.888/PE, DJ de 14.03.2017).

Nesta concepção, entendo não haver explicação que encaixe o *quantum* tão exorbitante ao que se viu na inicial, distanciando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É certo que os direitos decorrentes à vida, à saúde não são quantificáveis economicamente, portanto cabe ao aplicador da norma fixar os critérios para estimação do valor da causa.

Como explanado, a ação *"não terá caráter condenatório, limitando-se, ao final, a compelir ou não a impugnante/requerida a fazer constar nos rótulos e embalagens de seus produtos a informação e advertência: 'o glúten é prejudicial aos portadores de doença celíaca'"*.

Levando consideração, ainda, a manifestação do Ministério Público (fls. 429/438) no sentido de que a "*referida associação tem ingressado com ações idênticas para trata sobre o mesmo assunto (falta da informação necessária aos portadores de doenças celíacas) contra diversos estabelecimentos comerciais desta capital, alterando tão-somente o polo passivo da demanda",* a decisão do d. Magistrado deve ser mantida.

Nesta concepção, esta Corte já julgou:

> *EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO COLETIVA – CONSUMIDOR – DEVER DE INFORMAÇÃO PRESERVADO – EMBALAGENS DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS QUE CONTÉM A RESSALVA "(NÃO) CONTÉM GLÚTEN" – EXPRESSÃO SUFICIENTE PARA PRESERVAR OS INTERESSES DOS PORTADORES DE DOENÇA CELÍACA – READEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA – ADEQUAÇÃO À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Fica respeitado o direito de informação quando, nas embalagens de produtos alimentícios, constar a informação "(não) contém glúten", sendo desnecessário fazer menção que "o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca." Quando o valor atribuído à causa pela parte autora da ação civil coletiva se distancia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justificada a sua alteração, em julgamento de incidente de impugnação, principalmente, considerando que não se estabeleceu o novo*

valor de forma aleatória e arbitrária. (TJMS. Apelação n. 0806575-22.2016.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 26/04/2017, p: 27/04/2017).

Posto isto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

***

4ª Seção Cível
Ação Rescisória nº 1407459-05.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – ALEGAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA UTILIZADA NO PROCESSO SEM INTIMAÇÃO DOS AUTORES PARA MANIFESTAÇÃO – DEMONSTRAÇÃO DE VÁRIOS ATOS PROCESSUAIS OCORRIDOS NO DECORRER DO TRÂMITE DA AÇÃO COM OPORTUNIDADES DE OPOR INSURGÊNCIA SOBRE O LAUDO PERICIAL REALIZADO EM OUTRO PROCESSO – CARGA DO PROCESSO À ADVOGADA CONSTITUÍDA – PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS AO PERITO PARA FAZER COMPARAÇÃO ENTRE AMBOS EXAMES DEFERIDO PELO JUÍZO – MESMO PERITO JUDICIAL NOMEADO NA AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO ATUANTE COMO ASSISTENTE TÉCNICO DO EXAMINADO NA PERÍCIA REALIZADA NOS AUTOS – NÃO OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO – PONTO CONTROVERTIDO NO PROCESSO ORIGINÁRIO (LAUDO PERICIAL) – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL ESPECÍFICO SOBRE AS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Observa-se no conteúdo da sentença a narração de que os autores tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a perícia realizada no requerido em outro processo judicial, visto que tal laudo foi apresentado pelo requerido para justificar seu pedido de esclarecimento a ser prestado pelo perito, inclusive, deferida a prova oral, com realização da audiência de instrução, debates e oitiva de testemunhas com a intimação das partes para apresentarem alegações finais.

O fato alegado pelos autores de não terem participado do processo que o requerido moveu contra a seguradora onde se realizou a prova emprestada, não tem o efeito de se modificar o acórdão, pois restaram comprovadas as várias oportunidades para que os autores tivessem se insurgido sobre a referida prova, eis que foi feita a comparação das conclusões exaradas em ambos laudos pelo perito designado pelo juízo, estando em harmonia com o conjunto das provas realizadas na ação de indenização.

Quando o acórdão aprecia todas as provas coligidas nos autos, resultante de atos e documentos juntados no processo antes da sentença, observado o contraditório com a intimação das partes para se manifestar sobre todos atos realizados no processo em que se baseou a decisão rescindenda, não há que se falar em ocorrência de erro de fato.

O erro de fato para ensejar a rescindibilidade de uma decisão, sentença ou acórdão decorre de omissão ou grosseria quanto à análise da prova produzida e não decorrente de acerto ou desacerto do julgado, considerando, ainda, a livre convicção do juiz.

Logo, se conclui que na análise do recurso de apelação interposto pelo requerido contra a sentença monocrática não ocorreu qualquer erro de fato conforme alegado pelos autores, não estando presente qualquer irregularidade a ser sanada no feito, nem violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, aos arts. 9º e 10 do CPC, inexistindo violação direta aos dispositivos impugnados, havendo também pronunciamento judicial específico, devendo assim ser mantido o acórdão proferido pela 5º Câmara Cível.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator. Ausente por férias o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 23 de outubro de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de ação rescisória com pedido de tutela provisória de urgência ajuizada por Maria Auxiliadora Alves Guilherme e Fernando Alves Guilherme objetivando rescindir acórdão proferido pela 5º Câmara Cível referente ao recurso de apelação (autos nº 0064391-10.2007.8.12.0001) que condenou-os ao pagamento de pensão vitalícia a favor de Leônidas Garcia da Silva.

Alegam, em síntese, que:

O requerido moveu ação de indenização por danos matérias e morais, lucros cessantes e pensão vitalícia, por incapacidade laborativa, em decorrência de acidente de trânsito.

Nos autos primitivos foi realizada a perícia médica que constatou que o requerido não ficou incapacitado para o trabalho, contudo na sentença o pedido foi julgado parcialmente procedente, sobrevindo a condenação ao pagamento das verbas pleiteadas, exceto a pensão vitalícia.

Em recurso de apelação proposto pelo requerido, a 5ª Câmara Cível desse Tribunal, deu provimento à apelação, condenando os autores ao pagamento da pensão vitalícia, onde a decisão rescindenda baseou em um documento trazido de outro processo pelo réu.

O acórdão viola a norma contida no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, concretizada pelos art. 9º, caput, e 10 do CPC ao decidir com base em documento, sobre o qual os autores não foram ouvidos, ferindo o princípio do contraditório sobre a prova emprestada, razão pela qual a decisão merece ser rescindida.

Em virtude de que o requerido já requereu o cumprimento de sentença para receber as prestações vencidas e vincendas da pensão vitalícia, além de outras verbas, há necessidade de tutela provisória de urgência, sendo que ele não dispõe de recursos financeiros para reparar eventual prejuízo aos autores, caso seja julgada procedente a presente ação.

Se não for dado efeito suspensivo ao cumprimento do acórdão, restará frustrado o resultado útil da presente rescisória.

Pedem justiça gratuita, por ser aposentada, e mantém sob sua dependência econômica sua mãe, Maria Thereza Motta Alves, a quem paga plano de saúde no valor de R$ 2.203,44, além da alimentação e medicamentos, além de se encontrar também em tratamento médico, necessitando de exames laboratoriais periódicos, submetida a medicamentos de uso contínuo, com despesas mensais acima de R$ 1.000,00 (um mil reais).

Não tem como pagar as custas do processo com o depósito inicial e o plano de saúde de sua dependente, que totalizam tais despesas em R$ 7.382,28, sendo que todo seu provimento de aposentadoria mensal seria absorvido, deixando-a sem recursos para se sustentar.

O litisconsorte, autor também dessa ação, é recém-formado, e ainda encontra-se completando sua formação em curso de atualização profissional em período integral, sem remuneração.

Requerem os benefícios da assistência judiciária, por não terem condições econômicas de pagar as custas e honorários de advogado, sem prejuízo do próprio sustento.

No final, pedem, a tutela provisória para suspender os efeitos da decisão rescindenda concernente à condenação ao pagamento da pensão vitalícia.

Juntaram documentos de f. 10/114.

Nos termos da decisão de f. 115/123 foi indeferida a tutela provisória e determinada a intimação dos autores para comprovação da alegação de que não tem condições de pagar as custas processuais e despesas do processo sem prejuízo próprio do sustento ou da família.

Os autores apresentaram manifestações e documentos de f. 125/188, sendo analisado os pedidos, indeferida a gratuidade processual, determinada a intimação para proceder ao pagamento das custas processuais e efetuarem o depósito prévio estabelecido no art. 968, inciso II, do CPC/2015 (f. 189/192).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 202/206 alegando que deixa de se manifestar na ação por não vislumbrar hipótese que justifique a intervenção ministerial.

Apresentada a contestação pelo requerido que arguiu preliminar de incorreção do valor da causa, requerendo a retificação com complementação dos valores das custas processuais e do depósito judicial. No mérito, pela improcedência da ação por ausência de violação de dispositivo legal e de erro de fato, requerendo a condenação dos autores na multa por litigância de má-fé, bem como a determinação da conversão do depósito judicial em multa com o levantamento da respectiva quantia nos termos do art. 968, inciso II do CPC (f. 216/225).

Foram intimados os autores para impugnação da contestação (f. 351/352), tendo sido atendido (f. 353/357).

As partes foram intimadas para apresentação de alegações finais (f. 359/360), o que restaram cumpridas (f. 361/362 e 363/370).

Diante da arguição de preliminar de incorreção do valor da causa arguida pelo requerido foi convertido o julgamento em diligência, determinando aos autores para retificação do valor dado à causa com o pagamento da complementação das custas processuais e da diferença do depósito prévio nos termos da decisão de f. 379/383.

Intimados os autores, que comprovaram o pagamento determinado (f. 385/389), e o requerido concordou com o depósito complementar, requerendo o julgamento de improcedência da ação (f. 393/394).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de ação rescisória, com pedido de tutela provisória de urgência, ajuizada por Maria Auxiliadora Alves Guilherme e Fernando Alves Guilherme objetivando rescindir acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível referente ao recurso de apelação (autos nº 0064391-10.2007.8.12.0001) que condenou-os ao pagamento de pensão vitalícia a favor de Leônidas Garcia da Silva.

Alegam, em síntese, que:

O requerido moveu ação de indenização por danos matérias e morais, lucros cessantes e pensão vitalícia, por incapacidade laborativa, em decorrência de acidente de trânsito.

Nos autos primitivos foi realizada a perícia médica que constatou que o requerido não ficou incapacitado para o trabalho, contudo na sentença o pedido foi julgado parcialmente procedente, sobrevindo a condenação ao pagamento das verbas pleiteadas, exceto a pensão vitalícia.

Em recurso de apelação proposto pelo requerido, a 5º Câmara Cível desse Tribunal, deu provimento à apelação, condenando os autores ao pagamento da pensão vitalícia, onde a decisão rescindenda baseou-se em um documento trazido de outro processo pelo réu.

O acórdão viola a norma contida no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, concretizada pelos art. 9º, caput, e 10 do CPC ao decidir com base em documento, sobre o qual os autores não foram ouvidos, ferindo o princípio do contraditório sobre a prova emprestada, razão pela qual a decisão merece ser rescindida.

Em virtude de que o requerido já requereu o cumprimento de sentença para receber as prestações vencidas e vincendas da pensão vitalícia, além de outras verbas, há necessidade de tutela provisória de urgência, sendo que ele não dispõe de recursos financeiros para reparar eventual prejuízo aos autores, caso seja julgada procedente a presente ação.

Se não for dado efeito suspensivo ao cumprimento do acórdão, restará frustrado o resultado útil da presente rescisória.

Pedem justiça gratuita, por ser aposentada, e mantém sob sua dependência econômica sua mãe, Maria Thereza Motta Alves, a quem paga plano de saúde no valor de R$ 2.203,44, além da alimentação e medicamentos, além de se encontrar também em tratamento médico, necessitando de exames laboratoriais periódicos, submetida a medicamentos de uso contínuo, com despesas mensais acima de R$ 1.000,00 (um mil reais).

Não tem como pagar as custas do processo com o depósito inicial e o plano de saúde de sua dependente, que totalizam tais despesas em R$ 7.382,28, sendo que todo seu provimento de aposentadoria mensal seria absorvido, deixando-a sem recursos para se sustentar.

O litisconsorte, autor também dessa ação, é recém-formado, e ainda encontra-se completando sua formação em curso de atualização profissional em período integral, sem remuneração.

Requerem os benefícios da assistência judiciária, por não terem condições econômicas de pagar as custas e honorários de advogado, sem prejuízo do próprio sustento.

No final, pedem, a tutela provisória para suspender os efeitos da decisão rescindenda concernente à condenação ao pagamento da pensão vitalícia.

Juntaram documentos de f. 10/114.

Nos termos da decisão de f. 115/123 foi indeferida a tutela provisória e determinada a intimação dos autores para comprovação da alegação de que não tem condições de pagar as custas processuais e despesas do processo sem prejuízo próprio do sustento ou da família.

Os autores apresentaram manifestações e documentos de f. 125/188, sendo analisado os pedidos, indeferida a gratuidade processual, determinada a intimação para proceder ao pagamento das custas processuais e efetuarem o depósito prévio estabelecido no art. 968, inciso II, do CPC/2015 (f. 189/192).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 202/206 alegando que deixa de se manifestar na ação por não vislumbrar hipótese que justifique a intervenção ministerial.

Apresentada a contestação pelo requerido que arguiu preliminar de incorreção do valor da causa, requerendo a retificação com complementação dos valores das custas processuais e do depósito judicial. No mérito, pela improcedência da ação por ausência de violação de dispositivo legal e de erro de fato, requerendo a condenação dos autores na multa por litigância de má-fé, bem como a determinação da conversão do depósito judicial em multa com o levantamento da respectiva quantia nos termos do art. 968, inciso II do CPC (f. 216/225).

Foram intimados os autores para impugnação da contestação (f. 351/352), tendo sido atendido (f. 353/357).

As partes foram intimadas para apresentação de alegações finais (f. 359/360), o que restaram cumpridas (f. 361/362 e 363/370).

Diante da arguição de preliminar de incorreção do valor da causa arguida pelo requerido foi convertido o julgamento em diligência, determinando aos autores para retificação do valor dado à causa com o pagamento da complementação das custas processuais e da diferença do depósito prévio nos termos da decisão de f. 379/383.

Intimados os autores, que comprovaram o pagamento determinado (f. 385/389), e o requerido concordou com o depósito complementar, requerendo o julgamento de improcedência da ação (f. 393/394).

O fundamento de que os autores alegam ter havido no acórdão violação ao artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, concretizado pelos art. 9º, caput, e 10 do CPC ao decidir com base em documento sem a sua oitiva, ferindo o princípio do contraditório sobre a prova emprestada, razão pela qual pede que seja julgada procedente a ação para rescindir o acórdão impugnado com o rejulgamento para negar provimento ao recurso interposto pelo requerido com a exclusão da condenação dos autores ao pagamento da pensão vitalícia.

O que se extrai das razões elencadas na petição inicial é que os autores pretendem um novo julgamento do recurso interposto pelo requerido para exclusão do pagamento da pensão vitalícia, ou seja, os demais capítulos da sentença referente à condenação ao pagamento da indenização por danos materiais, lucros cessantes e danos morais fixados na sentença de primeiro grau não são objetos de reforma dessa rescisória.

Dessa forma, é imprescindível no caso reanalisar o julgamento proferido pela 5º Câmara Cível no tocante ao recurso de apelação (autos nº 0064391-10.2007.8.12.0001) para averiguar se as alegações na inicial nessa rescisória têm respaldo jurídico referente ao decisório com base em documento trazido de outro processo pelo réu, sem dar a oportunidade de se defenderem.

Sobre a ocorrência do sinistro automobilístico que vitimou o requerido é fato inconteste e as condenações dos autores ao pagamento das indenizações por danos materiais, morais e lucros cessantes são matérias transitadas em julgado, o que se verifica do pedido é a exclusão da condenação ao pagamento da pensão vitalícia.

Nesse sentido, os autores alegam ter sido violada norma contida no art. 5º, LV da Constituição Federal concretizada pelos arts. 9º, caput e 10º do CPC ao decidir no acórdão sobre a indenização da pensão vitalícia a ser paga ao requerido com base em laudo de perícia realizada em outro processo, afirmando, ainda, a ocorrência de erro de fato nos termos do art. 966, 1º, inciso VIII do CPC, em razão que a decisão rescindenda admitiu perícia emprestada como se fosse realizada nos autos, que é fato inexistente.

Para tanto, os autores rebatem que foram intimados para se manifestarem sobre os esclarecimentos prestados pelo perito, mas não sobre o documento novo trazido pelo requerido.

No tocante à questão da prova emprestada tal utilização é permitida em nosso ordenamento jurídico desde que observados aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Confira-se a previsão do art. 372 do CPC: *"O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório"*.

Pois bem, averiguando o processo originário, o MM. Juiz de Direito decidiu sobre a realização de perícia determinando que se oficiasse ao IML para indicação de médico perito, considerando que o demandante era beneficiário da assistência judiciária (f. 27).

No documento de f. 31/34 há constatação da perícia realizada pelo IML - Instituto Médico Legal, tendo como médico perito, Dr. Regis Albertini, e o Dr. Luiz Roberto Rodrigues atuou como assistente técnico do réu, participando apenas da perícia médica realizada pelo médico indicado pelo Juízo, havendo a manifestação do requerido sobre o laudo pericial (f. 36/38).

Enquanto que à f. 39/44 observa-se a perícia realizada em outro processo ajuizado pelo requerido em face da Seguradora Real Previdência e Seguros S/A (autos nº 001.07.060689-8), tendo como perito, Dr. Luiz Roberto Rodrigues, que também atuou como assistente técnico no exame procedido na ação originária da decisão rescindenda (autos nº 001.07.064391-2).

É imprescindível deixar aqui esclarecido que às f. 48/50 consignam os esclarecimentos prestados pelo médico perito, Dr. Regis Albertini, onde ele faz comparação entre os dois laudos realizados em ambos processos, que abaixo segue:

> ***O médico legista analisou os documentos juntados pelo requerido às folhas**, e manifesta sua discordância com relação os argumentos do autor, impugnando-os nos seguintes termos:*
>
> *1) O autor questiona no parágrafo segundo o seguinte: Entretanto, equivocadamente, o perito não constatou a incapacidade parcial e permanente do requerente, com a respectiva redução do desempenho de sua atividade laborativa.*
>
> *Porém no laudo apresentado verificamos que no item 06 (seis) dos quesitos oficiais do IML foi respondida a pergunta: Resultou ou resultará incapacidade permanente para o trabalho? Resposta: NÃO. (...)*
>
> ***Os pareceres** concluem com as mesmas alterações anatômicas decorrentes do acidente de trânsito conforme podemos verificar na explanação supra e na **análise dos laudos.*** (g.n.)

A intimação das partes para se manifestarem sobre os esclarecimentos apresentados pelo perito publicado no Diário da Justiça nº 2222, de 24/06/2010, foi demonstrada à f. 52, o que se verifica que os autores tomarem ciência dos dois laudos periciais.

Observa-se na sentença a narração do MM. Juiz de Direito de que os autores tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a perícia realizada no requerido em outro processo judicial, visto que tal laudo foi apresentado pelo periciado para justificar o pedido de esclarecimento ao perito, inclusive, deferida a prova oral, com realização da audiência de instrução, debates e oitiva de testemunhas com a intimação das partes para apresentarem alegações finais.

Assim vejamos:

> *(...) O requerente se manifestou às f. 188-90, na qual discordou do laudo no tocante a incapacidade do requerente. Alegou que embora o requerente esteja trabalhando, não significa que este não tenha sequela permanente. Juntou aos autos perícia realizada ao requerente em outro processo judicial. Pediu esclarecimento ao perito. Foi deferido o pedido de esclarecimento ao perito, que se manifestou às f. 200-2. Deferida a prova oral, foi realizada audiência de instrução, debates e julgamento, na qual foram ouvidas as testemunhas indicadas pelas partes. As partes apresentaram alegações finais por memoriais às f. 249-54 e 256-88.* (f. 59)

Pelo próprio conteúdo da sentença há demonstração de que o laudo da perícia realizada no processo de cobrança de seguro foi juntado na ação originária dessa rescisória antes da instrução, daí que surgiu o documento de f. 48/50 onde se infere os esclarecimentos do perito, Dr. Regis Albertini.

De qualquer forma, mesmo que se não tivesse ocorrida a intimação das partes em 24 de junho de 2010 para se manifestarem sobre os esclarecimentos do perito (f. 52 e f. 390), que fez a comparação dos pareceres entre as duas perícias (em 09 de junho de 2010, f. 50), os autores tiveram a oportunidade de se insurgir durante os trâmites processuais acerca de tal documento, considerando, ainda, a realização de audiência de instrução com a oitiva da prova oral em 30 de março de 2011, onde saíram as partes intimadas para apresentação de alegações finais (f. 275), cujos atos ocorreram após a juntada do laudo referente à perícia realizada em 30 de março de 2009 no outro processo (autos n.º 001.07.060689-8, f. 44), enquanto que o exame feito na ação de indenização ajuizada pelo requerido se deu em 26 de junho de 2009. (f. 34).

Ainda consta à f. 246 que a advogada dos autores levou em carga o processo físico em 02 de dezembro de 2010 com a sua devolução no Cartório somente em 16 de dezembro de 2010, ato também realizado posterior à apresentação do laudo pelo requerido.

Corrobora demonstração, a afirmação do requerido em seus memoriais:

> *(...) Destarte, o requerente juntou cópia do laudo pericial do processo da Ação de Cobrança de Seguro, o qual conclui que o mesmo perdeu parte da capacidade funcional, afirmando que a existe invalidez permanente, em decorrência do acidente sofrido. (...)* ***Mais uma vez os requeridos explanaram às fls. 204/205 acerca da nova manifestação do perito, reiterando sua visão sobre a questão. O requerente também se manifestou às fls. 206/208, apontado as divergências entre o laudo do perito judicial destes autos, e o laudo apresentado pelo perito judicial nomeado no processo de ação de cobrança de seguro, ação esta proposta também em decorrência do acidente.*** *(...) Campo Grande (MS), 08 de abril de 2011 (f. 284/287).* (g.n.)

Assim, considerando que os memorais foram trazidos antes da prolação da sentença, mais uma vez se verifica que os autores tinham ciência da alegada prova emprestada.

Ora, se não tivesse sido juntado tal laudo, restaria impossibilitado ao médico legista do IMOL - Instituto de Medicina e Odontologia Legal de fazer a comparação entre ambos exames, o que reforçou a fundamentação exarada no acórdão do recurso de apelação, que consignou:

> *Conquanto o Magistrado a quo tenha considerado que não houve incapacidade permanente, tomou como base somente o laudo elaborado pelo Instituto de Medicina e Odontologia Legal – IMOL, contudo, realizou-se perícia judicial, tendo sido nomeado o Dr. Luiz Roberto Rodrigues, cujo laudo foi anexado aos autos às f. 191/202.*

Dessa forma, foi verificada que a prova produzida no outro processo estava em harmonia com o conjunto das provas realizadas na ação de indenização ajuizada pelo requerido contra os autores, visto que foram feitas as comparações em ambos laudos conforme já dito.

O fato alegado pelos autores de não terem participado do processo que o requerido moveu contra a seguradora onde se realizou a prova emprestada, não tem o efeito de se modificar o acórdão, visto que restaram devidamente comprovadas as várias oportunidades para que os autores tivessem se insurgidos sobre a referida prova, eis à comparação das conclusões pelo perito designado pelo juízo.

Há de ser ressaltado também que o erro de fato para ensejar a rescindibilidade de uma decisão, sentença ou acórdão decorre de omissão ou grosseria quanto à análise da prova produzida e não decorrente de acerto ou desacerto do julgado, considerando, ainda, a livre convicção do juiz.

Destarte, não cabe falar em erro de fato quando o acórdão apreciou todas as provas coligidas nos autos, resultante de atos e documentos juntados no processo antes da sentença, observado o contraditório com a intimação das partes para se manifestarem sobre todos atos realizados no processo como explanados acima em que se baseou a decisão rescindenda.

Nesse sentido, convém colacionar a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> *Dispõe o art. 966, § 1.º, do Novo CPC que se verifica erro de fato quando a decisão rescindenda admite um fato inexistente ou quando considera um fato inexistente efetivamente ocorrido. Essa equivocada percepção a respeito de um fato enseja ação rescisória, registrando-se que o mero equívoco a respeito da qualificação jurídica de um fato não está abrangido pelo art. 966, VIII do Novo CPC.*
>
> *Para que seja admitida a ação rescisória com fundamento no dispositivo legal ora analisado, é necessário o preenchimento de quatro requisitos:*
>
> *(a) O erro de fato deve ser fundamento essencial da sentença, ou seja, não fosse o erro de fato, a decisão teria sido em outro sentido;*
>
> *(b) A apuração do equívoco factual deve ser realizada com as provas produzidas no processo originário, de forma que a produção de prova na própria ação rescisória nesse caso é proibida;*
>
> *(c) o fato não pode representar ponto controvertido (questão) no processo originário, ou porque as partes não alegaram e caberia ao juiz conhecê-los de ofício, ou porque houve confissão de uma parte ou ainda porque a parte contrária se absteve de impugnar a alegação de fato;*
>
> *(d) Inexistência de pronunciamento judicial a respeito do fato, entendendo-se que a má apreciação de prova não gera ação rescisória.*[1]

Sobre o tema, colaciono decisão dessa Corte:

> *EMENTA - AÇÃO RESCISÓRIA - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO - SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO REVISIONAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO - CONDIÇÃO ESPECÍFICA DA AÇÃO RESCISÓRIA - ACOLHIMENTO DE OFÍCIO - AÇÃO EXTINTA NESSA PARTE - MÉRITO - RESCISÃO DE CONTRATO C/C*

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** Volume Único. Juspodvim, p. 1.380-1.381.

> *REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO LITERAL DISPOSITIVO DE LEI E ERRO DE FATO - NÃO OCORRÊNCIA - AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. 1. Nos termos do caput, do art. 485 do CPC/73, é condição específica da ação rescisória o trânsito em julgado da decisão rescindenda, em virtude de a desconstituição da coisa julgada material ser o fim nela colimado. Não tendo havido o trânsito em julgado da ação originária (revisional de contrato), condição específica da ação rescisória, impõe-se a extinção do processo sem exame do mérito na parte em que a impugna, na forma do art. 267, VI, do CPC/73. 2. Inexistindo violação frontal e direta aos dispositivos questionados, que leve a ocorrência da pretendida nulidade pelos autores, vislumbra-se que a pretensão para invocar o iudicium rescindens não atende ao artigo 485, V, do Código de Processo Civil/73, motivo pelo qual não merece prosperar o pedido declinado na inicial. 3.* ***O erro de fato, previsto no inciso IX, do art. 485 do CPC, como causa de rescindibilidade, ocorre quando o julgador admite um fato inexistente ou quando considera inexistente um fato efetivamente ocorrido. Desse modo, o erro de fato capaz de rescindir a sentença/acórdão é aquele decorrente de omissão ou grosseria quanto a análise da prova produzida, e não aquele decorrente de acerto ou desacerto do julgado, atinente à livre convicção do juiz.*** (TJMS. Ação Rescisória n. 1411589-72.2015.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 25/07/2016, p: 09/08/2016) (g.n.)

De todo o observado nessa ação rescisória se verificam as oportunidades dada aos autores para se insurgirem sobre a prova realizada em outro processo e apresentado pelo requerido antes da instrução do feito, como restaram já demonstrados:

Pedido de esclarecimentos ao perito feito pelo requerido para fazer a comparação das conclusões consignadas nos laudos, objetos de controvérsia nos autos da ação originária (f. 36/38).

Perícia realizada no outro processo (f. 39/44) com a determinação para manifestação do perito judicial acerca da impugnação do autor (f. 45/47).

Esclarecimentos feitos pelo perito comparando ambos pareceres (f. 48/50).

Intimação das partes para se manifestarem sobre os esclarecimentos prestados pelo médico legista do IMOL que atuou como perito judicial (f. 52).

Médico que atuou como perito judicial no exame realizado no outro processo também atuou como assistente técnico na perícia realizada na ação originária de indenização.

Carga física do processo pela advogada constituída pelos autores, requeridos na ação originária, antes da prolação da sentença (f. 246).

Audiência de instrução do feito com a presença das partes e apresentação de memoriais (f. 275, 282/287, 289/322).

Por fim, conforme relatado, há comprovações na presente ação dos atos processuais realizadas no processo originário dando meios de defesa para os autores impugnarem o laudo pericial realizado em outro processo, ou seja, deixo esclarecido que não se trata aqui de caso de utilização de prova emprestada sem dar a oportunidade à parte contrária para apresentar sua insurgência no momento oportuno.

Portanto, não ocorreu na análise do recurso de apelação interposto pelo requerido contra a sentença monocrática qualquer erro de fato conforme alegado pelos autores, não estando presente qualquer irregularidade a ser sanada no feito, nem violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, bem como referente aos arts. 9º e 10 do CPC, inexistindo violação direta aos dispositivos impugnados, visto que houve também

pronunciamento judicial específico, devendo assim ser mantido o acórdão proferido pela 5º Câmara Cível (f. 72/81).

Diante do exposto, julgo improcedente a presente ação rescisória, declarando extinto o processo com resolução de mérito nos termos do art. 487, inciso I, do CPC.

Condeno os autores ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10 % (dez) por cento sobre o valor atualizado dado à causa (R$ 77.492,17 - decisão de f. 379/383) nos termos do art. 85, § 2º do CPC.

Deixo de condenar os autores ao pagamento de multa por litigância de má-fé conforme pleiteado pelo requerido por não vislumbrar ato praticado no decorrer do processo que enseja tal penalidade.

Em decorrência do art. 974, parágrafo único, do CPC no caso se resultar em julgamento unânime, fica desde já autorizada a reversão do depósito prévio a favor do requerido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator. Ausente por férias o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

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. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva .

Campo Grande, 23 de outubro de 2017.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1403246-19.2017.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL PROFERIDO PELA TURMA RECURSAL MISTA DO JUIZADO ESPECIAL DE MATO GROSSO DO SUL – INCOMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL – APLICAÇÃO DA SÚMULA 376 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – REMESSA DOS AUTOS PARA TURMA RECURSAL.

Os recursos e os remédios constitucionais contra decisões de primeiro grau e dos acórdãos julgados pela Turma Recursal são analisados e julgados pelas Turmas Recursais que são órgãos instituídos de última instância para rever as decisões proferidas pelos Juizados Especiais, bem como contra suas próprias decisões.

O pedido da Procuradoria Geral de Justiça de reconhecimento de incompetência dessa Corte para análise da pretensão inicial deve ser acolhido com base nas normas inseridas no art. 114 da Constituição Estadual, bem como às regras de competência regimental prevista no art. 128 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça e art. 90, § único do Código de Organização e Divisão Judiciária de Mato Grosso do Sul.

Destaca-se a regra prescrita no art. 90, parágrafo único, do Código de Organização e Divisão Judiciária de Mato Grosso do Sul: *"Os Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso do Sul são instituídos por lei, proposta pelo Tribunal de Justiça. Parágrafo único. Das decisões proferidas pelos Juizados Especiais ou suas Turmas Recursais não caberão recursos para o Tribunal de Justiça, mandado de segurança ou habeas corpus"*.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, acolher a preliminar de incompetência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e determinar a remessa dos autos a uma das Turmas Recursais. Decisão com o parecer. Ausente por férias o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 23 de outubro de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Valentin Maier e Eleni Lourdes Sordi Maier contra suposto ato coator praticado pelo MM. Juiz de Direito Daniel Della Mea Ribeiro, integrante da 1º Turma Recursal Mista do Juizado Especial de Mato Grosso do Sul como relator do acórdão

proferido no Recurso Inominado nos Autos n.º 08006026.2015.8.12.0029 e Embargos de Declaração nº 08006026.2015.8.12.0029/50000 referente a ação de obrigação de fazer c.c. pedido de tutela antecipada ajuizada em face da empresa Vivo S.A.

Prestadas as informações (f. 150/153).

A Procuradoria Geral de Justiça manifesta pelo reconhecimento da incompetência desse Tribunal de Justiça para processar e julgar o presente *mandamus* (f. 138/144).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Valentin Maier e Eleni Lourdes Sordi Maier contra suposto ato coator praticado pelo MM. Juiz de Direito Daniel Della Mea Ribeiro, integrante da 1º Turma Recursal Mista do Juizado Especial de Mato Grosso do Sul, como relator do acórdão proferido no recurso inominado nos Autos n.º 08006026.2015.8.12.0029 e Embargos de Declaração nº 08006026.2015.8.12.0029/50000 referente a ação de obrigação de fazer c.c. pedido de tutela antecipada ajuizada em face da empresa Vivo S.A.

Prestadas as informações (f. 150/153).

A Procuradoria Geral de Justiça manifesta pelo reconhecimento da incompetência desse Tribunal de Justiça para processar e julgar o presente *mandamus* (f. 138/144).

Fazendo um breve retrospecto do caso, os impetrantes narram que ingressaram com ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, pretendendo o cumprimento de dois contratos de prestação de serviços celebrados com a operadora de telefonia Vivo S/A, sendo que um contrato visava a readequação de plano e outro para fornecimento de aparelhos de celulares.

Esclarecem que o juízo de primeira instância determinou o cumprimento da obrigação em sede de tutela antecipada, sob pena de pagamento pela empresa de multa diária de R$ 500,00, e no final restou procedente o pedido com a condenação da empresa ré ao pagamento de danos morais, mantendo a multa arbitrada provisoriamente.

Acrescentam que em análise de apelação interposta pela empresa operadora, a Turma Recursal negou provimento ao recurso e manteve a multa, contudo, ela não cumpriu a determinação judicial a que estava obrigada. Dessa forma já moveram ação de execução provisória da multa arbitrada, onde foram determinadas penhoras em contas bancárias da devedora.

No entanto, o juízo de primeira instância responsável pela execução determinou a redução das astreintes, que já atingiram 600 dias de descumprimento, para um período de 60 dias, contrariando a previsão do art. 537, § 1º do CPC.

Contra a sentença foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados, e posteriormente, interpuseram recurso inominado, sob o fundamento de inexistência de desproporcionalidade entre o valor da multa e a conduta inerte da empresa ré, chamando mais uma vez atenção para o disposto no art. 537, § 1º, do CPC, o qual a Turma Recursal não examinou tal legislação vigente, nem analisou sua aplicabilidade, motivo pelo qual opuseram embargos de declaração que foram rejeitados.

Afirmam que as decisões proferidas pelo juízo de primeira instância e pela autoridade coatora são omissas, teratológicas e abusivas, capazes de ocasionar prejuízo irreparável, motivo pelos quais requerem a concessão da segurança para ser cassado o acórdão proferida em desconformidade com a legislação vigente.

Primeiramente, verifico que a teor das razões expendidas no *mandamus,* a pretensão dos impetrantes é de modificar o acórdão proferido pelos membros da 1ª Turma Recursal Mista do Juizado Especial de Mato Grosso do Sul, cuja relatoria coube ao MM. Juiz de Direito Daniel Della Mea Ribeiro, no Recurso Inominado nos Autos n.º 08006026.2015.8.12.0029 e Embargos de Declaração n.º 08006026.2015.8.12.0029/50000 referente a ação de obrigação de fazer c.c. pedido de tutela antecipada ajuizada em face da empresa Vivo S.A, o que restou esclarecido que o citado ato coator foi proferido por um membro integrante da Turma Recursal Mista do Juizado Especial.

No caso há de se analisar como matéria prejudicial à questão de mérito as regras de competência dessa Corte.

Registre-se que referente a determinação da competência há normas específicas tratando acerca das hipóteses e de acordo com a classificação dos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico processual em razão da matéria por interesse público, territorial, qualidade da parte, valor da causa e função.

Sobre a determinação da competência Patrícia Miranda Pizzol na obra Comentários ao Código de Processo Civil – Coordenador Cássio Scarpinella Bueno[1] enfatiza:

> *A competência é sempre uma decorrência da lei, sendo atribuída aos órgãos jurisdicionais em vários níveis jurídicos-positivos: Constituição Federal (competência de jurisdição e competência hierárquica dos tribunais superiores); Constituições estaduais (competência originária dos tribunais locais); leis federais (competência territorial) e leis de organização judiciária (competência de juízo e competência interna). A identificação do órgão competente requer a análise das regras contidas nos diversos diplomas legais mencionados, conforme o caso. Assim, é preciso verificar a chamada competência de jurisdição (órgãos de superposição ou Justiças especiais ou Justiças comuns), de hierarquia (órgão de primeira instância ou não), de foro (comarca ou seção judiciária), de juízo (vara única ou especializada e, onde houver, foro central e foros regionais). Além disso, em alguns casos, é necessário identificar-se a competência é de determinado juiz ou órgão fracionário em razão da prevenção. Em se tratando de recurso, é preciso verificar que órgão tem competência recursal (ressalvadas as regras especiais, tribunal competente e, alguns casos, o órgão fracionário competente).*

O instituto de competência constitui-se em direito fundamental a um processo devido, sendo que através do arcabouço normativo se extraem as regras para assegurar um processo justo e eficiente de acordo com o princípio da competência adequada defendido pelo processualista Fredie Diddier Júnior[2]:

> *É certo que vige no direito processual o princípio da boa-fé, que torna ilícito o abuso do direito. Também é certo que o devido processo legal impõe um processo adequado, que, dentre outros atributos, é aquele que se desenvolve perante um juízo adequadamente competente. A exigência de uma competência adequada é um dos corolários dos princípios do devido processo legal, da adequação e da boa-fé. Pode-se inclusive falar em um princípio da competência adequada.*

Dispõe o art. 114 da Constituição Estadual:

1 **Comentários ao Código de Processo Civil** - Arts. 1º a 317 - Parte Geral - Coordenador Scarpinella Bueno, Ed. Saraiva, 2017, p. 346

2 Disponível em http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-67/.

> *Art. 114. Compete ao Tribunal de Justiça: (...)*
>
> *II processar e julgar, originariamente: (...)*
>
> *b) os mandados de segurança contra atos do Governador, dos Secretários de Estado, da Mesa da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas, incluídos os dos seus Presidentes, do próprio Tribunal de Justiça, seus membros e turmas, incluídos os dos seus Presidentes, do Conselho Superior da Magistratura, dos Juízes de primeiro grau, do Corregedor-Geral de Justiça, do Corregedor-Geral do Ministério Público, do Procurador-Geral de Justiça, do Defensor Público-Geral do Estado, do Corregedor Geral da Defensoria Pública e do Procurador-Geral do Estado; (alterada pelo art. 1º da Emenda Constitucional n. 29, de 30.6.05 DO-MS, de 5.7.05.).*

Prevê o artigo 128 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que fixa a competência das Seções Cíveis, *in verbis*:

> *Art. 128. Compete às Seções Cíveis:*
>
> *I - processar e julgar originariamente:*
>
> *a) os mandados de segurança contra atos dos Secretários de Estado, dos Desembargadores, quando componentes das Câmaras Cíveis, dos Conselheiros do Tribunal de Contas, dos Juízes de primeira instância, dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública;*

Destaca-se ainda a regra prescrita no art. 90, parágrafo único, do Código de Organização e Divisão Judiciária de Mato Grosso do Sul:

> *Art. 90. Os Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso do Sul são instituídos por lei, proposta pelo Tribunal de Justiça.*
>
> *Parágrafo único. Das decisões proferidas pelos Juizados Especiais ou suas Turmas Recursais não caberão recursos para o Tribunal de Justiça, mandado de segurança ou habeas corpus. (Acrescentado pelo art. 17 da Lei nº 2.049, de 16.12.99 DO-MS, de 17.12.99)*

Diante dos contextos normativos citados, esta Corte não possui competência para processar e julgar mandado de segurança contra ato e decisões dos Juizados Especiais.

Convém colacionar decisões do Supremo Tribunal Federal ressaltando os entendimentos da competência ao sistema dos Juizados Especiais:

> *EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA – IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES OU DE ATOS EMANADOS, QUER DE TURMAS RECURSAIS VINCULADAS AO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS, QUER DE MAGISTRADOS QUE NELAS ATUAM – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECONHECIMENTO, EM TAL HIPÓTESE, DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DA PRÓPRIA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.* (MS 32627 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, Processo Eletrônico DJe-164 Divulg 25-08-2014 Public 26-08-2014).
>
> *CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA PARA O EXAME DE MANDADO DE SEGURANÇA UTILIZADO COMO SUBSTITUTIVO RECURSAL CONTRA DECISÃO DE JUIZ FEDERAL NO EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. TURMA RECURSAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO*

> *DESPROVIDO. I - As Turmas Recursais são órgãos recursais ordinários de última instância relativamente às decisões dos Juizados Especiais, de forma que os juízes dos Juizados Especiais estão a elas vinculados no que concerne ao reexame de seus julgados. II – Competente a Turma Recursal para processar e julgar recursos contra decisões de primeiro grau, também o é para processar e julgar o mandado de segurança substitutivo de recurso. III – Primazia da simplificação do processo judicial e do princípio da razoável duração do processo. IV - Recurso extraordinário desprovido.* (RE 586789, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, Repercussão Geral - Mérito Acórdão Eletrônico DJe-039 Divulg 24-02-2012 Public 27-02-2012 RTJ Vol-00223-01 PP-00590).

Seguem também decisões pacificadas do Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SEUS PRÓPRIOS JULGADOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É firme a jurisprudência dessa Corte em que os Tribunais de Justiça Estaduais não têm competência para rever decisões de turma recursal de juizados, muito menos em sede de mandado de segurança. Nesse sentido orienta o Enunciado N. 376 da Súmula do STJ: "Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial". 2. (...) 4. Assentada a competência da Turma Recursal para julgar o mandado de segurança, nos termos da Súmula nº 376/STJ, nada obsta, contudo, a utilização dos meios recursais disponíveis ao impetrante/agravante, no caso da prolação de julgado teratológico, inclusive do uso da reclamação perante essa Superior Corte de Justiça. 5. Agravo regimental não provido.* (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRgRMS 32.489; Proc. 2010/0118304-7; MT; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Julg. 16/02/2012; DJE 24/02/2012).

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE JUIZ INTEGRANTE DE JUIZADO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. TURMA RECURSAL. PRECEDENTES. 1. É firme a compreensão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de competir às Turmas Recursais o processo e julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato de magistrado em exercício no Juizado Especial, assim como do Juiz da própria Turma Recursal. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.* (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-RMS 31.725; Proc. 2010/0045550-2; AM; Sexta Turma; Rel. Min. Og Fernandes; Julg. 19/10/2010; DJE 16/11/2010).

Ressalvo, ainda, que tal orientação da Corte Superior vem consubstanciada por meio da Súmula 376 do citado Órgão Judicial: *"Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial"*.

Logo, se conclui que os recursos e os remédios constitucionais contra decisões de primeiro grau e dos acórdãos julgados pela Turma Recursal são analisados e julgados pelas Turmas Recursais que são órgãos instituídos de última instância para rever as decisões proferidas pelos Juizados Especiais, bem como contra suas próprias decisões.

Essa Seção Cível já teve oportunidade de julgar caso análogo:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL DO JUIZADO ESPECIAL OU DA TURMA RECURSAL - INCOMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL - REMESSA DOS AUTOS PARA TURMA RECURSAL - RECURSO DESPROVIDO. De acordo com jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça cabe à turma recursal dos juizados especiais estaduais o julgamento de mandado de segurança contra seus próprios atos e decisões. Considerando que a impetração volta-se contra ato de magistrado em exercício no Juizado Especial, o declínio da competência em*

favor da turma recursal do juizado especial, é medida que se impõe. Nega-se provimento ao Agravo Regimental quando persistem os fundamentos da decisão monocrática. (TJMS. Agravo Regimental n. 4000508-14.2013.8.12.0000. Mundo Novo. 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 25/02/2013, p: 04/03/2013).

Portanto, o pedido da Procuradoria de reconhecimento de incompetência dessa Corte para análise da pretensão inicial deve ser acolhido com fundamentos nas normas inseridas no art. 114 da Constituição Estadual, bem como as regras de competência regimental prevista no art. 128 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça e art. 90, § único do Código de Organização e Divisão Judiciária de Mato Grosso do Sul.

Diante do exposto, de acordo com o parecer ministerial, considerando as normas do Regimento Interno desse Tribunal e do Código de Organização e Divisão Judiciária de Mato Grosso do Sul, bem como as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal, declaro incompetente o Tribunal de Justiça para análise da pretensão mandamental, determinando-se a remessa dos autos a uma das Turmas Recursais Mista do Juizado Especial de Mato Grosso do Sul.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar de incompetência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e determinaram a remessa dos autos a uma das Turmas Recursais. Decisão com o parecer. Ausente por férias o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

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. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 23 de outubro de 2017.

***

Mutirão - Câmara Cível II
Apelação nº 0803573-52.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RECEBIMENTO DE 02 (DUAS) DIÁRIAS – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – ELEMENTO SUBJETIVO NÃO DEMONSTRADO – EMPREGO EFETIVO NO DESLOCAMENTO POR INTERESSE DO LEGISLATIVO MUNICIPAL – RECURSO IMPROVIDO.

O recebimento de 2 (duas) diárias pelo vereador para indenizar deslocamentos de sua base para outros estados, com base em norma interna da Câmara Municipal (Resolução nº 09, de 14 de outubro de 2008), não materializa o ato capaz de gerar lesão ao erário, dado que a viagem, de fato, ocorreu no interesse do legislativo e não em proveito próprio, tanto que autorizada por autoridade competente.

Colhe-se dos autos que existe comprovação documental de que o apelado agiu dentro da legalidade eis que amparada por norma interna da Câmara Municipal que prevê exatamente os valores correspondentes a cada uma das diárias perquiridas pelos vereadores, bem como que faz jus à indenização também nos dias de deslocamento.

Conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo em todos os termos a sentença que julgou improcedente ação civil pública de ressarcimento ao erário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão - Câmara Cível II - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, contra o parecer.

Campo Grande, 28 de setembro de 2017.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença de fls. 81/85 que, nos autos da ação civil pública de ressarcimento ao erário que promove em face de Jorge Augusto Galhardo Martinho, julgou improcedente a demanda.

Sustenta, em razões de fls. 89/94, em síntese, que o apelado, na condição de vereador, solicitou e recebeu da Câmara Municipal de Três Lagoas a quantia de R$ 2.859,14 (dois mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e catorze centavos), correspondente a 02 (duas) diárias para a cidade de Rio de Janeiro/RJ, nos dias 09 a 11 de abril de 2014.

Defende, contudo, que o demandado não apresentou a comprovação da participação em algum tipo de curso, evento, reunião ou qualquer compromisso oficial, em prol do interesse público, apto a justificar a receita por ele auferida em um dos dias mencionados.

Assevera que o apelado comprovou apenas o comparecimento, em um único dia, qual seja, 10 de abril de 2014, na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis na cidade do Rio de Janeiro, para tratar do "tamponamento do Poço do Palmito".

Aduz que, não duas, mas apenas uma diária no valor de R$ 1.429,57, ou seja, 1/2 do valor recebido era devida. A outra metade, correspondente à mesma importância de R$ 1.429,57, foi recebida indevidamente.

Alega que, ausente a devida comprovação da necessidade do recebimento de diária nos dias 09/04/2014 e 11/04/2014 (período de deslocamento), caracterizado o chamado enriquecimento sem causa ou enriquecimento indébito, injusto, devendo o valor auferido ser restituído ao erário.

Requer, assim, o provimento ao presente recurso, para o fim de reformar a r. sentença de fls. 81/85, julgando-se procedente a presente ação civil pública, nos termos da inicial.

Contrarrazões de fls. 100/104, pelo improvimento do recurso.

Em parecer de fls. 111/121, a d. PGJ opinou pelo conhecimento e pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença de fls. 81/85 que, nos autos da e ação civil pública de ressarcimento ao erário que promove em face de Jorge Augusto Galhardo Martinho, julgou improcedente a demanda.

Sustenta, em razões de fls. 89/94, em síntese, que o apelado, na condição de vereador, solicitou e recebeu da Câmara Municipal de Três Lagoas a quantia de R$ 2.859,14 (dois mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e catorze centavos), correspondente a 02 (duas) diárias para a cidade de Rio de Janeiro/RJ, nos dias 09 a 11 de abril de 2014.

Defende, contudo, que o demandado não apresentou a comprovação da participação em algum tipo de curso, evento, reunião ou qualquer compromisso oficial, em prol do interesse público, apto a justificar a receita por ele auferida em um dos dias mencionados.

Assevera que o apelado comprovou apenas o comparecimento, em um único dia, qual seja, 10 de abril de 2014, na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis na cidade do Rio de Janeiro, para tratar do "tamponamento do Poço do Palmito".

Aduz que, não duas, mas apenas uma diária no valor de R$ 1.429,57, ou seja, 1/2 do valor recebido era devida. A outra metade, correspondente à mesma importância de R$ 1.429,57, foi recebida indevidamente.

Alega que, ausente a devida comprovação da necessidade do recebimento de diária nos dias 09/04/2014 e 11/04/2014 (período de deslocamento), caracterizado o chamado enriquecimento sem causa ou enriquecimento indébito, injusto, devendo o valor auferido ser restituído ao erário.

Requer, assim, o provimento ao presente recurso, para o fim de reformar a r. sentença de fls. 81/85, julgando-se procedente a presente ação civil pública, nos termos da inicial.

Contrarrazões de fls. 100/104, pelo improvimento do recurso.

Em parecer de fls. 111/121, a d. PGJ opinou pelo conhecimento e pelo provimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual ante a sentença proferida às p. 81/85, nos autos de ação civil pública de ressarcimento ao erário que julgou improcedente a ação em que o *Parquet* aforou em face de Jorge Augusto Galhardo Martinho, por estar a magistrada convencida da ausência de ilegalidade no recebimento das diárias.

Em razões recursais de p. 88/94, aduz o apelante em síntese que o apelado não apresentou a comprovação da participação em algum tipo de curso, evento, reunião ou qualquer compromisso oficial, em prol do interesse público, apto a justificar a receita por ele auferida em um dos dias mencionados.

Salienta ter o apelado comprovado apenas o comparecimento no dia 10 de abril de 2014, na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis na cidade do Rio de Janeiro, para tratar do "tamponamento do Poço do Palmito". Desta forma, aduz que, não duas, mas apenas uma diária no valor de R$ 1.429,57, ou seja, 1/2 do valor recebido era devida. A outra metade, correspondente à mesma importância de R$ 1.429,57, foi recebida indevidamente.

Sem razão, contudo.

Com efeito, o vereador apelado/requerido faz *jus* ao recebimento de 02 (duas) diárias eis que devem ser contemplados, além do dia do compromisso institucional, também, os dias de deslocamento, ida e retorno. Senão, vejamos, o disposto na normativa interna da Câmara Municipal:

Resolução nº 09, de 14 de outubro de 2008

> *Art. 2º: O Vereador, Assessor e Servidor, quando em deslocamento a serviço ou representação da Câmara Municipal, dentro ou fora dos limites territoriais do Estado de Mato Grosso do Sul, terão direito a diárias, visando a cobertura de suas despesas e gastos, cujos valores são os seguintes: (...)*
>
> *Art. 6º: A diária compreenderá os dias da partida e do regresso.*

Colhe-se dos autos que existe comprovação documental de que o apelado agiu dentro da legalidade eis que amparada por norma interna da Câmara Municipal que prevê exatamente os valores correspondentes a cada uma das diárias perquiridas pelos vereadores, bem como que faz jus à indenização também nos dias de deslocamento.

Isso porque informou que saiu no dia 09 de abril de 2014 às 10h40m e retornou no dia 11 de abril de 2014 às 16h45m, esclarecendo que no dia 10 de abril de 2014 esteve na Agência Nacional do Petróleo – ANP.

Assim, não obstante o Ministério Público defender que ainda que Resolução n.º 09/2008 da Câmara Municipal preveja as referidas diárias é imoral o seu recebimento, eis que trata-se de verba de ressarcimento e o valor de 01 (uma) diária seria mais que suficiente para fazer frente às despesas de locomoção, transporte e acomodação, tal pecha não deve ser atribuída à parte requerida, uma vez que ela não concorreu com conduta própria para suposta ilegalidade.

Pensar-se diferente seria penalizar todos os servidores públicos que eventualmente tenham recebido diárias asseguradas por lei e, posteriormente, na hipótese de serem consideradas futuramente ilegais, serem taxados como agentes que auferiram vantagem patrimonial indevida.

Outrossim, destaca-se a insubsistência de provas que comprovem o excesso de recebimento de indenização relacionados às viagens efetuadas pela parte requerida. E ainda que houvesse, a responsabilidade não seria da mesma, uma vez que ela foi beneficiária de um direito. Tem-se, pois, que a parte requerida de maneira alguma violou o princípio da razoabilidade conforme aventado na inicial.

Destaco que a viagem pelo requerido realizada ao Rio de Janeiro, para participaria de uma reunião a ser realizada na Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), com a finalidade de tratar da desativação do "Poço do Palmito", em Três Lagoas, não foge de interesse institucional, tendo em autorizada pela Câmara Municipal de Três Lagoas duas diárias, cada uma no valor de R$ 1.419,57, totalizando a quantia de R$ 2.859,14.

Com isso, pode-se dizer que as diárias recebidas pela parte requerida foram regularmente comprovadas, em atendimento à finalidade pública e todas foram devidamente autorizadas pela autoridade responsável.

Por outro passo, inexiste prova nos autos ou sequer indícios de que a parte requerida tenha agido com dolo, ferindo qualquer princípio da Administração Pública, não cabendo falar que ela tenha praticado qualquer ato que tenha ocasionado lesão ao erário. No mesmo sentir é o suposto enriquecimento ilícito tido pela parte requerida, sendo tal hipótese refutada por lei que dispõe sobre o assunto.

Não é outro o entendimento deste Tribunal. Vejamos:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATOS DE IMPROBIDADE - RECEBIMENTO DE DIÁRIAS - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - ELEMENTO SUBJETIVO NÃO DEMONSTRADO - EMPREGO EFETIVO NO DESLOCAMENTO POR INTERESSE DO LEGISLATIVO MUNICIPAL - EXCESSIVIDADE DO VALOR NÃO COMPROVADO - RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Os atos de improbidade administrativa estampados nos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/92 têm em seu contexto o elemento subjetivo, o dolo, quer na ação omissiva, quer na comissiva. O recebimento de diárias pelo vereador para indenizar deslocamentos de sua base para outros municípios e estados, com base em suposta lei inconstitucional, não materializa o ato ímprobo, dada a ausência de provas de que tenha efetivamente participado na lei que a estabeleceu, e as viagens, segundo informações dos relatórios respectivos, ocorreram no interesse do legislativo e não em proveito próprio, tanto que autorizadas por autoridade competente.* (TJMS. Apelação n. 0001509-62.2006.8.12.0028, Bonito, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 04/11/2014, p: 06/11/2014).

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PERCEBIMENTO DE DIÁRIAS – AFRONTA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – NÃO DEMONSTRADA – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – INEXISTENTE – CONDUTA REGULAR – PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO. I. Para a imposição de sanções por ato de improbidade, mostra-se imperioso verificar o implemento dos requisitos consubstanciados na conduta omissiva ou comissiva, dolo ou culpa, dano, nexo de causalidade e tipicidade em relação ao fato para, só então, caracterizada a imoralidade qualificada, passar-se à dosagem de eventual penalidade, conforme prescrição do art. 12 da Lei nº 8.429/92.*

> *II. Inexistindo prova nos autos ou mesmo indício de que o agente público, ao solicitar e receber o pagamento de diárias, agiu deliberadamente no sentido de afrontar qualquer dos princípios da administração, não se há de falar na prática de qualquer ato de improbidade, por não se vislumbrar a má-fé ou conduta desonesta. III. Não se qualifica como ato de improbidade, que importa em enriquecimento ilícito, a solicitação de pagamento de diárias relativas a viagens realizadas para a consecução dos interesses da instituição pública.* (TJMS, Apelação Cível N. 2007.012373-2/0000-00, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 8.11.2011. Terceira Turma Cível).

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DE DIÁRIAS. AFRONTA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. NÃO DEMONSTRADA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. INEXISTENTE. CONDUTA REGULAR. PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA.RECURSO NÃO PROVIDO. Para a imposição de sanções por ato de improbidade, mostra-se imperioso verificar o implemento dos requisitos consubstanciados na conduta omissiva ou comissiva, dolo ou culpa, dano, nexo de causalidade e tipicidade em relação ao fato, para, só então, caracterizada a imoralidade qualificada, pasar-se à dosagem de eventual penalidade, conforme prescrição contida no art. 12 da Lei n. 8.429/92. Inexistindo prova nos autos - ou mesmo indício de que o agente público, ao solicitar e receber o pagamento de diárias -, agiu com dolo no sentido de afrontar qualquer dos princípios caros à administração, não há prática de ato de improbidade, por não se vislumbrar a ocorrência de má-fé ou de conduta ímproba.* (TJMS, Apelação nº 00151-32.206.8.12.028, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, j. 19 de agosto de 2014, 1ª Câmara Cível).

Diante de tais argumentos, deixo de vislumbrar nos autos qualquer pressuposto necessário para determinar o ressarcimento ao erário, notadamente porque a viagem efetuada pela parte requerida foi devidamente justificada, atendendo à finalidade da Câmara Municipal de Três Lagoas e aprovadas pela autoridade competente, sendo-lhe incabível a aplicação de qualquer sanção.

Ante ao exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo em todos os termos a sentença que julgou improcedente ação civil pública de ressarcimento ao erário movida em face de Jorge Augusto Galhardo Martinho.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 28 de setembro de 2017.

***

Mutirão - Câmara Cível II
Apelação nº 0804985-78.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – PAGAMENTO DA FATURA POR MEIO DE *INTERNET BANKING* – DIVERGÊNCIA NO CÓDIGO DE BARRAS DO BOLETO – ALEGAÇÃO DE NÃO RECEBIMENTO PELA EMPRESA CREDORA – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NÃO IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR – INCLUSÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL *IN RE IPSA* – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO PROVIDO.

Caso em que o autor quitou a fatura de energia junto à empresa ré depois do vencimento, mas antes da negativação, e mesmo assim teve seu nome incluído no rol de devedores, em razão de não-identificação do pagamento por motivo de falha no código de barras do boleto.

A falha do serviço, nessas condições, é questão alheia ao consumidor, cabendo responsabilizar o credor pelo dano moral decorrente do abalo de crédito.

É firme o entendimento de que a inscrição irregular no cadastro de inadimplentes gera dano moral presumido, isto é, que prescinde de prova. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão - Câmara Cível II - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de setembro de 2017.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Janderson Rios Baldonado apela da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação declaratória de inexistência c/c indenização por danos morais movida em desfavor de Energisa Mato Grosso do Sul – Distribuidora de Energia S/A.

Alega que a requerida incluiu indevidamente seu nome nos órgãos de proteção ao crédito por não identificar o pagamento da fatura de energia realizado dentro do prazo estabelecido, o que configura a responsabilidade civil da empresa pela falha na prestação do serviço.

Defende ser ônus da empresa de energia demonstrar o inadimplemento e a legitimidade da inscrição no cadastro de inadimplentes, especialmente por ser o autor parte hipossuficiente na ação.

Sustenta que o suposto erro de digitação do código de barras da fatura não impediu o seu recebimento, eis que comprovado pelo agente arrecadador e pelo apelante, que informou a localização do pagamento nos autos.

Afirma que a falha na prestação do serviço por culpa exclusiva da apelada maculou o nome do autor e deu ensejo ao recebimento de compensação a título de danos morais.

No desfecho, pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões às fs. 114/120.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta por Janderson Rios Baldonado em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência c/c indenização por danos morais movida em desfavor de Energisa Mato Grosso do Sul – Distribuidora de Energia S/A.

A ré era credora da quantia de R$ 41,70 (quarenta e um reais e setenta centavos) referente à fatura de energia com vencimento em 05/12/2013, sendo que em 3 de janeiro de 2014 foi enviada notificação ao autor de que o não pagamento ensejaria a inclusão do seu nome no cadastro de inadimplentes.

O autor realizou o pagamento da dívida em 06 de janeiro de 2014 por meio do *Internet Banking* do Banco Santander (f. 25), contudo, no dia 23 do mesmo mês veio a ter seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito (fs. 23/24), ou seja, após o adimplemento do débito.

A requerida, como visto, afirma que a autora fez o pagamento do boleto, porém, com código de barras diverso, impedindo que recebesse o valor, cujo pagamento só foi identificado após a citação na presente ação.

O argumento de que houve equívoco em relação ao código de barras e, por isso, não registrou o pagamento da dívida pela autora, não se sustenta, primeiro porque a autora conseguiu pagar o boleto sem notícias de eventual erro. Segundo porque, se após a citação foi possível identificar o pagamento da fatura da autora, isso significa que o pagamento da dívida, ainda que com código de barras diverso daquele constante do boleto, chegou ao destino devido, qual seja, os cofres da requerida.

Por outro lado, da análise das provas documentais trazidas pelas partes é possível concluir que, embora a autora não tenha efetuado o pagamento na data do vencimento da fatura, a empresa requerida inscreveu seu nome nos cadastros do SCPC após o devido pagamento, o que não é devido.

Aliás, o parágrafo único do artigo 320 do Código Civil estabelece *"ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida*".

Outrossim, se houve equívoco em relação ao código de barras constante do boleto com aquele utilizado pela devedora para seu pagamento, isso não pode ser imputado à autora para fins de inadimplemento, sendo certo que a requerida, tendo efetuado convênio com instituição financeira para recebimento do boleto, deve arcar com qualquer defeito nesse serviço.

Neste prisma, importa colacionar o posicionamento adotado por este Eg. Tribunal de Justiça no julgamento de caso semelhante:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FORNECIMENTO DE ENERGIA – PAGAMENTO DO BOLETO EM AGENTE ARRECADADOR (CASA LOTÉRICA) – DIVERGÊNCIA NO CÓDIGO DE BARRAS DO BOLETO – ALEGAÇÃO DE NÃO RECEBIMENTO DO PAGAMENTO PELA EMPRESA CREDORA – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR – INCLUSÃO INDEVIDA – DANO MORAL IN RE IPSA – REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – AFASTADA – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1* ***- A responsabilidade civil da concessionária de energia pelos danos causados ao consumidor em decorrência da inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito por dívida quitada é inarredável, sendo presumidos os danos morais. O argumento da requerida de que houve equívoco em relação ao código de barras e, por isso, não registrou o pagamento da dívida pela autora, não se sustenta, primeiro porque a autora conseguiu pagar o boleto, sem notícias de eventual erro. Segundo porque, se após a citação foi possível identificar o pagamento da fatura da autora, isso significa que o pagamento da dívida, ainda que com código de barras diverso daquele constante do boleto, chegou ao destino devido, qual seja, os cofres da requerida.*** *Ademais, se houve equívoco em relação ao código de barras constante do boleto, tal não pode ser imputado à autora, para fins de inadimplemento, sendo certo que a requerida tendo efetuado convênio com instituição financeira ou Casa Lotérica para o recebimento do boleto, deve arcar com qualquer defeito nesse serviço. 3– Na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as conseqüências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral há de se observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa. (...).* (TJMS. AC n. 0801960-65.2016.8.12.0008, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 11/04/2017) (g.n.)

Feitas essas considerações, entendo por demonstrado o ato ilícito praticado pela requerida ao inserir o nome da autora nos cadastros de mau pagadores por dívida quitada. Se a credora não recebeu o pagamento da fatura por falha no código de barras, tal fato não pode ser imputado à consumidora, sendo risco assumido pela concessionária ao autorizar os recebimentos de suas faturas por agentes financeiros diversos. Assim, verificada *in casu* a conduta negligente da requerida, o dano moral do ofendido é presumido.

Nesse sentido são os precedentes dos Tribunais Pátrios:

> *APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS –PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA - REJEITADA NO MÉRITO - APONTAMENTO INDEVIDO DE NOME DA AUTORA EM PROTESTO - DÍVIDA QUITADA - DANO MORAL - IN RE IPSA - VALOR INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. O apontamento em protesto de dívida quitada configura ato gerador de dano moral, que prescinde de comprovação por decorrer do próprio fato (dano in re ipsa). Para o arbitramento do dano moral, leva-se em conta as circunstâncias do caso concreto, as condições das partes, o grau de culpa e, principalmente, a finalidade do dano moral, que é a de compensar o dano ocorrido, bem como inibir a conduta abusiva. O termo inicial de incidência dos juros de mora é da data da citação, nos casos de indenização por dano moral oriunda de relações contratuais.* (AC 158928/2016, Des. Guiomar Teodoro Borges, Sexta Câmara Cível, DJE 07/02/2017).

Note-se que o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, por outro lado, é intuitivo, uma vez que o constrangimento e vexame que caracterizam a dor moral é decorrência lógica daquele ato. Daí que, presentes os requisitos da responsabilidade civil. Feitas essas considerações e concluindo pela existência do *an debeatur*, passo então a aferir o *quantum debeatur*.

No ordenamento jurídico não há parâmetros legais rígidos para definir o *quantum* a ser fixado a título de compensação pelos danos sofridos à moral, de modo que o arbitramento de tais valores fica a critério do magistrado, que deve buscar compensar o lesado pelos prejuízos sofridos, assim como desestimular o ofensor a persistir na conduta danosa.

Ao quantificar o valor indenizatório, deve-se considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e as suas conseqüências, para que a reparação do dano não constitua fonte de enriquecimento ilícito para o demandante.

Com efeito, o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano experimentado, devendo ser fixado em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a constituir sanção que não enseje locupletamento ilícito e atenda satisfatoriamente aos interesses das partes, conforme vêm sendo decidido por esta Primeira Câmara Cível:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEVEDOR ADIMPLENTE. MANUTENÇÃO DO NOME DO AUTOR EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. DANO IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) Se o quantum indenizatório foi fixado em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como em razão das peculiaridades da causa, mostrando-se suficiente para a finalidade da indenização, deve seu valor ser mantido.* (AC n. 2009.018908-0. TJ/MS. Rel. Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. J. em 25/04/2012).

Considerando que no caso o autor quitou a fatura de energia junto à empresa ré depois do vencimento, mas antes da negativação, e mesmo assim teve seu nome incluído no rol de devedores, em razão de não-identificação do pagamento por motivo de falha no código de barras do boleto, cabível a fixação do *quantum* indenizatório em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Arbitro, assim, a indenização por danos morais em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), por entender que tal valor satisfaz o interesse da compensação, porquanto suficiente a reparar o sofrimento e o constrangimento do ofendido, bem como a representar sanção ao ofensor.

Diante da sucumbência na ação, a requerida deve responder, por inteiro, pelas despesas processuais e honorários advocatícios, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do Código Processual Civil de 1973.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer a falha na prestação do serviço e julgar procedente o pedido formulado na exordial, a fim de condenar a requerida a arcar com o pagamento de indenização por danos morais na quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária pelo IGP-M/FGV a partir do arbitramento (Súm. 362, STJ) e juros de mora de 1 % ao mês a contar do evento danoso - 23.01.2014 (Súm. 54, STJ).

Determino a inversão do ônus sucumbencial, condenando a requerida a também arcar com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Deixo de arbitrar honorários nesta fase recursal (art. 85, § 11º, CPC), posto que a sentença foi publicada na vigência do CPC/1973.

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. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 28 de setembro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800691-40.2015.8.12.0003 - Bela Vista
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFESSOR EM SALA DE AULA PARA ACOMPANHAMENTO ESPECIALIZADO E INDIVIDUAL COM ALUNO PORTADOR DE DEFICIT DE ATENÇÃO – REDE PÚBLICA DE ENSINO – DIREITO À EDUCAÇÃO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – MULTA COMINATÓRIA R$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) – VALOR ÚNICO - MANTIDA – APELO NÃO PROVIDO.

Nos termos do artigo 208, inciso III, da Constituição Federal, é dever do estado prestar atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Quanto ao pedido de exclusão da multa diária em caso de descumprimento, tenho que não merece prosperar.

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 e com parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de setembro de 2017.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpôs o presente recurso de apelação, objetivando a reforma da r. sentença proferida, às f. 96-100, que julgou procedente o pedido inicial disposto na ação de obrigação de fazer nº 0800691-40.2015.8.12.0003, ajuizada por João Marshal Medina Echeverria, menor impúbere, devidamente representado por sua genitora, Rosilene Marin Medina, determinando que o apelante disponibilize ao menor o acompanhamento de professor tutor em sala de aula, pelo período integral em que se encontrar no ambiente escolar, no lapso temporal necessário, nos moldes do relatório médico, sendo que o não cumprimento da decisão após o lapso temporal de dez dias, a fluir da intimação pessoal do referido ente público, implicará astreinte em valor único de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), sem prejuízo de majoração se houver recalcitrância.

Em razões recursais acostadas às f. 112-139, pleiteia a reforma da r. sentença, argumentando, em síntese, que o professor de apoio, nos termos da Resolução SED/MS nº 2.904/2014, é destinado apenas a estudantes que apresentam dificuldades na locomoção, na comunicação, na alimentação e na higiene, o que não é o caso do apelado.

Alega que a situação excepcional de contratação de professor de apoio não pode atender os alunos portadores de Transtorno de Déficit de Atenção (TDAH), enfermidade que acomete o menor.

Aduz que o apelado não se enquadra nas hipóteses legais em que pode ser disponibilizado professor itinerante em ambiente escolar, devendo se submeter ao Atendimento Educacional Especializado - AEE, frequentando as aulas num período e reforço no outro período.

Argumenta, ainda, que não pode o Poder Judiciário, a pedido do apelado, por força dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, determinar que o apelante lote professor para aluno especial da cidade de Bela Vista/MS, adentrando ilegalmente na seara administrativa do Poder Executivo.

Requer o afastamento da multa cominatória.

Contrarrazões às fls. 146-151.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às fls. 160-168, opina pelo desprovimento do apelo.

VOTO (EM 12/09/2017)

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

O Estado de Mato Grosso do Sul interpôs o presente recurso de apelação, objetivando a reforma da r. sentença proferida, às f. 96-100, que julgou procedente o pedido inicial disposto na ação de obrigação de fazer n.º 0800691-40.2015.8.12.0003, ajuizada por João Marshal Medina Echeverria, menor impúbere, devidamente representado por sua genitora, Rosilene Marin Medina, determinando que o apelante disponibilize ao menor o acompanhamento de professor tutor em sala de aula, pelo período integral em que se encontrar no ambiente escolar, no lapso temporal necessário, nos moldes do relatório médico, sendo que o não cumprimento da decisão após o lapso temporal de dez dias, a fluir da intimação pessoal do referido ente público, implicará astreinte em valor único de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), sem prejuízo de majoração se houver recalcitrância.

Em razões recursais acostadas às f. 112-139, pleiteia a reforma da r. sentença, argumentando, em síntese, que o professor de apoio, nos termos da Resolução SED/MS nº 2.904/2014, é destinado apenas a estudantes que apresentam dificuldades na locomoção, na comunicação, na alimentação e na higiene, o que não é o caso do apelado.

Alega que a situação excepcional de contratação de professor de apoio não pode atender os alunos portadores de Transtorno de Déficit de Atenção (TDAH), enfermidade que acomete o menor.

Aduz que o apelado não se enquadra nas hipóteses legais em que pode ser disponibilizado professor itinerante em ambiente escolar, devendo se submeter ao Atendimento Educacional Especializado - AEE, frequentando as aulas num período e reforço no outro período.

Argumenta, ainda, que não pode o Poder Judiciário, a pedido do apelado, por força dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, determinar que o apelante lote professor para aluno especial da cidade de Bela Vista/MS, adentrando ilegalmente na seara administrativa do Poder Executivo.

O recurso, a meu ver, não merece ser provido.

Com efeito, o artigo 208, inciso III, da Constituição Federal, estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivada mediante a garantia de:

> *III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;*

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 54, inciso III, prescreve ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

> *Art. 54 - É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;*

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º 9.394/96), preconiza que:

> *Art. 4º. O Dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de (...) III – atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino; (...)*
>
> *Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais: (...) III – professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns. (...)*

Como se percebe, é dever do Estado disponibilizar atendimento educacional especializado aos educandos com necessidades especiais.

Descabe ao Judiciário questionar a veracidade das declarações médicas, uma vez que emitidas por profissional competente, sob pena de invasão da seara médica.

A propósito, satisfatoriamente demonstrada através dos documentos juntados nos autos, que o menor está em tratamento psiquiátrico há um ano, com sintomas de *"deficit de atenção, hiperatividade, imaturidade afetiva e impulsividade"*.

Às fls. 11 o laudo pericial consignou que *"no momento, em função da alfabetização e da dificuldade do paciente em conter seus impulsos, existe a necessidade de professor auxiliar em sala de aula, já que seu comportamento compromete o seu desenvolvimento pedagógico e dos colegas de sala"*.

Assim, demonstrada a necessidade do professor de apoio, constato que neste ponto deve ser mantida a r. decisão.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. MENOR. PORTADORA DE TRANSTORNO DE DÉFICIT DE ATENÇÃO, HIPERATIVIDADE E TRANSTORNO ESPECÍFICO DE HABILIDADE EM MATEMÁTICA. NECESSIDADE DE PROFISSIONAL DE APOIO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO. DEVER DO ESTADO EM FORNECER O ATENDIMENTO INDIVIDUAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a sentença que julgou procedente a pretensão inicial para compelir o Estado de Mato Grosso do Sul a providenciar à adolescente profissional de apoio educacional especializado, em sala de aula, tendo em vista a comprovação de que a mesma sofre de Transtorno de Déficit de Atenção, Hiperatividade e Transtorno específico de habilidade em matemática. De acordo com o disposto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes Básicas da Educação, é dever do Estado garantir atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino.* (Apelação nº 0800190-89.2015.8.12.0002; Des. Sérgio Fernandes Martins).

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO ORDINÁRIA PENSÃO POR MORTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA AUSENTES OS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC DECISÃO MANTIDA RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O deferimento da antecipação de tutela pressupõe o atendimento dos requisitos específicos. E estes consistem em estar o juiz convencido da verossimilhança das alegações da parte ativa diante da prova inequívoca, não bastando apenas a aparência do direito.* (Agravo Regimental - Nº 1403434-80.2015.8.12.0000/50000, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 27/04/2015; Data de registro: 30/04/2015).

Destarte, no tocante à multa aplicada, filio-me ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser possível o arbitramento de multa cominatória contra a Fazenda Pública, desde que fixada de forma equitativa, considerando a natureza e necessidade da obrigação, assim como a gravidade do descumprimento, de forma a estipular a medida mínima, mas suficiente ao cumprimento, sem maiores prejuízos ao erário:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. MENOR CARENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO. FIXAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA CONTRA A FAZENDA.POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. 1. Prevaleceu na jurisprudência deste Tribunal o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesse individual indisponível de menor carente. Precedentes da Seção: EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 11.09.06 e EREsp 734.493/RS, DJU de 16.10.06. 2. O juiz pode, de ofício ou a requerimento da parte, fixar as astreintes contra a Fazenda Pública, com o propósito de assegurar o adimplemento da obrigação de fazer no prazo determinado. Precedentes. 3. A aferição da proporcionalidade entre o valor da medida cominatória e o conteúdo da obrigação que se pretende assegurar é matéria que demandaria revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, providência inadmissível em recurso especial pelo óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes. 4. Recurso especial improvido.* (Resp 898.260/RS, Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 15.05.07).

Desse modo, a multa fixada em valor único de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), deve ser mantida.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Conclusão de julgamnento adiada, em razão do pedido de vista do 1.º vogal (Des. Sérgio), após relator negar provimento ao recurso, 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 26/09/2017)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º vogal)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão que julgou procedente a ação de obrigação de fazer ajuizada por João Marshal Medina Echeverria representado por sua mãe Rosilene Marin Medina.

O Estado de Mato Grosso do Sul afirma, em síntese, que o professor de apoio, nos termos da Resolução SED/MS n. 2.904/2014, é destinado apenas a estudantes que apresentam dificuldades na locomoção, na comunicação, na alimenatação e na higiene; a situação excepcional de contratação de professor de apoio não pode atender os alunos portadores de Transtorno de Déficit de Atenção (TDAH), enfermidade que acomete o autor; o apelado não se enquadra nas hipóteses legais em que pode ser diponibilizado professor

itinerante em ambiente escolar, devendo frequentar as aulas num período e reforço no outro; não pode o Poder Judiciário, a pedido do apelado, determinar que o apelante lote professor para aluno especial da cidade de Bela Vista - MS, adentrando ilegalmente na seara administrativa do Poder Executivo.

O relator, desembargador João Maria Lós negou provimento ao recurso interposto.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em julgamento.

Com efeito, não obstante o caso em apreço se tratar de obrigação do Estado de Mato Grosso do Sul em disponibilizar professor itinerante a um único aluno, portador de transtorno de déficit de atenção (TDAH) na Comarca de Bela Vista – MS, tenho entendido em casos semelhantes que há obrigação legal do Estado em disponibilizar o atendimento especializado aos alunos que demandam necessidades especiais. Veja-se o seguinte julgado abaixo:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – MENOR. PORTADORA DE TRANSTORNO DE DÉFICIT DE ATENÇÃO, HIPERATIVIDADE E TRANSTORNO ESPECÍFICO DE HABILIDADE EM MATEMÁTICA – NECESSIDADE DE PROFISSIONAL DE APOIO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO. DEVER DO ESTADO EM FORNECER O ATENDIMENTO INDIVIDUAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a sentença que julgou procedente a pretensão inicial para compelir o Estado de Mato Grosso do Sul a providenciar à adolescente profissional de apoio educacional especializado, em sala de aula, tendo em vista a comprovação de que a mesma sofre de Transtorno de Déficit de Atenção, Hiperatividade e Transtorno específico de habilidade em matemática. De acordo com o disposto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes Básicas da Educação, é dever do Estado garantir atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino.*[1]

Desta feita, deve o Estado apelante manter nas escolas professores capacitados para o atendimento a todos os tipos de educandos, com o fim de não permitir que alunos com deficiências diversas permaneçam privados da obtenção de um ensino de qualidade e da integração com a sociedade escolar.

Ante o exposto, acompanho o relator e nego provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 26 de setembro de 2017.

***

1 TJMS. Apelação n. 0800190-89.2015.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 30/05/2017, p: 31/05/2017.

Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017
Apelação nº 0828670-51.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C REPARAÇÃO DE DANOS C/C PEDIDO DE LIMINAR – DANOS CAUSADOS PELO IMÓVEL DO VIZINHO – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE PERMISSÃO PARA ENTRADA NO IMÓVEL PARA REALIZAR OS REPAROS NECESSÁRIOS – INDEFERIDO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL A SER INDENIZADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017 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 dezembro de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Antônio Evangelista interpõe recurso de apelação contra a decisão de 1º Grau que julgou parcialmente procedentes seus pedidos constantes da ação cominatória c/c reparação de danos e c/c pedido de liminar ajuizada em face de Ivone Silva Avelino.

O magistrado singular julgou o pedido parcialmente procedente apenas para determinar que a apelada/requerida permita a entrada do apelante/requerente em seu imóvel, para realizar os reparos necessários para sanar os problemas de infiltração, inclusive instar rufos e calhas.

Segundo o que consta dos autos o apelante ingressou com a presente demanda sob o fundamento de que é vizinho da apelada e que o muro divisório das residências foi construído dentro do seu terreno e que há anos vem sofrendo com infiltrações de água de esgoto e pluviais que vem do imóvel vizinho.

Informou que as partes realizaram acordo nos Autos nº 04955-45.2011.8.12.0110, que tramitou no Juizado Especial Central, que cumpriu todas obrigações assumidas, salvo impermeabilização do muro e que a apelada não permitiu a finalização do serviço, deixando de cumprir também sua parte no acordo.

Sustentou, ainda, que sua residência encontra-se mofada, úmida e com rachaduras, em situação precária, em razão da água pluvial que cai no quintal vizinho infiltrar no muro da divisão.

Que restou demonstrado na perícia judicial às fls. 177/190, que todos os problemas apresentados e questionados foram ocasionados por culpa da apelada. Assim, rebate todas as alegações da apelada, bem

como afirma que os problemas existentes em seu imóvel são decorrentes da falta de manutenção no imóvel da recorrida e que suas alegações foram comprovadas no laudo pericial. Pede o integral provimento do recurso para reformar a sentença, julgando procedente os pleitos do recorrente e a condenação da recorrida na realização dos reparos no imóvel do autor e indenização pelos prejuízos causados.

Contrarrazões às fls. 246/263.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Antônio Evangelista interpõe recurso de apelação cível em face da sentença proferida pelo juízo da 16ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, que nos autos da ação cominatória c/c reparação de danos c/c pedido de liminar, que foi julgada parcialmente procedente, condenando o recorrente ao pagamento de 80 % das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono contrário, fixados por equidade, em R$ 1.000,00 (mil reais) e, determinando a recorrida que permita a entrada do autor em seu imóvel para realizar os reparos necessários, a fim de sanar os problemas de infiltração em seu imóvel, em dia e horário comercial, a combinar e, condenando a mesma ao pagamento dos 20 % restantes das custas e despesas processuais, e ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono adverso, fixados por equidade, em R$ 400,00 (quatrocentos reais), autorizada a compensação a ambos, devendo a execução observar os ditames do art. 12 da Lei 1060/50.

Em síntese, o recorrente pede o integral provimento do recurso para reformar a sentença, condenando a recorrida a realizar os reparos no imóvel do autor e indenizá-lo pelos danos e prejuízos causados, ao passo que a recorrida pede que seja negado provimento ao recurso e a manutenção integral da sentença do juiz de piso.

Dessa forma, nota-se que a irresignação do recorrente reside no fato de que os problemas apresentados em seu imóvel, foram todos provenientes da falta de manutenção no imóvel da recorrida, afirmando, ainda, ser conforme lauda pericial juntado aos autos.

Pois bem, primeiramente, em decorrência da peculiaridade dos fatos que integram os autos, peço vênia para transcrever parte da conclusão do laudo pericial acostado às fls. 177/190:

> *(...) 02- Se analisadas as imagens dos autos, o acúmulo de água próximo ao muro de divisa, no lado do imóvel da requerida, pode ter ocasionado as infiltrações no imóvel do requerente.*
>
> *03- No momento da vistoria, não haviam indícios de que os danos ainda seriam em decorrência de umidade oriunda do imóvel da requerida...*
>
> *04- Mesmo que os danos atualmente existentes no imóvel do requerente não tenham relação com o imóvel da requerida, mas sim de problemas no telhado e ausência/deficiência de impermeabilização do baldrame, devem ser instalados calhas e rufos nos pontos onde a construção da requerida encontra-se encostada no muro de divisa, para evitar novos danos por infiltrações.*

Pois bem, após analisar detidamente o feito, vejo que a sentença não merece reparos, eis que, a meu ver, o laudo pericial juntado aos autos não indica responsabilidade da recorrida, não sendo possível imputar responsabilidade exclusiva a ela pelos danos e infiltrações existentes no imóvel do recorrente, decorrente, ainda, da existência de problemas no telhado do recorrente.

Outro ponto que merece destaque, é o fato do apelante não trazer aos autos o "habite-se" de sua residência, indicando, assim, a não fiscalização e aprovação do projeto de seu imóvel pelos órgãos competentes. Aliás, como bem destacou o julgador singular, *"isso impede, por si, concluir que os problemas com infiltração advêm exclusivamente do imóvel da apelada, diante da ausência da prova da regularidade da obra realizada pelo apelante"*.

Conclusão:

Diante do exposto, sem mais delongas, conheço do recurso de apelação interposto por Antônio Evangelista, contudo nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 07 de dezembro de 2017.

***

Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017
Apelação n º 0801554-15.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO DO CONSUMIDOR – CONSUMIDORES LESADOS EM FEIRA COM VENDA DE ANIMAIS DOENTES – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO – AUSÊNCIA DE ORIGEM COMUM E HOMOGENEIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ação civil pública na qual busque a defesa de interesse individual homogêneo está condicionada à presença da "homogeneidade" e da "origem comum", requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Campo Grande, 7 de dezembro de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação contra decisão de 1º grau que indeferiu a petição inicial da ação civil pública para defesa do consumidor ajuizada em desfavor de Nelson Serra Correia Filho Promoções e Eventos – ME (Fox Produções e Eventos) e outros.

O juízo de piso entendeu que, no caso dos autos o Ministério Público Estadual busca a defesa de direitos titularizados apenas por aqueles que adquiriram animais na "Feira Nacional de Filhotes", realizada no município de Corumbá nos dias 01, 02 e 03 de abril de 2011, bem como uma "coletividade" que, em tese, sofreu danos imateriais perpetrados pela ausência de responsabilidade consumerista dos requeridos/apelados e, sendo direito disponível e divisível, o MPE não possui legitimidade ativa para o ajuizamento da ação.

Aduz o apelante que, ao contrário do que concluiu o julgador de piso, possui legitimidade para a proposição da presente demanda; que busca tutelar o direito dos consumidores lesados pelos requeridos/apelados que realizam suas feitas em todo o Estado; que não se pode mensurar a quantidade de consumidores que já foram lesados e que virão a ser lesados em decorrência da feira realizada pelos apelados; que as pessoas pagaram diversas taxas e tiveram seus direitos lesados de diversas formas ao adquirir um animal

doente e serem enganados pela publicidade do local, podendo acontecer com qualquer cidadão. Fundamenta que a postulação do MPE nesta demanda visa assegurar a proteção de direitos de consumidores lesados pela realização de feita de filhotes em todo o Estado.

Não houve contrarrazões.

Parecer da PGJ às fls. 183/192, opinando pelo conhecimento e provimento do presente recurso de apelação.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação contra decisão de 1º Grau que indeferiu a petição inicial da ação civil pública para defesa do consumidor ajuizada em desfavor de Nelson Serra Correia Filho Promoções e Eventos – ME (Fox Produções e Eventos) e outros.

Conforme já relatado, o apelante entende que, ao contrário do que concluiu o julgador de piso, possui legitimidade para a proposição da presente demanda; que busca tutelar o direito dos consumidores lesados pelos requeridos/apelados que realizam suas feitas em todo o Estado; que não se pode mensurar a quantidade de consumidores que já foram lesados e que virão a ser lesados em decorrência da feira realizada pelos apelados; que as pessoas pagaram diversas taxas e tiveram seus direitos lesados de diversas formas ao adquirir um animal doente e serem enganados pela publicidade do local, podendo acontecer com qualquer cidadão. Fundamenta que a postulação do MPE nesta demanda visa assegurar a proteção de direitos de consumidores lesados pela realização de feita de filhotes em todo o Estado.

O presente recurso deve ser julgado nos moldes do CPC/73, eis que a sentença por ele atacada foi publicada em cartório antes da vigência do CPC/2015. Assim, temos como condições da ação: legitimidade *ad causam*, interesse de agir/processual e a possibilidade jurídica do pedido.

Nas palavras do ilustre doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves, *"o Código de Processo Civil consagrou a teoria eclética, sendo indispensável a análise doutrinária das condições da ação. Há, entretanto, um esclarecimento prévio necessário. O criador da teoria eclética foi Liebman, que em seus primeiros estudos sobre o tema entendia existirem três espécies de condições da ação: possibilidade jurídica do pedido; interesse de agir e legitimidade, tendo sido essa construção consagrada pelo nosso ordenamento processual."* (Manual de direito processual civil. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 154).

Sobre o tema dispõe o art. 267, VI, do CPC/73:

> *Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...)*
>
> *VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;*

Assim, temos que, conforme o disposto no artigo 267 do CPC/73, a consequência da inexistência de qualquer das condições da ação, consoante redação do caput do art. 267 do CPC/73 será a extinção do processo, sem resolução de mérito, por carência da ação.

Especificamente sobre a legitimidade do Ministério Público Estadual a Constituição Federal prevê que este é *"instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"* (art. 127 da CF/88).

Ainda, segue dispondo que são funções institucionais do Ministério Público: zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia e; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129 da CF/88).

Por fim, antes de analisar o mérito da ação, destaco o disposto no artigo 25 da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

> *Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: (...)*
>
> *IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:*
>
> *a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;*

No caso dos autos, conforme já relatado, o Ministério Público Estadual busca a defesa de direito do consumidor em decorrência da realização da "Feira Nacional de Filhotes" em várias cidades, argumentando que consumidores que já foram lesados e outros virão a ser lesados em decorrência da feira realizada pelos apelados; que as pessoas pagaram diversas taxas e tiveram seus direitos lesados de diversas formas ao adquirir um animal doente e serem enganados pela publicidade do local, podendo acontecer com qualquer cidadão.

Nos termos do artigo 81, III, do CDC:

> *Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*
>
> *Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:*
>
> *I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;*
>
> *II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;*
>
> *III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.* (destaquei).

Segundo a melhor doutrina os direitos individuais homogêneos, são direitos subjetivos individuais que podem ter homogeneidade em sua origem, de forma que a tutela jurisdicional pode ser perseguida de forma individual ou mediante ação coletiva pelos legitimados.

No caso dos autos, tal como entendeu o julgador de piso tenho que o Ministério Público Estadual não possui legitimidade ativa para propor a presente demanda, eis que visa a defesa de apenas de direitos de consumidores que adquiriram animais na "Feira Nacional de Filhotes", realizada no Município de Corumbá

em 01, 02 e 03 de abril de 2011 e uma coletividade que "em tese" sofreu danos imateriais com a compra de animais doentes. Assim, coaduno da conclusão de que o direito que se busca tutelar é disponível e divisível, eis que os consumidores não possuem a mesma relação jurídica com os requeridos/apelados.

A respeito da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação para tutela dos direitos dos consumidores, Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa pontuam o seguinte:

> *(...) Não obstante, e em que pese a clareza do ordenamento jurídico quanto à legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ações para tutela dos direitos difusos coletivos e individuais homogêneos, existiu, principalmente em meados da década de 90, inesperada resistência do Judiciário em aceitar essa legitimidade.*
>
> *Após intensas discussões nos tribunais, houve ampla aceitação jurisprudencial da legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ações coletivas, com restrições pontuais, entre elas a exigência de verificação, em concreto, da relevância social do objeto da ação, quando se tratar de interesse coletivo ou individual homogêneo, considerando a destinação constitucional do órgão: defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF). (...)*
>
> *Hoje a única restrição apresentada pela jurisprudência e parte da doutrina em relação à legitimidade do Ministério Público diz respeito à avaliação, em concreto, da relevância social do objeto da ação, principalmente na tutela dos direitos individuais homogêneos. (...)* (Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 395-396).

Acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte orientação:

> *RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE CONSUMIDORES, AINDA QUE DISPONÍVEIS. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E FEDERAL. AMPARO LEGAL: § 5º DO ART. 5º DA LEI N. 7.347/1985, EM VIGOR. IMPOSSIBILIDADE DO LITISCONSÓRCIO NO CASO. 1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública destinada à defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores, ainda que disponíveis, pois se está diante de legitimação voltada à promoção de valores e objetivos definidos pelo próprio Estado. 2. A tutela efetiva de consumidores possui relevância social que emana da própria Constituição Federal (arts. 5º, XXXII, e 170, V). 3. O veto presidencial ao parágrafo único do art. 92 do Código de Defesa do Consumidor não atingiu o § 5º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, inserido por força do art. 113 do CDC, que não foi vetado. 4. A possibilidade, em tese, de atuação do Ministério Público Estadual e do Federal em litisconsórcio facultativo não dispensa a conjugação de interesses afetos a cada um, a serem tutelados por meio da ação civil pública. A defesa dos interesses dos consumidores é atribuição comum a ambos os órgãos ministeriais, o que torna injustificável o litisconsórcio ante a unicidade do Ministério Público, cuja atuação deve pautar-se pela racionalização dos serviços prestados à comunidade. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.* (STJ; REsp 1254428/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, terceira turma, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016) – destacado.

Oportuno ressalvar, ainda, que a legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos está condicionada à presença da "homogeneidade" e da "origem comum", requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais.

É o que defende Kazuo Watanabe:

> *(...) a origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. (...).*
>
> *Mas, como observa Ada Pellegrini Grinover (infra, comentário nº 3a ao Capítulo II), a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; ou remota, mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos.*
>
> *Sobre a homogeneidade, pouco se tem dito. Talvez a própria redação do dispositivo legal induzisse a pensar, inicialmente, que a 'homogeneidade pela origem comum' seja um único requisito. Os direitos seriam homogêneos sempre que tivessem origem comum.*
>
> *No entanto, como aponta Ada Pellegrini Grinover, a origem comum – sobretudo se for remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. No consumo de um produto potencialmente nocivo, por exemplo, pode inexistir homogeneidade de direitos entre um titular de fazer vitimado exclusivamente por esse consumo e outro, cujas condições pessoais de saúde lhe causariam um dano físico, independentemente da utilização do produto, ou que fez deste uso inadequado. Ou seja, pode inexistir homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente. Será então necessário aferir a aplicabilidade, ao sistema brasileiro, do critério adotado nas class actions norte-americanas da 'prevalência da dimensão coletiva sobre a individual'. (...)* (Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 825-826).

Assim, a toda evidência, a problemática exposta nesta demanda deve ser resolvida na esfera individual, mediante a propositura de ações por aquelas pessoas que tenham sido lesadas pela eventual conduta negligente e desidiosa dos apelados.

Nesse sentido, colaciona-se julgado:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ACLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MILITARES E EX-MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS ACOMETIDOS DE DOENÇA MENTAL INCAPACITANTE DURANTE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA BASE. NECESSIDADE DE EXAME INDIVIDUALIZADO DE CADA SITUAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONFERIR INTERPRETAÇÃO ÚNICA AOS DISPOSITIVOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL OBJETIVA DO BEM JURÍDICO TUTELADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO PARQUET. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. (...) 4. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de reconhecer a legitimidade do ministério público e a adequação da ação civil pública, tanto para a tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, quanto para a proteção dos direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando presente a relevância social objetiva do bem jurídico tutelado ou a massificação do conflito em si considerado. 5. Por direitos individuais homogêneos entende-se àqueles de que são titulares um número de pessoas ainda não identificada, mas passível de ser determinado em momento posterior, e que derivam de uma origem comum, do que decorre a sua homogeneidade. 6. In casu, cingindo-se a pretensão autoral ao reconhecimento do direito de reforma ex offício àqueles militares e ex-militares acometidos de doença mental durante a prestação do serviço militar, quando julgados incapazes, definitivamente, para o serviço castrense, mesmo quando a moléstia for anterior ao ingresso nas forças armadas, não há que se falar em tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, isto porque*

tal pretensão não decorre de uma origem comum, inexistindo, desse modo, uma relação jurídica base a uni-los, já que cada militar foi alvo de uma decisão administrativa específica que, analisando particularmente a sua situação, deliberou pelo seu licenciamento e não por sua reforma. (...) 8. A revisão do ato de licenciamento do militar acometido por alienação mental incapacitante demanda a análise particularizada da situação de cada militar, sob o risco de estar-se por fixar uma interpretação única para a legislação de regência, criando um modelo padronizado para esses casos e impossibilitando a administração militar de analisar as peculiaridades de cada caso. 9. Não há dúvidas acerca da gravidade da situação dos militares que, acometidos por doença mental, vem a ser desligados do serviço militar e colocados à própria sorte, nem se está dizer que é deferida à administração militar o direito de livremente licenciar esses militares. Não é isso! o que se quer dizer é que tais situações devem ser examinadas de forma individualizada e não através de uma ação coletiva, a fim de formar-se um título genérico a abarcar todo e qualquer militar acometido por doença mental, ainda mais porque a solução genérica pretendida pelo ministério público acabaria por desconsiderar a prova pericial e outras que devem ser aferidas em demandas individuais, onde se verificará qual a moléstia que acomete o militar, o momento da sua eclosão, se é anterior ou não ao ingresso no serviço castrense, o grau de incapacidade para o serviço militar e para a vida civil, questões estas que merecem particular exame, não podendo serem objeto de tutela coletiva. (...) 12. A observância da legislação militar impõe que as situações sejam examinadas caso a caso, e não de forma genérica. Não pode a administração ser obrigada a proceder atos de reforma sem que sejam observadas as peculiaridades de cada caso e seu enquadramento em cada uma das possíveis hipóteses legais, especialmente porque a concessão do ato de reforma ex offício depende da homologação da inspeção de saúde por junta superior de saúde, na forma do que dispõe o art. 108, § 2º, da Lei nº 6.880/1980. 13. Não se está a afastar a legitimidade ou o interesse de agir do ministério público em ações coletivas que tenham por objeto demandas previdenciárias, tampouco se afasta a possibilidade de formação de coisa julgada nacional ou de tratamento diferenciado entre militares e civis, contudo, o presente caso guarda peculiaridades, que devem ser consideradas. (...) 15. Com vênias do ministro relator, embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá provimento, para restabelecer o acórdão regional. (STJ; EDcl-REsp 1.447.705; Proc. 2014/0071923-2; RS; Segunda Turma; Rel. Desig. Min. Mauro Campbell Marques; DJE 04/12/2015).

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Ministério Público Estadual, porém, nego-lhe provimento, discordando do parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 07 de dezembro de 2017.

***

Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017
Apelação n º 0831839-12.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – EMISSÃO DE BOLETO NO SITE DA EMPRESA VENDEDORA – BOLETOS EMITIDOS COM INFORMAÇÕES ERRÔNEAS – IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUE INFORMOU DADOS ERRADOS NO PREENCHIMENTO DO BOLETO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão – Câmara Cível I – Provimento nº 391/2017 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 dezembro de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Almeida e Queiroz Comércio de Material de Construção Ltda interpõe recurso de apelação contra a decisão de 1º Grau que julgou totalmente improcedente a ação de restituição de valores c/c indenização ajuizada em face do Banco Santander (Brasil) S/A, Banco Itaú Unibanco Holding S/A e Banco do Brasil S/A.

Aduz a empresa apelante que o Banco do Brasil é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, eis que foi o responsável pela operação na conta corrente da apelante que repassou os valores constantes dos boletos adulterados para conta de terceiros perante o Banco Santander Brasil S.A, diante da fraude exaustivamente debatida. Segue fundamentando que é um absurdo a utilização da teoria de que os danos lhe foram causados por sua culpa exclusiva, não tendo cuidado com o uso da internet; que é responsabilidade objetiva das instituições financeiras, eis que, na qualidade de fornecedoras, assumem o risco do negócio. Ainda, argumenta que não as apeladas não trouxeram provas de que o erro tenha se dado por culpa do consumidor/apelante. Ao final, pede a concessão de indenização por danos morais e materiais e prequestiona.

Contrarrazões às fls. 461/465 e 466/473.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Almeida e Queiroz Comércio de Material de Construção Ltda interpõe recurso de apelação contra a decisão de 1º Grau que julgou totalmente improcedente a ação de restituição de valores c/c indenização ajuizada em face do Banco Santander (Brasil) S/A, Banco Itaú Unibanco Holding S/A e Banco do Brasil S/A.

Inicialmente destaco que o presente recurso deverá ser julgado nos moldes do CPC/73, eis que sua sentença foi publicada em cartório em data anterior à vigência do CPC/2015.

Feitas essas considerações, peço vênia para transcrever a síntese processual muito bem elaborada pelo julgador de piso:

> *A requerente alega, em síntese, que realizou uma compra no valor de R$ 183.106,95 no site oficial da empresa Votorantin Cimentos na internet, sendo que o pagamento se deu por meio de 14 boletos, os quais foram efetivamente quitados no período de 18 a 24 julho do ano de 2014; tentou fazer nova compra no site da mesma empresa, sendo informada que havia boletos em aberto e estaria impossibilitada de fazer novas aquisições; diante dessa constatação, entrou em contato com a empresa Votorantin Cimentos e enviou os comprovantes de pagamento dos boletos, mas lhe foi respondido que os valores não haviam sido creditados em favor de tal empresa; entrou em contato com a vendedora responsável pelas vendas na região Centro-Oeste para nova verificação, sendo checado que nos espelhos de alguns boletos constava a figura do Banco Itaú e do Banco Santander; houve o registro de Boletim de Ocorrência em decorrência desses fatos; a requerente também fez reclamação ao Banco Central do Brasil em desfavor do Banco Itaú em razão desses fatos; a inspetoria do Banco Itaú constatou que os valores não foram creditados na conta da empresa Votorantin Cimentos, pois houve adulteração do PITE e do código de barra dos boletos, o que acabou direcionando os créditos para conta de terceiros no Banco Santander, não sendo possível recuperar os valores pagos; tal situação ocorreu porque supostamente teria acessado site não oficial ou porque sua máquina estaria infectada com vírus; notificou extrajudicialmente o Banco Santander para que estornasse os valores pagos indevidamente, mas não houve manifestação; teve enormes prejuízos, pois despendeu grande soma de valores, não recebeu o produto adquirido e ainda foi impedida de realizar novas aquisições; quitou novamente os boletos; e que sofreu danos morais.*

Pois bem, compulsando os autos e as provas que deles constam, tenho que a alegação de legitimidade do Banco do Brasil não deve prosperar, tendo em vista que não foi a instituição financeira responsável pela emissão dos boletos emitidos com erro nem pela conta que teria se beneficiado com os pagamentos, tendo apenas recebido alguns dos boletos quando levados para pagamento, não possuindo qualquer responsabilidade quanto aos erros constantes do boleto de pagamento.

No que diz respeito a alegação de que foi vítima de fraude bancária resta incontroverso que os boletos foram diretamente emitidos pela empresa apelante no site da Votorantim Cimentos Ltda, bem como que estes foram emitidos com informações fraudulentas e, por consequência, o pagamento não foi devidamente realizado para empresa credora.

Ora, como os boletos foram emitidos diretamente no site da empresa credora, esta, em princípio, seria a responsável pela segurança e precisão das informações e serviços ali disponibilizados.

Ainda, tal como entendeu o julgador singular, tenho que os Bancos Itaú Unibanco Holding S/A e Banco Santander S/A, não podem ser responsabilizados por eventuais danos causados à empresa autora/apelante, de forma que foram responsáveis apenas por gerar os boletos (com as informações prestadas pela empresa credora), não podendo controlar a veracidade das informações que ali contam, bem como não possuem o controle sobre o lançamento de informações de uma conta beneficiária indicada nos boletos bancários emitidos no site da empresa Votorantim Cimentos Ltda.

Assim, tal como constou da decisão de piso, somente seria o caso de responsabilização dos bancos se restasse detectada fraude e adulteração nos boletos, o que não é o caso dos autos, de forma que neste caso, a única responsabilidade que poderia ser eventualmente apurada seria a da empresa credora e do consumidor, em decorrência de informações errôneas quando do preenchimento dos dados do boleto emitido no site. Contudo, a empresa Votorantim Cimentos sequer integrou o polo passivo da presente demanda.

Conclusão: Diante do exposto conheço do recurso de apelação interposto por Almeida e Queiroz Comércio de Material para Construção Ltda, contudo nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão atacada.

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. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 07 de dezembro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0830733-49.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANO MORAL – APRESENTAÇÃO DE FOTOS À AGÊNCIA DE MODELOS – VEICULAÇÃO PELA EMPRESA DAS IMAGENS DA MODELO – SEM AUTORIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE CONTRATO ENTRE AS PARTES PARA ESTE FIM – TROCA DE *E-MAILS* ENTRE AGÊNCIA E MODELO QUE NÃO INDICA A EXISTÊNCIA DE QUALQUER ACORDO ENTRE AS PARTES PARA USO DAS IMAGENS – SITUAÇÃO QUE ULTRAPASSA O MERO ABORRECIMENTO A QUE TODOS ESTÃO SUJEITOS – DANO MORAL CONFIGURADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO X DA CF E DOS ARTS. 20, *CAPUT*, E 186, AMBOS DO CC – SITUAÇÃO QUE ENSEJA DIREITO À INDENIZAÇÃO – PRESCINDIBILIDADE DA PROVA DO EFETIVO PREJUÍZO – VEICULAÇÃO REALIZADA COM FINS LUCRATIVOS, MAIS ESPECIFICAMENTE A DIVULGAÇÃO DA PRÓPRIA EMPRESA – ENTENDIMENTO SUMULADO 403 DO STJ – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO COM PARCIMÔNIA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A divulgação, por agência de modelos, de fotos que lhe foram apresentadas por modelo, com a qual nenhum contrato foi firmado, destinando-se a veiculação à divulgação da própria empresa, o que reflete a existência de fins lucrativos, implica na configuração de dano moral indenizável, sendo prescindível a prova do efetivo prejuízo para tanto.

Revelando-se a indenização por dano moral adequada aos fins punitivo e compensatório a que se destina, pautando-se o arbitramento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a manutenção do *quantum* é medida que se impõe.

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 novembro de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Hoffmann & Hoffmann Ltda Me apela da sentença (f. 77-82) proferida na ação de indenização por danos morais ajuizada por Vanessa dos Santos, que tramitou na 7ª Vara Cível desta Capital.

A autora trabalha como modelo profissional, inscrita no SIMREV/SC (Sindicato de Manequins e Modelos do Estado de Santa Catarina), labor este que se concretiza por cessão de direitos de imagem para divulgação de produtos ou empresas.

A ação foi ajuizada em razão de ter a autora comparecido à sede da pessoa jurídica ré, visando apresentar seu trabalho artístico, levando consigo um *pen drive* com suas fotos, para que fossem visualizadas pelo representante da empresa.

Contudo, como as partes não chegaram a um acordo no que diz respeito a valores, nenhum contrato foi firmado, não tendo a autora cedido qualquer de suas imagens à empresa, que mesmo assim as divulgou indevidamente, através de publicações em seu *site*, bem como em jornais, motivo pelo qual buscou reparação civil.

O juízo *a quo* compreendeu configurado o dano moral, pelo uso indevido da imagem da autora para fim comercial, arbitrando a indenização correspondente no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), com incidência de juros de mora de 1 % (um por cento) ao mês, a partir da citação, e correção monetária pelo IGPM, a partir do arbitramento. Os honorários advocatícios em favor do patrono da autora foram arbitrados em 10 % (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Em suas razões (f. 85-99), alega a apelante que as fotos não foram indevidamente tiradas da *pen drive* da autora, tendo esta encaminhados os arquivos correlatos à empresa, via *e-mail*, não havendo se falar em furto na hipótese *sub judice*.

Aduz que a recorrente, de forma totalmente gratuita e sem auferir qualquer benefício econômico, divulgou as fotos que lhe foram encaminhadas pela autora, visando a captação de possíveis clientes para contrata-la como modelo, salientando que a empresa somente lucra com a modelo quando consegue fechar contratos.

Assevera que a autora teria, inclusive, preenchido uma ficha técnica com seus dados, a fim de viabilizar a divulgação de seu perfil para clientes em potencial, tratando-se a celeuma do processo de mera divulgação de *casting* da empresa, salientando que se a modelo não é divulgada, não é contratada para nenhum trabalho, suportando a agência integralmente os ônus da divulgação.

Afirma a ré apelante que não pode ser condenada a indenizar a autora por danos morais, já que não teria incorrido na prática de ato ilícito, salientando que a aquela não teria demonstrado o suposto dano injustamente suportado. Acrescenta que nenhum proveito econômico foi obtido com a divulgação, possuindo o anúncio em questão cunho meramente informativo, para que a autora pudesse fechar contratos como modelo.

Pondera que a apelada tinha pleno conhecimento de que suas fotos seriam divulgadas, e mesmo assim ofereceu seu trabalho à apelante, não apenas através das fotos encaminhadas por *e-mail*, mas também da disponibilização de outros materiais de trabalho. Acredita que a ausência de proveito econômico descaracteriza o dano moral.

Caso mantida a condenação da pessoa jurídica por dano moral, busca a apelante a redução do *quantum* indenizatório, por considera-lo excessivo.

Requer provimento do recurso, para afastar a condenação da ré à indenizar a autora por dano moral ou, caso mantida, a redução do valor da indenização para R$ 1.000,00 (mil reais).

Contrarrazões (f. 105-108) pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Hoffmann & Hoffmann Ltda Me apela da sentença (f. 77-82) proferida na ação de indenização por danos morais ajuizada por Vanessa dos Santos, que tramitou na 7ª vara cível desta Capital.

A autora trabalha como modelo profissional, inscrita no SIMREV/SC (sindicato de manequins e modelos do estado de Santa Catarina), labor este que se concretiza por cessão de direitos de imagem para divulgação de produtos ou empresas.

A ação foi ajuizada em razão de ter a autora comparecido à sede da pessoa jurídica ré, visando apresentar seu trabalho artístico, levando consigo um *pen drive* com suas fotos, para que fossem visualizadas pelo representante da empresa.

Contudo, como as partes não chegaram a um acordo no que diz respeito a valores, nenhum contrato foi firmado, não tendo a autora cedido qualquer de suas imagens à empresa, que mesmo assim as divulgou indevidamente, através de publicações em seu *site*, bem como em jornais, motivo pelo qual buscou reparação civil.

O juízo *a quo* compreendeu configurado o dano moral, pelo uso indevido da imagem da autora para fim comercial, arbitrando a indenização correspondente no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), com incidência de juros de mora de 1 % (um por cento) ao mês, a partir da citação, e correção monetária pelo IGPM, a partir do arbitramento. Os honorários advocatícios em favor do patrono da autora foram arbitrados em 10 % (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Em suas razões (f. 85-99), alega a apelante que as fotos não foram indevidamente tiradas da *pen drive* da autora, tendo esta encaminhados os arquivos correlatos à empresa, via *e-mail*, não havendo se falar em furto na hipótese *sub judice*.

Aduz que a recorrente, de forma totalmente gratuita e sem auferir qualquer benefício econômico, divulgou as fotos que lhe foram encaminhadas pela autora, visando a captação de possíveis clientes para contrata-la como modelo, salientando que a empresa somente lucra com a modelo quando consegue fechar contratos.

Assevera que a autora teria, inclusive, preenchido uma ficha técnica com seus dados, a fim de viabilizar a divulgação de seu perfil para clientes em potencial, tratando-se a celeuma do processo de mera divulgação de *casting* da empresa, salientando que se a modelo não é divulgada, não é contratada para nenhum trabalho, suportando a agência integralmente os ônus da divulgação.

Afirma a ré apelante que não pode ser condenada a indenizar a autora por danos morais, já que não teria incorrido na prática de ato ilícito, salientando que a aquela não teria demonstrado o suposto dano injustamente suportado. Acrescenta que nenhum proveito econômico foi obtido com a divulgação, possuindo o anúncio em questão cunho meramente informativo, para que a autora pudesse fechar contratos como modelo.

Pondera que a apelada tinha pleno conhecimento de que suas fotos seriam divulgadas, e mesmo assim ofereceu seu trabalho à apelante, não apenas através das fotos encaminhadas por *e-mail*, mas também da disponibilização de outros materiais de trabalho. Acredita que a ausência de proveito econômico descaracteriza o dano moral.

Caso mantida a condenação da pessoa jurídica por dano moral, busca a apelante a redução do *quantum* indenizatório, por considera-lo excessivo.

Requer o provimento do recurso, para afastar a condenação da ré à indenizar a autora por dano moral ou, caso mantida, a redução do valor da indenização para R$ 1.000,00 (mil reais).

Contrarrazões (f. 105-108) pelo desprovimento do apelo.

Admissibilidade recursal

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e está devidamente preparado, conforme se infere de f. 101-102.

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

Mérito

Da existência do dano moral

Acredita a apelante que a situação experimentada pela autora não configura dano moral, bem como que inexistiria qualquer dever de indenizar que lhe possa ser imputado, já que não praticou, em seu sentir, qualquer ato ilícito.

Pondera que divulgou as imagens da autora, através de publicações em seu *site* e em jornais de circulação local, visando a captação de clientela interessada na contratação de seus serviços como modelo, o que teria sido por aquela autorizado, indicando que não obteve nenhum proveito econômico daí advindo.

Sem razão a apelante.

Isto porque, conforme se infere de f. 11-12, a autora trabalha como manequim e modelo profissional, inscrita, inclusive, no SIMREV/SC, sendo sua imagem veiculada no *site* da Agência Hoffmann Models (f. 14) e em jornal de circulação local (f. 15), fazendo a ré apelada propaganda de seus serviços, direta ou indiretamente, através de tais publicações, mais especificamente dos cursos que oferece, o que implica dizer que, ao contrário do que pretende demonstrar, obteve ou almejava obter proveito econômico.

Não se está diante, conforme alega a pessoa jurídica ré, de situação na qual a veiculação da imagem da autora está atrelada à divulgação do *casting* da agência de modelos, tampouco ao intuito de atrair clientes interessados em contratar seus préstimos de modelo e manequim, tendo em vista que as partes jamais firmaram entre si qualquer contrato que autorizasse a empresa a falar em nome daquela, tampouco as imagens estão destinadas a tal finalidade, visando, em última análise, a divulgação da própria agência.

Conforme se infere dos documentos de f. 42-60, que consistem em *e-mails* trocados entre as litigantes, em nenhum momento a autora autoriza a ré a utilizar suas imagens para qualquer finalidade, limitando-se as conversas a tratativas referentes à realização de um curso de modelos, no qual, aparentemente, a autora contribuiria ministrando e aulas e fornecendo elementos para a confecção da apostilas para os inscritos.

Perceba-se que a pessoa jurídica não colaciona aos autos qualquer contrato escrito, tampouco elementos documentais hábeis a caracterizar qualquer tipo de acordo entre as partes relacionado ao uso das imagens da autora, oriundas de um *book* por esta feito, para fins comerciais, conforme realizado pela agência de modelos ré, provas estas que seriam de fácil exibição, caso existissem.

É fácil constatar que os dissabores enfrentados pela autora ultrapassaram o limite do mero aborrecimento a que todos estão sujeitos, causando-lhe a situação prejuízo indevido apto a demonstrar o dano de ordem moral.

Tal proteção, aliás, encontra seu amparo na Constituição Federal, mais precisamente em seu art. 5º, inciso X, que estabelece que são invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em igual sentido, prevê o Código Civil, em seu art. 20, *caput*, quando dispõe que 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 se destinarem a fins comerciais.

Veja-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves[1]:

> *(...) O mesmo tratamento é dispensado à exposição ou à utilização da imagem de uma pessoa, que o art. 5º, X, da Constituição Federal considera um direito inviolável. A reprodução da imagem é emanação da própria pessoa e somente ela pode autoriza-la. A Carta Magna foi explícita em assegurar, ao lesado, o direito à indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Nos termos do art. 20 do Código Civil, a reprodução de imagem para fins comerciais, sem autorização do lesado, enseja o direito a indenização, ainda que não lhe tenha atingido a honra e a respeitabilidade.*

Não bastasse isso, a Súmula 403 do STJ estabelece que independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos e comerciais, o que implica dizer que não merece guarida a alegação da pessoa jurídica ré no sentido de que a autora não demonstrou o dano advindo da veiculação não autorizada de sua imagem, já que, como visto, em situações como a presente tal prova se revela prescindível.

Ao comentar o art. 20 do Código Civil, ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[2] que:

> *(...) Fotografia não autorizada. Dano moral. Mensuração. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação de fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a CF (5º, X)* (STF, 2ª T, RE 2159841-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. 4.6.2002) *(...)*
>
> *Publicação de fotografia sem autorização. Caracteriza violação ao direito de personalidade à imagem a utilização indevida de fotografia quando publicada para fins comerciais sem autorização do fotografado.* (RT 624/65).

Por outro lado, não se pode perder de vista que a pessoa jurídica ré, enquanto agência de modelos, deveria preocupar-se em adotar conduta adequada ao fim a que se destina, respeitando o direito de imagem daqueles que lhe procuram, já que certamente recebe materiais fotográficos e artísticos em geral de diversas pessoas que trabalham neste ramo (modelos e manequins), que nem sempre firmarão consigo contratos, não podendo estas ficarem a mercê de situações como a presente, que indicutivelmente afetam a confiabilidade da empresa no mercado.

1 **Responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 109.

2 **Código Civil comentado.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 243-244.

Diante deste cenário, manifesta a ocorrência do dano de ordem moral, estando presente o nexo de causalidade entre a conduta da ré, que veiculou indevidamente a imagem da autora para fins comerciais, e os injustos prejuízos daí advindos suportados pela vítima, havendo perfeita subsunção dos fatos à previsão do art. 186 do Código Civil, que estabelece que *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*.

Logo, ultrapassando a situação vivenciada pela apelada o limite do mero aborrecimento, ante a condenável postura da apelante, escorreito o *decisum* combatido, devendo ser preservado.

Do *quantum* indenizatório

Pretende a apelante ainda, a redução do *quantum* indenizatório, arbitrado pelo juízo *a quo* em R$ 7.000,00 (sete mil reais), ao argumento que tal valor não faz justiça à hipótese descrita nos autos. Indica que o valor de R$ 1.000,00 (mil reais) seria mais adequado ao fim colimado.

Com efeito, a indenização relativa ao dano moral deve ser arbitrada com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser ínfima a ponto de não exercer seu caráter pedagógico e nem tão elevada que promova o enriquecimento sem causa da vítima.

Veja-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves[3]:

> *Pode- se afirmar que os principais fatores a serem considerados são: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter anti-social da conduta lesiva.*

Levando-se em consideração os fatos, há de se manter a indenização no importe de R$ 7.000,00 (sete mil reais), que se mostra adequado ao caso concreto, tendo em vista o uso indevido da imagem da autora e a postura inadequada da ré apelante quando realizou tal conduta.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento. Em razão do não provimento do recurso, majoro os honorários sucumbenciais para 12 % (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, com base no art. 85, § 11 do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

Campo Grande, 14 de novembro de 2017.

***

3 **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil,** vol. IV. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 384

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0804078-48.2015.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – SERVIDOR PÚBLICO QUE FALTA AO SERVIÇO POR PERÍODO SIGNIFICATIVO DE TEMPO – ENTE PÚBLICO NÃO INFORMADO SOBRE O FATO DO SERVIDOR ENCONTRAR-SE DOENTE – AUSÊNCIA DE PERCEPÇÃO DE SALÁRIO NO REFERIDO PERÍODO – DESCONTOS REALIZADOS COM FUNDAMENTO NAS FALTAS INJUSTIFICADAS – PRETENSÃO DE PERCEPÇÃO RETROATIVA DE BENEFÍCIO AUXÍLIO-DOENÇA – IMPOSSIBILIDADE – SITUAÇÃO QUE DECORREU DA INCÚRIA DO SERVIDOR PÚBLICO, QUE PERMITIU A CONSOLIDAÇÃO DESTA SITUAÇÃO – PEDIDO DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE APRESENTADA QUASE DOIS ANOS DEPOIS – INEXISTÊNCIA DE RAZÃO PLAUSÍVEL PARA QUE A SITUAÇÃO PERDURASSE POR TANTO TEMPO – INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA APURAÇÃO DOS FATOS – SUSPENSÃO DOS PAGAMENTOS QUE CONDIZ COM OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E EFICIÊNCIA – PAGAMENTO DO BENEFÍCIO DEVIDO APENAS A PARTIR DA DATA DA CONFECÇÃO DO LAUDO PERICIAL EM JUÍZO, QUE CONSTATOU O PROBLEMA DE SAÚDE – IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO DEVIDA, POR AINDA FIGURAR O AUTOR NOS QUADROS DE SERVIDORES MUNICIPAIS – PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE NÃO NECESSARIAMENTE CULMINARÁ EM DESLIGAMENTO – RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO QUE RECAI EXCLUSIVAMENTE SOBRE A PREVIDÊNCIA MUNICIPAL – EXPRESSA PREVISÃO LEGAL NESTE SENTIDO – DANO MORAL INEXISTENTE – FATOS EXPERIMENTADOS PELO AUTOR QUE DECORREM DA INADEQUAÇÃO DE SEU COMPORTAMENTO ENQUANTO SERVIDOR PÚBLICO JUNTO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

Não tendo o autor formalmente noticiado ao ente público réu que estava doente, limitando-se a faltar ao serviço por período de tempo significativo, o que culminou na suspensão de seus pagamentos mensais, ante as reiteradas faltas injustificadas, descabe falar em pagamento de auxílio-doença retroativo em seu favor. Isto porque, levando-se em consideração que a situação perdurou por aproximadamente 02 (dois) anos, obviamente os fatos decorreram da desídia e incúria do autor enquanto servidor público, que não informou o ente público sobre a situação, ônus de sua inteira responsabilidade. A Administração Pública, quando assim agiu, o fez em conformidade com os princípios da legalidade, moralidade e eficiência, até porque se está diante de dinheiro público.

Como o autor, que hoje responde processo administrativo disciplinar como decorrência dos fatos, ainda figura nos quadros de servidores municipais, o benefício auxílio-doença deve ser implementado a seu favor, a partir da data de confecção do laudo pericial que constatou o problema de saúde, por força do art. 82, da Lei Complementar n.º 46/2011, recaindo a responsabilidade pelo pagamento exclusivamente sobre o Funprev, ante a expressa previsão legal neste sentido, mais precisamente do art. 28 da Lei Complementar n.º 87/2005. Ademais, não necessariamente o referido processo culminará no desligamento do autor.

Decorrendo a situação experimentada pelo autor unicamente de sua postura inadequada enquanto servidor público, que faltou ao serviço por prolongado período de tempo sem apresentar justificativa formal para tanto, dirigida à Administração Pública, descabe falar em dano moral indenizável.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de novembro de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Luiz Andrade Badaró apela da sentença (f. 410-422), também submetida à remessa necessária, proferida na ação de conhecimento de natureza constitutivo-condenatória ajuizada contra Funprev - Fundo de Previdência Social dos Servidores Municipais de Corumbá-MS e Município de Corumbá, que tramitou na vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos daquela comarca.

Alega o autor, funcionário público municipal desde 01 de julho de 1984, na função de auxiliar de serviços operacionais, que no ano 2013 foi acometido por hérnia escrotal, motivo pelo qual está afastado de seu trabalho, sem, contudo, receber salário ou qualquer provento. Quando comunicou os fatos à Funprev, teria sido informado que em razão das reiteradas faltas não receberia qualquer provento enquanto perdurasse seu tratamento de saúde.

Afirma que após várias tentativas, foi agendada perícia junto ao ente público réu, levada a efeito em 08 de setembro de 2015, não tendo o médico elaborado qualquer laudo, limitando-se a lhe prescrever medicamento.

Ajuizou a presente ação (o que teria feito antes de ser citado no processo administrativo disciplinar n. 17.409/2015), tendo em vista que o Município não está efetuando o pagamento de seu salário desde novembro de 2013, o que o leva a sobreviver em condições precárias, dependendo da assistência de terceiros inclusive para se alimentar.

Busca o restabelecimento do pagamento de seu salário, bem como a condenação dos réus ao pagamento de auxílio-doença, caso comprovada a incapacidade temporária para o trabalho, ou aposentadoria por invalidez, em se constatando sua incapacidade permanente. Pede, ainda, pagamento de seus salários atrasados, devidamente corrigidos, bem como o arbitramento de indenização por danos morais, no valor de 500 (quinhentos salários mínimos).

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos autorais, apenas para condenar o Fundo Previdenciário Municipal - FUNPREV a conceder o benefício auxílio-doença ao autor, que será devido desde a data do laudo pericial que constatou a incapacidade (30 de outubro de 2016).

Tendo em vista que o autor obteve êxito em parte mínima de seu pedido, foi condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15 % (quinze por cento) sobre o valor da causa, ficando suspensa a exigibilidade por ser beneficiário da gratuidade da justiça.

Alega o autor, em suas razões (f. 433-443), que durante o período no qual esteve afastado por motivo de doença, teria comparecido inúmeras vezes junto ao RH dos apelados para buscar informações sobre sua situação, sendo sempre informado que deveria aguardar em sua residência a correspondência com as orientações correlatas à implementação do benefício.

Ressalta que mesmo após protocolizar pedido de esclarecimentos formal sobre a situação, não recebeu nenhuma informação, sendo citado, em 16 de dezembro de 2015 para responder processo administrativo, como decorrência de suas faltas injustificadas, o que ocorreu mais de um mês após o ajuizamento da presente ação. Assevera que todo seu tratamento médico vinha sendo realizado pelos apelados, razão pela qual compreende que tinham plena ciência de sua precária situação de saúde.

Acredita que ao contrário da compreensão do juízo *a quo*, restou nos autos comprovado que o autor está acometido pela doença desde 19 de janeiro de 2012, e que vem realizando o tratamento desde então, o que corrobora no documento de f. 389, prova emprestada dos Autos n.º 0804078-48.2015.8.12.0008. Indica que a correção cirúrgica do problema não foi realizada em razão do risco decorrente de sua idade avançada.

Diante deste contexto, acredita não fazer justiça ao caso concreto que receba o benefício tão somente a partir da 30 de outubro de 2016, já que, em seu sentir, o caderno probatório dá conta que sua invalidez remonta janeiro de 2012.

Em relação aos danos morais, aduz que estes se mostram evidentes, já que como decorrência da suspensão do pagamento de seu salário desde outubro de 2013, passou a viver do auxílio de terceiros, morando de favor e se alimentando daquilo que as pessoas lhe davam. Indica que trabalha para o ente público municipal há 28 (vinte e oito) anos, e hoje, doente e com mais de 60 (sessenta) anos, passa por tais constrangimentos, ressaltando tratar-se de pessoa de pouca instrução.

Requer o provimento do apelo para: implementar em favor do apelante o benefício em questão desde outubro de 2013, quando houve a suspensão do pagamento de seus proventos, com a devida atualização monetária; arbitrar indenização por danos morais em seu favor; e inverter os ônus da sucumbência, os honorários no percentual de 20 % (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Contrarrazões do Município de Corumbá (f. 449-454) pelo desprovimento do apelo; Funprev, ainda que intimado (f. 456), não respondeu o recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Luiz Andrade Badaró apela da sentença (f. 410-422), também submetida à remessa necessária, proferida na ação de conhecimento de natureza constitutivo-condenatória ajuizada contra Funprev - Fundo de Previdência Social dos Servidores Municipais de Corumbá-MS e Município de Corumbá, que tramitou na vara de fazenda pública e de registros públicos daquela comarca.

Alega na inicial o autor, funcionário público municipal desde 01 de julho de 1984, na função de auxiliar de serviços operacionais, que no ano de 2013 foi acometido por hérnia escrotal, motivo pelo qual está afastado de seu trabalho, sem, contudo, receber salário ou qualquer provento. Quando comunicou os

fatos à Funprev, teria sido informado que em razão das reiteradas faltas, não receberia qualquer provento enquanto perdurasse seu tratamento de saúde.

Ajuizou a presente ação (o que teria feito antes de ser citado no processo administrativo disciplinar n. 17.409/2015), tendo em vista que o Município não está efetuando o pagamento de seu salário desde novembro de 2013, o que o leva a sobreviver em condições precárias, dependendo da assistência de terceiros inclusive para se alimentar.

Busca o restabelecimento do pagamento de seu salário, bem como a condenação dos réus ao pagamento de auxílio-doença, caso comprovada a incapacidade temporária para o trabalho, ou aposentadoria por invalidez, em se constatando sua incapacidade permanente. Pede, ainda, pagamento de seus salários atrasados, devidamente corrigidos, bem como o arbitramento de indenização por danos morais, no valor de 500 (quinhentos salários mínimos).

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos autorais, apenas para condenar o Fundo Previdenciário Municipal – FUNPREV a conceder o benefício auxílio-doença ao autor, que será devido desde a data do laudo pericial que constatou a incapacidade (30 de outubro de 2016).

Tendo em vista que o autor obteve êxito em parte mínima de seu pedido, foi condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15 % (quinze por cento) sobre o valor da causa, ficando suspensa a exigibilidade por ser beneficiário da gratuidade da justiça.

Alega o autor, em suas razões (f. 433-443), que durante o período no qual esteve afastado por motivo de doença, teria comparecido inúmeras vezes junto ao RH dos apelados para buscar informações sobre sua situação, sendo sempre informado que deveria aguardar em sua residência a correspondência com as orientações correlatas à implementação do benefício.

Ressalta que mesmo após protocolizar pedido de esclarecimentos formal sobre a situação, não recebeu nenhuma informação, sendo citado, em 16 de dezembro de 2015 para responder processo administrativo, como decorrência de suas faltas injustificadas, o que ocorreu mais de um mês após o ajuizamento da presente ação. Assevera que todo seu tratamento médico vinha sendo realizado pelos apelados, razão pela qual compreende que tinham plena ciência de sua precária situação de saúde.

Acredita que ao contrário da compreensão do juízo *a quo*, restou nos autos comprovado que o autor está acometido pela doença desde 19 de janeiro de 2012, e que vem realizando o tratamento desde então, o que corrobora no documento de f. 389, prova emprestada dos Autos n.º 0804078-48.2015.8.12.0008. Indica que a correção cirúrgica do problema não foi realizada em razão do risco decorrente de sua idade avançada.

Diante deste contexto, acredita não fazer justiça ao caso concreto que receba o benefício tão somente a partir da 30 de outubro de 2016, já que, em seu sentir, o caderno probatório dá conta que sua invalidez remonta janeiro de 2012.

Em relação aos danos morais, aduz que estes se mostram evidentes, já que como decorrência da suspensão do pagamento de seu salário desde outubro de 2013, passou a viver do auxílio de terceiros, morando de favor e se alimentando daquilo que as pessoas lhe davam. Indica que trabalha para o ente público municipal há 28 (vinte e oito) anos, e hoje, doente e com mais de 60 (sessenta) anos, passa por tais constrangimentos, ressaltando tratar-se de pessoa de pouca instrução.

Requer o provimento do apelo para: implementar em favor do apelante o benefício em questão desde outubro de 2013, quando houve a suspensão do pagamento de seus proventos, com a devida atualização monetária; arbitrar indenização por danos morais em seu favor; e inverter os ônus da sucumbência, fixando-se honorários no percentual de 20 % (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Contrarrazões do Município de Corumbá (f. 449-454) pelo desprovimento do apelo; Funprev, ainda que intimada (f. 456), não respondeu o recurso.

Admissibilidade recursal

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e o apelante está dispensado do respectivo preparo, porquanto beneficiário da gratuidade da justiça (f. 39).

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

Mérito

Inicialmente, registro que o recurso de apelação e a remessa necessária serão conjuntamente analisados.

Do auxílio-doença em favor do servidor público

Conforme se infere do documento de f. 13, o autor é funcionário do Município de Corumbá, tendo sido admitido em 01 de julho de 1984, sob o regime estatutário e com vínculo efetivo, para o desempenho da função de auxiliar de serviços operacionais I.

Alega o autor, em síntese, que a partir de outubro de 2013 o pagamento de seu salário teria sido indevidamente suspenso, o que decorreria de faltas injustificadas, as quais nega, argumentando para tanto que em verdade o seu não comparecimento ao local de trabalho decorreria do fato de ter sido acometido por hérnia escrotal, o que lhe teria ocasionado incapacidade laborativa.

Inicialmente, cumpre registrar que os holerites acostados pelo apelante às f. 25-33 dão conta de que, ao contrário do que pretende demonstrar, a suspensão do pagamento de seu salário mensal não se deu de forma injustificada, tendo em vista que de seus contracheques expressamente consta que nada tinha a receber como decorrência suas faltas injustificadas.

Aliás, os documentos apresentados pelo ente público réu às f. 58-84 esclarecem de forma satisfatória esta situação, corroborando que a motivação dos descontos realizados na folha de pagamento do autor provém de suas faltas, durante período de tempo significativo, situação esta que, ante a ausência de justificativa por parte do servidor, implicou na instauração de processo administrativo disciplinar.

Outro ponto importante a ser ressaltado é que, da inicial não consta nenhum documento que indique ter o autor noticiado formalmente ao ente público réu que estaria enfermo, tampouco requerido qualquer tipo de benefício, o que enfraquece sobremaneira qualquer pretensão de percepção dos salários não pagos à época, tampouco a implementação de benefício com data retroativa.

Ademais, a pretensão do autor de demonstrar, através de prova testemunhal (f. 463-485), de que teria comunicado verbalmente à Administração a situação, igualmente não se sustenta, tendo em vista que, ainda que hipoteticamente se admita que os fatos tenham ocorrido deste modo, obviamente esta não é a forma adequada de proceder, e consequentemente não tem o condão de eximir o autor de sua responsabilidade.

Em verdade, os documentos de f. 84-90 dão conta que o apelante somente apresentou pedido de licença para tratamento de saúde direcionado ao ente público réu em setembro de 2015, o que corrobora a ideia de que os fatos por si experimentados decorreram de sua incúria e desídia em relação ao seu cargo público, já que o pedido de licença poderia ter sido apresentado desde 2013, posto que alega que desde então encontrava-se doente.

Não se revela plausível sua pretensão de imputar ao Município a responsabilidade pelo ocorrido, ao argumento de que este não tomou as medidas cabíveis em relação à situação, pois, em verdade, o conjunto probatório demonstra que a providência mais relevante, qual seja, a suspensão do pagamento de seu salário, foi levada a efeito, evitando o dispêndio inoportuno de dinheiro público, ainda que a instauração de processo administrativo disciplinar para apuração da situação tenha se revelado tardia, ocorrendo tão somente em 2015.

Por outro lado, ainda que o autor se intitule pessoa simples, de pouca instrução, certo é que não se mostra razoável compreender que servidor público permaneça por aproximadamente 02 (dois) anos sem receber salário e que tal situação seja atribuída exclusivamente ao seu nível cultural, vez que, levando em consideração o ser humano médio, doente e sem auferir salário, as providências cabíveis para resolver o problema teriam adotadas o quanto antes junto ao órgão público de vinculação, *in casu*, a Gerência de Serviços e Transportes Oficiais.

A alegação de que todo o tratamento de saúde do autor, desde o momento no qual a hérnia escrotal se manifestou, foi realizado através do ente público réu, o que seria suficiente para comprovar seu conhecimento acerca dos problemas de saúde atravessados pelo autor, igualmente não se sustenta. Explico.

Os documentos que instruem a inicial, mais precisamente às f. 15-24, dão conta que o autor, de fato, realizou tratamento pelo SUS, através da Secretaria de Saúde do Município de Corumbá, realidade esta que, no entanto, não implica em conhecimento obrigatório da situação pelo setor de recursos humanos da Gerência de Serviços e Transportes Oficiais, tendo em vista que se está diante de órgãos públicos diversos, que por razões obvias, relacionadas à organização administrativa municipal, não mantêm intercâmbio de informações entre si, gozando de independência um em relação ao outro.

Claro que noticiar no órgão público ao qual está diretamente vinculado acerca da existência de problema de saúde que o impede de trabalhar é ônus que recai exclusivamente sobre o funcionário público, que tem a obrigação de corretamente informar neste sentido, sendo os fatos que aponta como injustos tão somente consequência lógica da forma equivoca como conduziu sua vida funcional neste período.

Diante deste contexto, é preciso registrar que, ao promover os descontos na folha de pagamento do autor no período por este reclamado, a Administração Pública tão somente agiu em conformidade com seus princípios de regência, em especial a legalidade, moralidade e eficiência, até mesmo porque se está diante de dispêndio de verba pública, que não pode ser direcionada ao pagamento de servidor que não comparece em seu local de trabalho por período de tempo significativo e sequer apresenta justificativa ou atestado.

Suficientemente esclarecido, assim, que o autor não faz jus ao recebimento de qualquer verba retroativa, cabe, agora, analisar o seu direito à luz da prova pericial (f. 368-376), produzida em 30 de outubro de 2016.

Confira-se a conclusão alcançada pela expert sobre a capacidade laborativa do autor apelante (f. 374):

> *O periciado apresenta incapacidade total temporária, decorrente de hérnia escrotal volumosa.*
>
> *O periciado não deve realizar atividades físicas intensas, que incluam carregar peso.*

> *A doença que acomete o periciado é passível de cura mediante intervenção cirúrgica, não é possível determinar o tempo necessário para recuperação da doença, em função do tempo de espera para a realização da cirurgia.*
>
> *O periciado mantém capacidade para realizar atividades do cotidiano, não necessita de assistência de outras pessoas atualmente.*

Perceba-se que, diante da conclusão alcançada pela perita responsável pela confecção do laudo, é preciso que o benefício auxílio-doença seja implementado em favor do autor, providência esta que decorre especialmente do fato do pedido neste sentido, ter sido devidamente formulado, ainda que na esfera judicial, bem como em razão do recorrente permanecer fazendo parte dos quadros de servidores municipais de Corumbá-MS, ainda que esteja respondendo processo administrativo disciplinar, que não necessariamente culminará em seu desligamento dos quadros de servidores.

Da responsabilidade pelo pagamento do benefício e do termo inicial de pagamento

A responsabilidade pelo pagamento do benefício ao autor recai sobre o réu Funprev - Fundo de Previdência Social dos Servidores Municipais de Corumbá-MS, órgão este responsável por gerir os benefícios de natureza previdenciária dos servidores públicos estatutários vinculados ao àquele município, e que está obrigado a fazê-lo por força da legislação de regência, mais especificamente o art. 28 da Lei Complementar n.º 87/2005, que dispõe que:

> *Art. 28. À previdência Municipal compreende os seguintes benefícios:*
>
> *I – Quanto ao segurado:*
>
> *A) aposentadoria por invalidez;*
>
> *B) aposentadoria compulsória;*
>
> *C) aposentadoria por idade e tempo de contribuição;*
>
> *D) aposentadoria por idade;*
>
> *E) auxílio-doença;*
>
> *F) salário-maternidade; e*
>
> *G) salário-família.*
>
> *II – Quanto ao dependente:*
>
> *A) pensão por morte; e*
>
> *B) auxílio-reclusão.*

Deste modo, por expressa previsão legal neste sentido, o pagamento do referido benefício ao autor apelante é incumbência que recai exclusivamente sobre o Funprev, a partir de 30 de outubro de 2016 (data constante do laudo pericial), com fulcro na previsão do art. 82, da Lei Complementar n.º 46/2011, que estabelece que Será concedida ao servidor licença para tratamento de saúde, a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração a que faz jus, até mesmo porque não foi possível à perita precisar a data de início da incapacidade.

Do dano moral

Tendo em vista todo o acima exposto, é de fácil percepção que os fatos experimentados pelo autor decorreram da inadequação de sua postura funcional, posto que ainda que de fato esteja acometido por hérnia escrotal, certo é que a situação não foi adequadamente noticiada ao ente público réu, que então promoveu os descontos em seu contracheque como decorrência de suas faltas injustificadas, não havendo se falar, assim, em configuração de dano moral indenizável.

Posto isso, conheço da remessa necessária e do recurso de apelação e nego-lhes provimento. Em razão do não provimento do recurso voluntário, majoro os honorários sucumbenciais para 17 % (dezessete por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85, § 11 do CPC, permanecendo a exigibilidade, contudo, suspensa, por litigar o autor sob os auspícios da gratuidade.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

Campo Grande, 14 de novembro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0833889-74.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – DANO MORAL – NÃO COMPROVAÇÃO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Configura exercício regular do direito a apuração de denúncia através de procedimento administrativo desde que não haja excesso e respeitado o contraditório e a ampla defesa.

Não demonstrado o ato ilícito, na medida em que a atitude das apeladas não extrapolou os limites de seu regular exercício do direito, não se há falar em indenização por danos morais.

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, 10 de outubro de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Milton Cáceres Junior interpõe apelação contra a sentença do juízo da 15ª vara cível da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada contra UEB - Região Escoteira do Mato Grosso do Sul - Direção Regional e outro, julgou improcedente sua pretensão, condenando-o ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, estes fixados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da causa, cuja exigibilidade ficou suspensa nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

O apelante, em suas razões (f. 239-247), sustenta que o seu ânimo psíquico foi afetado, o que ficou demonstrado pelos vários pedidos de licença de seu serviço com indicação médico-psiquiátrica, deixando *"bem claro que o recorrente não se encontrava em boas condições psíquicas e emocionais para o bom desempenho de suas atividades laborais na época de desfecha das acusações"*.

Defende que restou inequívoco o abalo moral suportado diante de acusação por ele sofrida e posteriormente absolvido no processo administrativo.

Alega que ficou caracterizado o dano através da ação e omissão da Comissão de Ética e Disciplina Regional UEB/MS, e o nexo causal entre a ação e omissão e o dano.

Pugna pelo provimento do recurso para que sejam as apeladas condenadas a indenizar o apelante pelos danos morais suportados.

Contrarrazões às f. 249-260.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Milton Cáceres Junior interpõe apelação contra a sentença do juízo da 15ª vara cível da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada contra UEB - Região Escoteira do Mato Grosso do Sul - Direção Regional e outro, julgou improcedente a pretensão do autor, condenando-o ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, estes fixados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da causa, cuja exigibilidade ficou suspensa nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

O apelante, em suas razões (f. 239-247), sustenta que o seu ânimo psíquico foi afetado, o que ficou demonstrado pelos vários pedidos de licença de seu serviço com indicação médico-psiquiátrica, deixando *"bem claro que o recorrente não se encontrava em boas condições psíquicas e emocionais para o bom desempenho de suas atividades laborais na época de desfecha das acusações."*

Defende que restou inequívoco o abalo moral suportado diante de acusação por ele sofrida e posteriormente absolvido no processo administrativo.

Alega que ficou caracterizado o dano através da ação e omissão da Comissão de Ética e Disciplina Regional UEB/MS, e o nexo causal entre a ação e omissão e o dano.

Pugna pelo provimento do recurso para que sejam as apeladas condenadas a indenizar o apelante pelos danos morais suportados.

O autor narra na inicial que em 21/11/2012 a pessoa denominada Rosa Maria Varella o denunciou na Delegacia Especializada de Proteção à Criança e ao Adolescente por suposta perturbação da tranquilidade, tendo como vítimas as filhas da então denunciante.

Esclarece que em razão da denúncia, antes do início da ação penal, as apeladas instauraram procedimento disciplinar para averiguação de culpabilidade, não lhe dando oportunidade do contraditório e ampla defesa, uma vez que sua defesa preliminar não foi juntada ao processo administrativo e tampouco analisada pela Comissão de Ética, o que lhe trouxe incômodos que extrapolam o mero aborrecimento.

A apelada União dos Escoteiros prevê em seu Estatuto Social e demais atos normativos, dentre eles a Resolução n.º 03.2008 que:

> *Art. 18 - As irregularidades atribuídas aos Associados da UEB, ou pessoas equiparadas na forma de que trata o Estatuto e esta Resolução, serão apuradas em Processo Disciplinar, observado o contraditório e a ampla Defesa.*

Percebe-se do citado artigo que o associado ou a ele equiparado, diante de supostas irregularidades que lhe forem atribuídas, responderá a procedimento administrativo disciplinar para apuração dos fatos, não havendo qualquer irregularidade na sua instauração.

Percebe-se que após a instauração do procedimento administrativo a defesa administrativa do apelante foi recebida e anexada naqueles autos (f. 150-151), respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, ao contrário do que afirmou o autor apelante.

Restou comprovado, ainda, que o autor, ao ser intimado da instauração do procedimento administrativo, foi advertido que deveria apresentar, juntamente com a sua defesa, as provas testemunhais que pretendesse produzir (f. 148), tendo limitado a sua defesa na negativa dos fatos.

Desta forma, a instauração de procedimento disciplinar para averiguação de fatos decorrentes de denúncia trata-se de exercício regular de um direito, estando ausente um dos requisitos da reparação civil, qual seja, o ato ilícito, o que afasta a possibilidade de reparação moral, já que o artigo 188 do Código Civil reconhece como ato capaz de afastar o ilícito o *"exercício regular de um direito reconhecido"*.

Haveria dano moral se houvesse a demonstração de possível excesso cometido pelas apeladas durante o procedimento administrativo, o que não ocorreu no caso.

Se a ideia de ato ilícito decorre do procedimento antijurídico ou de contravenção a uma norma de conduta preexistente, imperiosa se faz a conclusão de que não pode haver ato ilícito quando, mesmo havendo dano, este decorreu do exercício regular de um direito reconhecido.

Neste sentido colaciono a jurisprudência deste Tribunal:

> *APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ILEGITIMIDADE PASSIVA – MANTIDA – MÉRITO – DANO MORAL – EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL – EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO – ART. 188, I, DO CC – RECONVENÇÃO – FALTA DE PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DO RECONVINTE (ART. 333, I, DO CPC) – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. Para que ocorra a legitimidade ad causam, deve haver um vínculo entre os sujeitos da demanda (autor e réu) e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Ou seja, para que o autor seja parte legítima é fundamental que haja uma ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo, enquanto ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor. Assim, devem ser excluídas as partes que atuaram na controvérsia apenas como testemunhas. Para a caracterização do dever de indenizar por dos danos morais, exige-se a presença de três requisitos, quais sejam, conduta culposa ou dolosa do agente, nexo causal e dano. A representação feita em face de servidor público para apuração de eventual infração funcional arquivada por ausência de provas, constituiu exercício regular de um direito e, conforme o art. 188, I, do CC, excluí a responsabilidade civil afastando qualquer possibilidade de configuração de dano moral. Não exsurge o dever de indenizar com relação a parte reconvinte que não se desincumbir de seu ônus processual previsto no art. 333 do CPC, qual seja de que cabe a ela a prova com relação ao fato constitutivo de seu direito. Ausente o requisito do dano, delineado no artigo 186 do Código Civil, não há que se falar em dever de indenizar. Recursos conhecidos e improvidos.* (TJMS, Apelação Cível nº 2010.019836-8, 3ª Turma Cível, Rel. Oswaldo Rodrigues de Melo, J. 26/07/2010).

> *AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – COMUNICAÇÃO DE FATO ILÍCITO ÀS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (DETRAN) – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – ABUSO NÃO CARACTERIZADO – IMPROVIDO. Segundo precedentes jurisprudenciais, a comunicação de fato ilícito à autoridade administrativa ou mesmo policial consubstancia exercício regular de direito. Não demonstrado o abuso do direito, não há falar em reparação civil.* (TJMS, Agravo Regimental em Apelação Cível - Ordinário - N. 2006.019631-6, 5ª Turma Civel, Rel. Sideni Soncini Pimentel, J. 05/03/2009).

Trago, também, acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. INCONFORMISMO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem. 3. O Tribunal de origem concluiu, com base nos elementos de convicção do autos, que não ficou configurado dano moral, pois o processo administrativo disciplinar revestia-se de legalidade, bem como a transferência efetuada. 4. Assim, insuscetível de revisão, nesta via recursal, o referido entendimento, por demandar reapreciação de matéria fática. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.* (STJ - AgRg no AREsp 403.391/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 19.11.2013, DJe 27.11.2013).

Nessa esteira, tenho que a conduta das rés não está imbuída de dolo ou má-fé, representando apenas exercício regular de seu direito, sem restar demonstrada qualquer extrapolação ou abuso que impusesse o dever de indenizar.

Ausente o primeiro elemento da responsabilidade civil, qual seja, a ilicitude de conduta, não há se falar em condenação das rés no pagamento de indenização por danos morais ao autor.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Diante do desprovimento do recurso e levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, majoros os honorários advocatícios de 10 % (dez por cento) para 12 % (doze por cento) sobre o valor da causa (R$ 100.000,00) nos termos do art. 85, § 11, do CPC, cuja exigibilidade ficará suspensa nos termos do art. 98, § 3º, do CPC, salvo prova de ter o vencido possibilidade de solver essa obrigação, a ser feita na fase de cumprimento da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

Campo Grande, 10 de outubro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1410018-95.2017.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INICIAL RECEBIDA – INSURGÊNCIA APRESENTADA POR UM DOS INTEGRANTES DO POLO PASSIVO – PRESCRIÇÃO – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – PRETENSÃO IMPRESCRITÍVEL – PREJUDICIAL AFASTADA – MÉRITO – DEFEITOS DA PEÇA INAUGURAL NÃO DETECTÁVEIS *PRIMA FACIE* – ATO ÍMPROBO – MATÉRIA MERITÓRIA NÃO ANALISADA PELO JUÍZO SINGULAR – JULGAMENTO *PER SALTUM* – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO EM PARTE; NA PARTE CONHECIDA, NEGA-SE PROVIMENTO.

Não há meios de estancar em seu nascedouro ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público visando apuração de ato ímprobo e consequente ressarcimento ao erário. Isto porque a questão, notadamente nesta última hipótese, é admitida pela doutrina e jurisprudência como imprescritível. Em relação aos demais aspectos objeto de insurgência, estes se referem ao mérito da ação, sendo inviável aprecia-los nesta oportunidade, sob pena de supressão de instância.

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, rejeitar a prejudicial, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de novembro de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Guilherme Augusto Ciner de Toledo agrava da decisão que recebeu a inicial da Ação Civil Pública n.º 0802782-49.2015.8.12.0021 ajuizada contra si e outros pelo Ministério Público Estadual.

Alega equívoco do juiz *a quo* no recebimento da inicial e determinação de processamento da ação civil pública pela qual lhe atribui conduta omissa em relação a contrato de cessão de uso da borda do reservatório Jupiá porque: encontra-se prescrita nos termos do inciso I do art. 23 da Lei n.º 8.429/92 posto que, segundo a inicial, os fatos ocorreram em 2002 e o agravante desligou-se da CESP em 15.10.2010, após aprovação em reunião do Conselho da CES; a petição não preenche requisitos, dada a ausência de demonstração do suposto ato de improbidade que lhe é atribuído e do elemento subjetivo consubstanciado no dolo apto a provocar efetivo prejuízo ao erário; o acordo em si, celebrado pela CESP com os desapropriados para apoderar-se da área declarada de utilidade pública visou avançar no projeto de especial relevância,

poupar tempo e mesmo recursos sem ferir qualquer dispositivo de lei ou princípio administrativo (f. 10) e a cessão posterior com os mesmos não foi gratuita, circunstância, inclusive, reconhecida pelo juízo nos Autos n.º 021.07.002040-0.

Diz que as medidas judiciais de imissão na posse adotadas pela CESP *a posteriori*, ainda que tardias, na concepção do juízo, não competiam à Presidência da CESP e tampouco podem ser imputáveis pessoalmente ao agravante notadamente porque as deliberações foram aprovadas pela Diretoria da empresa nos termos da normativa vigente sendo incabível após transcurso de tantos anos da celebração do ato, questionar quais os fatos de que cada membro da diretoria tinha ou tem conhecimento (f. 11).

Registra que, mesmo que tivesse se omitido isso não acarretaria, por si só, a caracterização de um ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92, uma vez que não se demonstrou a existência nem mesmo de indícios do imprescindível elemento volitivo, a ensejar a violação dos princípios constitucionais da Administração Pública (f. 11) quiçá dolo específico, situação de fácil aferição com a leitura da inicial.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo.

O agravado, em resposta ao recurso (f. 27-36), opõe-se ao seu provimento salientando que é entendimento jurisprudencial consolidado que em ações desta natureza o recebimento é imperioso em razão da aplicação do princípio *in dubio pro societate,* notadamente quando na espécie a inicial não traz entraves outros que impeça a processabilidade e os fatos nela narrados contém indicios de improbidade que merecem ser investigados, além de ser imprescritíveis quando seu desiderato tem ressarcimento de dano ao erário.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

O agravo interposto por Guilherme Augusto Ciner de Toledo tem por fim barrar a processabilidade da Ação Civil Pública n.º 0802782-49.2015.8.12.002, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, para apuração de ato de improbidade.

A motivação, como noticiado no relatório, é a prescrição, alicerçada no inciso I do art. 23 da Lei n.º 8.429/92, em razão dos atos narrados na inicial se referirem a fatos ocorridos em 2002 e ter o recorrente se desligado da CESP em 15.10.2010, após aprovação em reunião do Conselho da CESP.

Além da prescrição, aponta vícios na inicial consubstanciados na ausência de demonstração do suposto ato de improbidade que lhe é atribuído, assim como do elemento subjetivo (dolo) apto a provocar efetivo prejuízo ao erário, já que o acordo em si, celebrado pela CESP com os desapropriados, para apoderação da área declarada de utilidade pública, objetivou avançar no projeto de especial relevância, poupar tempo e mesmo recursos, sem ferir qualquer dispositivo de lei ou princípio administrativo (f. 10), salientando que a cessão posterior não foi gratuita, circunstância, inclusive, reconhecida nos Autos n.º 021.07.002040-0.

Diz que as medidas judiciais de imissão na posse adotadas pela CESP *a posteriori*, ainda que tardias, na concepção do juízo, não competiam à Presidência da CESP e tampouco podem ser imputáveis pessoalmente ao agravante notadamente porque as deliberações foram aprovadas pela diretoria da empresa nos termos da normativa vigente, indicando ser incabível, após transcurso de tantos anos da celebração do ato, questionar quais os fatos de que cada membro da Diretoria tinha ou tem conhecimento (f. 11).

Registra que, mesmo que tivesse se omitido, isso não acarretaria, por si só, a caracterização de um ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92, uma vez que não se demonstrou a existência nem mesmo de indícios do imprescindível elemento volitivo, a ensejar a violação dos princípios constitucionais da Administração Pública (f. 11), quiçá dolo específico, situação de fácil aferição através da leitura da inicial.

Prejudicial de prescrição

No tocante a prescrição, há consolidação jurisprudencial quanto à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento, razão pela qual não se verifica sustentabilidade neste particular da pretensão recursal.

Sim, tratando-se de ressarcimento ao erário, a pretensão do autor é imprescritível. Caso contrário haveria o nefasto enriquecimento sem causa, comprometendo sobremaneira a administração pública.

Neste sentido veja-se precedentes recentes do STJ:

> *(...) 3. O STJ possui o entendimento consolidado de que o prazo prescricional para as ações de improbidade administrativa é, em regra, de cinco anos, ressalvando-se a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. Assim, no caso de agente político detentor de mandado eletivo ou de ocupantes de cargos em comissão e de confiança inseridos no polo passivo da ação, inicia-se a contagem do prazo com o fim do mandato, nos termos do art. 23, I, da Lei 8.429/1992. A propósito: AgRg no REsp 1.411.699/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.2.2015.* (...) (STJ, REsp 1660385 / RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 05/10/2017).

> *RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL PARA PROPOSITURA DA AÇÃO. REELEIÇÃO. TERMO A QUO. ART. 23 DA LEI Nº 8.429/1992. TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO. 1. O objetivo da regra estabelecida na LIA para contagem do prazo prescricional é impedir que os protagonistas de atos de improbidade administrativa - quer agentes públicos, quer particulares em parceria com agentes públicos - explorem indevidamente o prestígio, o poder e as facilidades decorrentes de função ou cargo públicos para dificultar ou mesmo impossibilitar as investigações. 2. Daí porque é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o prazo prescricional previsto no art. 23, I, da Lei 8.429/1992, nos casos de reeleição, tem como termo inicial o encerramento do segundo mandato, em que se dá a cessação do vínculo do agente ímprobo com a Administração Pública. 3. Não bastasse, nos moldes da jurisprudência desta Corte, é imprescritível a pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa, único pedido formulado pelo autor da subjacente ação civil pública. 4. Recurso especial a que se nega provimento.* (STJ, REsp 1630958 / SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator(a) p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 19/09/2017).

Desta forma, afasto a prejudicial de prescrição.

Mérito

Em relação ao defeito da inicial, tem-se que todas as ações cíveis seguem o regramento do CPC, mais precisamente do art. 319, que estabelece a necessidade de indicação do fato e os fundamentos jurídicos do pedido; pedido com as suas especificações; valor da causa; provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Ao consultar os autos originários não percebi vícios que maculem a inicial, mesmo porque, ainda que houvessem, poderia a peça ser emendada antes de ser indeferida.

Logo, tal argumento também não se sustenta.

As demais questões ventiladas, ao contrário do que alega o agravante, não são passíveis de aferição *prima facie*. Inserem-se no contexto meritório da ação e somente com o curso processual, instauração do contraditório, produção de provas e análise respectiva, poderá o juízo *a quo* decidir pela procedência ou não do pleito ministerial.

De mais a mais, ação desta natureza, segundo estabelece o § 6º do art. 17 da Lei 8.429/92, permite processabilidade a partir do momento em que a inicial estiver instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Logo, sem razão o agravante quanto à pretensão de estancar em seu nascedouro a ação civil pública contra si ajuizada.

Como ressaltou a juíza na decisão agravada:

> *(...) No que se refere à preliminar de inépcia da inicial, sob o argumento de que nenhuma das alegações formuladas pelo Parquet tipificam atos de improbidade administrativa, já que exigem demonstração de dolo específico, consistente na intenção de lesar o patrimônio público, tenho que também não merece acolhida.*
>
> *Primeiro, porque os argumentos apresentados em tal preliminar confundem-se com o mérito e com ele serão analisados. Segundo, porque o Código de Processo Civil traz em seu bojo, especificamente no art. 330, as hipóteses em que será indeferida a petição inicial, in verbis:*
>
> *Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:*
>
> *I - for inepta;*
>
> *II - a parte for manifestamente ilegítima;*
>
> *III - o autor carecer de interesse processual;*
>
> *IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321.*
>
> *§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:*
>
> *I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;*
>
> *II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se*
>
> *permite o pedido genérico;*
>
> *III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;*
>
> *IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.*
>
> *No caso em tela, a petição inicial contém pedido e causa de pedir bem delineados, assim como da narração dos fatos é perfeitamente possível concluir o que se pede, não havendo, por fim, pedidos incompatíveis entre si, de forma que o reconhecimento da preliminar neste momento processual ofenderia a garantia constitucional do devido processo legal.*

> *O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu que "não se configura inépcia da inicial se a petição contiver a narrativa dos fatos configuradores, em tese, da improbidade administrativa e, para o que importa nesta demanda, do prejuízo aos cofres públicos"* (REsp 964.920/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 13.03.2009).
>
> *Com efeito, as condições da ação de improbidade se fazem presentes, sendo que o interesse de agir encontra-se fundado em supostos atos que tenham causado prejuízo ao erário, não sendo a alegação dos Requeridos, argumento suficiente para produzir a extinção do feito sem julgamento do mérito.*
>
> *Ora, a configuração de ato de improbidade administrativa depende de revolvimento do conjunto probatório constante nos autos e de eventuais provas a serem oportunamente produzidas, de forma que acolher nesse momento processual tal tese defensiva levaria à tolher de maneira arbitrária a pretensão autoral, desrespeitando princípios inerentes ao Estado de Direito e ao sistema constitucional como um todo.*
>
> *Demais a mais, uma das condições da ação, o interesse processual, reveste-se do binômio utilidade e necessidade, de forma que para a propositura da demanda judicial se faz necessário a demonstração, mesmo que perfunctória, de que o provimento judicial produzirá efeitos práticos no sentido de atender à pretensão autoral, bem como de que é necessário a intervenção do Poder Judiciário para que o autor tenha sua pretensão atendida.*
>
> *Por fim, sendo a alegação de ausência de dolo ou culpa fundamento que se confunde com o mérito, logo, será analisado no momento oportuno, razão pela qual a preliminar aventada não prospera.* (f. 5402-5403).

Quanto a ampla explanação feita pelo agravado nas contrarrazões em prol do ato ímprobo atribuído ao agravante, registro a impossibilidade de adentrar na matéria nesta oportunidade, pois tal proceder implica examinar questões ainda não apreciadas pelo juízo singular, configurando julgamento *per saltum* e até mesmo pré-julgamento da ação que está em sua fase inicial.

Posto isso, e com o parecer, conheço de parte do recurso; na parte conhecida, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, rejeitaram a prejudicial, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

Campo Grande, 07 de novembro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0003727-13.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – ACIDENTE DE TRÂNSITO – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CARÁTER PERMANENTE DA INVALIDEZ – RESP REPRESENTATIVO N.º 1388030/MG – DANO ESTÉTICO – CICATRIZ NA PERNA DIREITA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO NO PERÍODO ENTRE O ACIDENTE E O EXAME PERICIAL – TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL – DATA DO SINISTRO – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Consoante entendimento da Corte Superior, o termo inicial do prazo prescricional é da data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez.

Restou comprovado pelo laudo pericial que a única sequela resultante do acidente sofrido pela autora-apelante, foi o dano estético advindo da cicatrização do trauma na perna direita.

Diante da ausência de comprovação de tratamento médico-hospitalar, deve prevalecer como termo inicial para o cômputo do prazo prescricional a data do acidente de trânsito, mesmo porque o contrário impossibilita a verificação do nexo de causalidade existente entre o acidente de trânsito e as lesões suportadas pela vítima.

Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de dezembro de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Sandra Cristal Peres contra a sentença de f. 324-8, que reconheceu a ocorrência da prescrição, nos autos da ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos e lucros cessantes por ela ajuizada contra Olímpio da Silva e Abílio Leite de Barros, em decorrência de acidente de trânsito.

Alega, em síntese, que o termo inicial para a contagem da prescrição, dá-se a partir da ciência inequívoca da incapacidade.

Na mesma linha, sustenta que não basta ter ocorrido o acidente, sendo indispensável a ocorrência deste importar em sequelas permanentes que somente possam ser apuradas depois de terminado o tratamento médico.

Pede o conhecimento e provimento do recurso, a fim de afastar a preliminar da prescrição e, consequentemente, remeter os autos à origem para prosseguimento do feito.

Devidamente intimados, somente o apelado (Abílio Leite de Barros) apresentou contrarrazões às f. 351-4, onde pugna pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Sandra Cristal Peres contra a sentença de f. 324-8, que reconheceu a ocorrência da prescrição, nos autos da ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos e lucros cessantes por ela ajuizada contra Olímpio da Silva e Abílio Leite de Barros, em decorrência de acidente de trânsito.

Alega, em síntese, que o termo inicial para a contagem da prescrição, dá-se a partir da ciência inequívoca da incapacidade.

Na mesma linha, sustenta que não basta ter ocorrido o acidente, sendo indispensável a ocorrência deste importar em sequelas permanentes que somente possam ser apuradas depois de terminado o tratamento médico.

Pede o conhecimento e provimento do recurso, a fim de afastar a preliminar da prescrição e, consequentemente, remeter os autos à origem para prosseguimento do feito.

Devidamente intimados, somente o apelado (Abílio Leite de Barros) apresentou contrarrazões às f. 351-4, onde pugna pela manutenção da sentença.

É de se ressaltar, inicialmente, que a r. sentença objeto do recurso de apelação foi proferida em 31.07.2015, tendo sido as partes intimadas desta em 04.09.2015, conforme contido às f. 329, ou seja, a r. decisão *a quo* foi proferida e publicada ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual não se aplica à ela as disposições trazidas pela Lei n.º 13.105/2015, vigente a partir de 18.03.2016, dentre as quais se encontra a possibilidade de arbitramento de honorários sucumbenciais recursais.

Pois bem. Consta dos autos que no dia 24 de maio de 2003, no Município de Rio Negro, a apelante encontrava-se na calçada quando foi atingida por um maquinário agrícola.

A autora adentrou com a presente demanda para se ver ressarcida dos danos materiais causados pleiteando, ainda, a condenação dos requeridos/apelados à indenização a título de danos morais e lucros cessantes, bem como ao pagamento de pensão mensal vitalícia.

Na sentença recorrida, o juízo *a quo* reconheceu a prescrição do fato, *verbis*:

> *Ante o exposto, transcorrido lapso superior a três anos entre a data do acidente e a propositura desta demanda, aplico, in casu, o brocardo dormientibus non sucurrit jus (o direito não socorre aos que dormem) e, nos termos do artigo 269, IV, e artigo 329, ambos do Código de Processo Civil, reconheço a ocorrência da prescrição da pretensão e, por consequência, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, ante as razões declinadas.*

> *Pela sucumbência, condeno a parte autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários periciais, bem como dos honorários advocatícios, que fixo, moderadamente, em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), atendendo aos critérios do artigo 20, §§3 e 4º, do Código de Processo Civil, considerando a natureza da causa.*
>
> *Salienta-se que a exigibilidade da cobrança ficará suspensa, nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50.*

Irresignada, alega a apelante que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional dá-se a partir da ciência inequívoca da incapacidade.

Na mesma linha, sustenta que não basta ter ocorrido o acidente, sendo indispensável a ocorrência deste importar em sequelas permanentes que somente possam ser apuradas depois de terminado o tratamento médico.

Em que pese a insurgência da apelante, tenho que a sentença objurgada não merece reparos.

Não há dúvida de que o prazo prescricional aplicável ao caso é o trienal, consoante disposto no artigo 206, § 3.º, inciso IX, do Código Civil, ratificado pelo enunciado da Súmula n.º 405, do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, é jurisprudência pacífica que o termo *a quo* para a contagem desse prazo prescricional é da ciência inequívoca da incapacidade laboral, conforme enunciado da Súmula n.º 278, também do STJ.

Muito se constata, na prática, que a inércia de comprovação da parte sobre eventual tratamento médico ou outros fatores para a "ciência inequívoca" da suposta invalidez têm sobrecarregado sobremaneira o Judiciário, dando guarida para que infinitas ações sejam realmente consideradas "imprescritíveis", já que dependentes de laudo pericial confeccionado judicialmente.

Essa realidade foi considerada em diversos casos postos à apreciação desta Corte e cujo entendimento, inclusive, foi adotado por este Relator, como se verifica dos acórdãos exarados nos recursos AC 0808464-81.2011.8.12.0002, Rel. Des. Claudionor Miguel Abb Duarte, 4.ª Câmara Cível, julgado em 08/04/2014; AgRg em AC 0006253-48.2011.8.12.0021/5001, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 2.ª Câmara Cível, julgado em 14/01/2014; AC 0039375-78.2012, Rel. Des. Marcelo Câmara Rasslan; 1.ª Câmara, julgado em 20/05/2014.

Entretanto, esse posicionamento teve de ser modificado em razão do julgamento do representativo da controvérsia REsp repetitivo n.º 1388030/MG, no qual o STJ superou a presunção dessa ciência inequívoca, consoante se extrai da seguinte ementa:

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGURO DPVAT. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CARÁTER PERMANENTE DA INVALIDEZ. NECESSIDADE DE LAUDO MÉDICO. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez. 1.2. Exceto nos casos de invalidez permanente notória, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico, sendo relativa a presunção de ciência. 2. Caso concreto: Inocorrência de prescrição, não obstante a apresentação de laudo elaborado quatro anos após o acidente. 3. Recurso Especial desprovido.* (REsp 1388030/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 11/06/2014, DJe 01/08/2014).

Posteriormente, esta orientação foi alterada nos seguintes termos:

> *PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. OCORRÊNCIA. SANEAMENTO DO 'DECISUM'. 1 - ALTERAÇÃO DA TESE 1.2 DO ACÓRDÃO EMBARGADO NOS SEGUINTES TERMOS: "1.2. Exceto nos casos de invalidez permanente notória, ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico. 2 - Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes.* (EDcl no REsp 1388030/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 27/08/2014, DJe 12/11/2014)g.n.

No caso em tela, restou comprovado pelo laudo pericial de f. 179-87, que a única sequela resultante do acidente sofrido pela autora-apelante, foi o dano estético resultante da cicatrização do trauma na perna direita.

Ademais, o perito *expert* esclareceu que:

> *Do acidente resultou trauma na perna direita + trauma torácico + trauma lombar + cefaleia pós traumática, conforme histórico e prontuário hospitalar anexado nas fls. 153 e 154.*
>
> *Do trauma torácico, houve tratamento medicamentoso; e não existem queixas ou sequelas resultantes.*
>
> *Do trauma lombar, houve tratamento medicamentoso. Do tratamento houve boa evolução, pois o exame físico é normal, e não existem sequelas resultantes.*
>
> *Da cefaleia pós trauma, houve tratamento medicamentoso; e atualmente a periciada refere cefaleia (dor de cabeça) ocasional, entretanto apresenta eletroencefalograma (fl. 78) e tomografia computadorizada (anexada a este laudo) sem alterações; ou seja não existem indícios de sequela neurológica resultante.*
>
> *Do trauma na perna direita, houve tratamento com curativo e medicamento. Clinicamente a periciada não apresenta atrofias, edemas, bloqueios articulares, deformidades ou desvios do eixo da perna. Desta lesão não existem sequelas resultantes.*
>
> *(...)*
>
> ***Atualmente**, tendo em vista exame físico + complementar, **a periciada não apresenta limitação funcional resultante do trauma narrado na inicial.***
>
> ***A única sequela resultante do trauma acidentário, é o dano estético da cicatrização do trauma da perna direita.***
>
> *O dano estético pode ser classificado como mínimo (entre mínimo, médio e máximo), e poderá ser revertido com cirurgia plástica.* g.n.

No caso em apreço, a autora não trouxe quaisquer documentos que comprovem que procurou tratamento médico, referente ao dano estético acometido na perna direita, e os vários exames juntados com a exordial, referem-se ao tornozelo direito que não foi um trauma resultante do sinistro ocorrido, conforme conclusão do laudo pericial nesse sentido (item 7 – f. 186).

Desse modo, ainda que o STJ reconheça que o prazo prescricional deve ser computado a partir da data da ciência inequívoca da incapacidade laboral, isso não significa dizer que o interessado poderá, ao seu bel-prazer, escolher a época para realização do laudo/exame, não havendo como se afastar a prescrição da ação.

Logo, considerando que o único dano sofrido pela autora, foi o dano estético, qual seja, a cicatriz da perna direita, e não existindo quaisquer documentos que demonstrem que a parte autora realizou ou tentou realizar tratamentos médicos, tampouco ficou configurada a existência de qualquer invalidez, é de se

verificar a ocorrência da prescrição.

Nesse sentido:

> *AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO NO PERÍODO ENTRE O ACIDENTE E O EXAME PERICIAL. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. DATA DO SINISTRO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA (...) 2. A jurisprudência se consolidou no sentido de que o marco inicial do prazo da prescrição somente se inicia quando houver inequívoca ciência por parte do beneficiário, da consolidação de sua lesão, a gerar a incapacidade, conforme a Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça, o que no caso em exame, consubstancia-se pelo conhecimento prévio do autor do fato gerador do direito de indenização deduzido na inicial. 3.* ***A perícia médica deve ser providenciada à época do acidente ou até o prazo prescricional de propositura da ação, sob pena de admitir-se a possibilidade de realizar o referido exame a qualquer tempo, preterindo a concretização da prescrição para momento incerto, escolhido pelo próprio beneficiário do seguro, o que não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico.*** *4.* ***Não há elementos que evidenciem a submissão a tratamento médico de reabilitação entre a data do acidente e a elaboração do laudo confirmatório da invalidez pelo Instituto Médico Legal, o que faz prevalecer, como termo inicial do prazo prescricional, a data do sinistro, restando caracterizada a prescrição.*** *5. 1ª Apelação prejudicada. 6. 2ª Apelação conhecida e provida. 7. Unanimidade.* (TJ-MA - APL: 0094032015 MA 0000984-72.2013.8.10.0131, Relator: Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe, Data de Julgamento: 09/11/2015, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/2015 - destaquei).

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. SENTENÇA QUE RECONHECEU A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. FORMAL INCONFORMISMO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. LAPSO TEMPORAL DE QUASE 4 ANOS ENTRE O EVENTO DANOSO E A REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO MÉDICA QUE AFERIU A INVALIDEZ PERMANENTE. AUSÊNCIA DE PROVAS DE TRATAMENTO MÉDICO NESTE PERÍODO. AVALIAÇÃO QUE NÃO SE PRESTA A ATESTAR A DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ PERMANENTE. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. DATA DO EVENTO DANOSO. PRESCRIÇÃO OCORRIDA NO ANO DE 2010. AÇÃO INTERPOSTA NO ANO DE 2011. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1.* ***Passaram-se quase 4 anos entre o evento danoso e a avaliação efetuada e não há nos autos qualquer documento que comprove que a recorrida tenha, nesse período, feito qualquer tratamento que indicasse a possibilidade de reversão de seu estado. Desta forma, não há como alegar que a ciência inequívoca de sua invalidez permanente ocorreu no momento de referida avaliação.*** (TJ-PR 9485836 PR 948583-6 (Acórdão), Relator: D'artagnan Serpa Sa, Data de Julgamento: 20/09/2012, 9ª Câmara Cível - destaquei).

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. RECURSO DO AUTOR. ALEGADA INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO PREVISTA NO ART. 206, § 3º, IX, DO CC. PRETENSÃO AFASTADA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 405, DO STJ. LAPSO ENTRE A DATA DO ACIDENTE E A CONFECÇÃO DO LAUDO PELO IML DE MAIS DE QUATRO ANOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO CONTÍNUO DURANTE ESTE INTERREGNO. MARCO INICIAL, IN CASU, CONTADO DA DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ DO BENEFICIÁRIO, OCORRIDA NO DIA DO ACIDENTE. PROPOSITURA DA AÇÃO APÓS O TRIÊNIO. PRESCRIÇÃO FLAGRANTE. DECISÃO MANTIDA. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO. "O marco inicial para a incidência do prazo prescricional, nos casos de seguro obrigatório, é a ciência inequívoca da incapacidade laboral. Todavia, não comprovado tratamento contínuo, que possa caracterizar a ciência da incapacidade*

> *em momento posterior ao do acidente, com o Boletim de Ocorrência e o laudo médico, baseados em relatos da vítima, terem sido solicitados depois de anos da ocorrência do sinistro, o dies a quo deve ser aquele do acidente. Proposta a ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT, quando decorrido o lapso de 3 (três) anos, com contagem a partir da data do sinistro, pertinente o reconhecimento da prescrição da pretensão indenizatória do Autor". (AC n. 2012.042431-7, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 21.11.2013).* (TJ-SC - AC: 20110421387 SC 2011.042138-7 (Acórdão), Relator: Gerson Cherem II, Data de Julgamento: 02/07/2014, Primeira Câmara de Direito Civil.)

Assim, partilho dos posicionamentos acima mencionados no sentido de que, na hipótese de confecção de atestado ou laudo tardio, torna-se imprescindível a comprovação de que, após o acidente, a vítima submeteu-se a tratamento de saúde objetivando a sua recuperação durante certo tempo até o laudo final de sua incapacidade definitiva.

Diante da ausência de comprovação de tratamento médico-hospitalar, tampouco da existência de qualquer invalidez da apelante decorrente do sinistro, deve prevalecer como termo inicial para o cômputo do prazo prescricional, a data do acidente de trânsito, mesmo porque o contrário, impossibilita a verificação do nexo de causalidade existente entre o acidente de trânsito e as lesões suportadas pela vítima.

Ante o exposto, conheço o recurso interposto e a ele nego provimento.

Mantenho a sentença, tal como prolatada.

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. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0039880-06.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – PROMOÇÃO *POST MORTEM* – REVISÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO – POSSIBILIDADE – DIREITO DE RECEBER A PENSÃO NO VALOR CORRESPONDENTE À NOVA GRADUAÇÃO DO POLICIAL FALECIDO – REEXAME NECESSÁRIO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

A promoção *post mortem* encontra previsão na legislação que rege a matéria, não havendo que se falar em inconstitucionalidade da referida norma, uma vez que existe a ressalva constitucional de que cabe aos Estados legislar sobre referida assunto, não restando demonstrada violação aos princípios constitucionais e gerais da previdência social.

Considerando que a promoção *post mortem* retroagiu à data do falecimento do policial, a pensão deve corresponder à totalidade da remuneração percebida pelo segurado quando de seu óbito (40, § 7.º, inciso I, da CRFB/88).

Em razão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nas ADI's n.º 4357 e 4425, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser mantida a aplicação integral da regra prevista no art. 1º-F, da Lei n.º 9.494/97, até 25.03.2015, seja em relação aos juros, seja em relação à correção monetária, a qual passará a incidir pelo IPCA somente depois dessa data.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de outubro de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação contra a sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais da ação revisional de pensão cumulada com cobrança, ajuizada por Isana Yamashita Mariano, e o condenou a implementar pensão por porte com proventos correspondentes ao de Cabo da Polícia Militar, em razão da promoção *post mortem*.

Alega, em síntese, que o pagamento quanto a pensão por morte alusiva à promoção *post mortem* é inconstitucional e ilegal.

Narra que a Constituição Federal e a Lei Geral da Previdência Social não contemplam a possibilidade de aumento da remuneração na passagem para a inatividade, tampouco o aumento de proventos de pensão por morte derivados de eventual promoção *post mortem* em relação a cargo ou função não desempenhada pelo servidor em vida.

Em caso de manutenção da sentença, pede a reforma quanto a fixação do índice de correção monetária e juros de mora, de modo que seja aplicado o índice TR até a efetiva inscrição em precatório e juros simples aplicáveis à caderneta de poupança, tendo em visto que o STF definiu a inconstitucionalidade da utilização da TR apenas quanto ao período posterior à inscrição do crédito em precatório.

Contrarrazões às f. 167-74, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação contra a sentença que, nos autos da ação revisional de pensão cumulada com cobrança, ajuizada por Isana Yamashita Mariano, o condenou a implementar pensão por porte com proventos correspondentes ao de Cabo da Polícia Militar, em razão da promoção *post mortem.*

Alega, em síntese, que o pagamento quanto a pensão por morte alusiva à promoção *post mortem* é inconstitucional e ilegal. Em caso de manutenção da sentença, pede a fixação do índice de correção monetária e juros de mora pela TR até a efetiva inscrição em precatório e juros simples aplicáveis à caderneta de poupança, apenas após o período posterior à inscrição do crédito em precatório.

Conforme verifico dos autos, a autora é beneficiária de pensão em decorrência do falecimento de seu companheiro - soldado da policial militar -, ocorrido em 13.06.2007, e que apesar da promoção *post mortem* à graduação de Cabo QPPM concedida a contar da data do óbito, ainda recebe pensão com valor proporcional ao cargo de soldado.

De início, não há falar em inconstitucionalidade da promoção *post mortem* e pagamento de pensão de acordo com o valor dos subsídios do novo cargo, ao argumento de que compete a União legislar sobre normas gerais de previdência, pois o artigo 24, XII[1], da Constituição Federal, prevê a competência concorrente para legislar sobre previdência social.

Ademais, o art. 42, § 2.º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, é expresso no sentido de que *"aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal"*.

No caso, a promoção *post mortem* encontra-se prevista na legislação estadual (art. 56, da LC Estadual n.º 53/90, e no art. 9.º, do Decreto Estadual n.º 10.769/02), e seus efeitos retroagem à data do óbito do Policial Militar falecido. Veja-se:

> *Art. 56. As promoções serão efetuadas pelo critério de antiguidade, de merecimento, de tempo de serviço, ou ainda, por bravura e postmortem. (...)*
>
> *§ 4.° O policial militar que vier a falecer em consequência de ferimento recebido em serviço, comprovado mediante inquérito sanitário de origem, será promovido post mortem, à data do falecimento, ao posto ou graduação imediatamente superior.*

1 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)
XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

> *Art. 9.º A promoção post mortem é aquela que visa a expressar o reconhecimento do Estado ao graduado falecido no cumprimento do dever ou em consequência disto, ou reconhecer o direito do graduado, a quem cabia promoção não efetivada por motivo de óbito.*

Com efeito, nos art. 42 e 142, a Constituição Federal prevê que cabe à Lei Estadual a previsão sobre a estabilidade e outras condições para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, motivo pelo qual não há que se falar na inconstitucionalidade do art. 56, da Lei Complementar Estadual n.º 53/90 – norma que instituiu a promoção *post mortem*, não restando demonstrada a violação a princípios constitucionais ou previdenciários, motivo pelo qual afasto o argumento de inconstitucionalidade e ilegalidade da pensão *post mortem*.

Sobre o tema:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA PENSÃO POST MORTEM. PRELIMINARES AFASTADAS. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. PROMOÇÃO DE POLICIAL MILITAR POST MORTEM. REVISÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. DIREITO DA PENSIONISTA EM RECEBER O VALOR CORRESPONDENTE À NOVA GRADUAÇÃO DO POLICIAL FALECIDO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 40, § 7.º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. O Estado é parte legítima para figurar no polo passivo das demandas que objetivam a concessão de benefícios previdenciários, tendo em vista que a AGEPREV é agência vinculada à Secretaria de Estado de Administração, bem como pelo fato de que a concessão de aposentadoria é ato complexo, isto é, aquele que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. A promoção post mortem encontra previsão na legislação que rege a matéria, não havendo falar em inconstitucionalidade da referida norma, uma vez que existe a ressalva constitucional de que cabe aos Estados legislar sobre referido tema, o que afasta eventual violação aos princípios constitucionais e gerais da previdência social. O benefício da pensão deve corresponder à totalidade da remuneração recebida pelo falecido quando do óbito, consoante dispõe o artigo 40, § 7º, inciso I, da Constituição Federal. Comprovada a promoção post mortem de policial militar, a segurança deve ser concedida para assegurar à pensionista o direito ao valor do benefício da pensão, conforme a remuneração da nova patente, porquanto a promoção post mortem retroage à data do falecimento do policial.* (TJMS. Mandado de Segurança n. 1406453-26.2017.8.12.0000, Foro Unificado, 1.ª Seção Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 04/09/2017, p: 13/09/2017).

Quanto ao direito de receber o valor relativo ao novo cargo, o § 3.º do art. 40 da Constituição, esclarece que *"os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão"*.

Já o § 7.º da mesmo artigo determina que *"a Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3.º"*.

Assim, tendo em vista que a legislação estadual que instituiu a promoção *post mortem* não traz nenhuma regra restritiva de direito em relação aos efeitos financeiros de tal benefício, o benefício da pensão deve corresponder à totalidade da remuneração devida ao falecido quando de seu óbito, nos termos do art. 40, § 7.º, I, da CF.

Sobre o tema, o entendimento desta Corte:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – PROMOÇÃO POLICIAL MILITAR POST MORTEM – VALOR DO BENEFÍCIO – REMUNERAÇÃO CONFORME NOVA PATENTE – INTELIGÊNCIA ART. 40, § 7º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 01. O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade da remuneração recebida pelo falecido quando de seu óbito. Inteligência art. 40, § 7º, inciso I, da Constituição Federal. 02. A promoção post mortem com efeitos retroativos à data do falecimento confere o direito ao valor do benefício de pensão por morte conforme a remuneração da nova patente. Ordem concedida.* (TJMS. Mandado de Segurança n. 1408139-87.2016.8.12.0000, N/A, 3.ª Seção Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 21/11/2016, p: 22/11/2016).

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROMOÇÃO POST MORTEM CONCEDIDA ADMINISTRATIVAMENTE – PEDIDO DE REVISÃO DE PENSÃO – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LCE Nº 53/90 – AFASTADA – REVISÃO DEVIDA – BENEFÍCIO QUE DEVE SER CONCEDIDO COM BASE NA NOVA GRADUAÇÃO – ORDEM CONCEDIDA Os arts. 42 e 142 da Constituição Federal preveem que cabe à Lei Estadual legislar sobre a estabilidade e outras condições para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, motivo pelo qual não há que se falar na inconstitucionalidade do art. 56 da Lei Complementar Estadual n.º 53/90 – norma que instituiu a promoção post mortem. A legislação que instituiu a promoção post mortem não traz nenhuma regra restritiva de direito em relação aos efeitos financeiros de tal benefício, motivo pelo qual o benefício da pensão deve corresponder à totalidade da remuneração devida ao falecido quando de seu óbito, nos termos do art. 40, §7º, I, da CF. Ordem concedida.* (TJMS. Mandado de Segurança n. 1413945-06.2016.8.12.0000, Foro Unificado, 3.ª Seção Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 19/06/2017, p: 20/06/2017).

Por fim, no que tange aos juros e correção monetária, com o julgamento da ADI n.º 4.357/DF, em 14/03/2013, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial do § 12 incluído no art. 100 da CF pela EC n.º 62/09, com relação à vinculação da atualização monetária de débitos fazendários inscritos em precatórios aos índices oficiais de remuneração da caderneta de poupança e, por arrastamento, a inconstitucionalidade também do art. 5.º, da Lei n.º 11.960/09, que conferiu nova redação ao art. 1º-F, da Lei n.º 9.494/97.

Naquela ADI, definiu de forma expressa a respeito da aplicação sobre os precatórios e no dia 25/03/2015 e pronunciou-se sobre a modulação dos efeitos (ADI 4.425/DF), dando eficácia prospectiva a decisão, silenciando a respeito da extensão para os feitos ainda em trâmite.

Nossas Cortes de Justiça, assim como o STJ, acabaram por estender os efeitos para todas as condenações judiciais da Fazenda Pública, determinando já na fase de conhecimento que as dívidas sejam atualizadas nos termos definidos pelo STF.

Em razão de tal, aquela Corte Extraordinária, quando do exame do RE n.º 870.947/SE, de relatoria do Ministro Luiz Fux, acabou por reconhecer a a existência de repercussão geral da matéria.

Contudo, enquanto a Corte Suprema não define a extensão, por evidente que este órgão julgador não está vinculado a um ou outro posicionamento, salvo quando diz respeito ao precatório inscrito após a EC n.º 61/09.

Diante disso, no tange aos juros e correção monetária, a sentença também deve ser mantida, pois a controvérsia acerca do art. 1º-F, da Lei n.º 9.494/97, com redação da Lei n.º 11.960/2009, foi

solucionada pelo Supremo Tribunal Federal em 25.03.2015 com modulação dos efeitos das ações diretas de inconstitucionalidade n.º 4357 e 4425, de forma que, em resumo, até 29.06.2009 a atualização monetária deve corresponder pelos índices fornecidos pelos Tribunais e os juros de mora aplicados no percentual de 0,5% ao mês até 10.01.2003, e de 1% ao mês a partir de 11.01.2003.

Por sua vez, de 30.06.2009 a 25.03.2015 a correção monetária deve ser realizada pela TR e os juros nos moldes da caderneta de poupança, sendo que a partir de 25.03.2015 a atualização monetária deve ser feita pelo IPCA-E e os juros de mora nos termos da poupança.

Por tais razões, nego provimento ao recurso interposto por Estado de Mato Grosso do Sul, e em reexame necessário, também mantenho a sentença por seus próprios fundamentos, conferindo-lhe eficácia.

Incabível a aplicação do art. 85, § 11, do NCPC, eis que, independente do recurso voluntário, a sentença sujeita-se ao reexame necessário.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 03 de outubro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0801535-33.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NEPOTISMO – NOMEAÇÃO DE SOGRO DE OUTRO VEREADOR – COMPENSAÇÃO RECÍPROCA NÃO DEMONSTRADA – NEPOTISMO CRUZADO DESCARTADO – DESVIO DE FUNÇÃO NÃO AQUILATADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Para a condenação pela improbidade capitulada no art. 11, da Lei n.º 8.429/97, por violação aos princípios da administração, há de estar configurada a ofensa aos conceitos básicos, entre outros, de honestidade, moralidade, legalidade e impessoalidade.

Configura-se o nepotismo, segundo a disposição do artigo 37, *caput*, da CR, aliado à Resolução n.º 07/2005, do CNJ, e enunciado da Súmula Vinculante n.º 13, quando um agente público usa de sua posição de poder para nomear, contratar ou favorecer um ou mais parentes.

Se não houve caracterização desse favorecimento, não se configura a improbidade pela ausência de comprovação da figura do nepotismo ou do nepotismo cruzado.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, que dava provimento. (Julgamento ocorrido nos moldes do art. 942 do CPC).

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposto por Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo juízo da vara de fazenda pública e registros públicos da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação de improbidade administrativa ajuizada contra José Antonio de Souza Júnior, Paulo Nascimento Bastos e Porfírio Rodrigues dos Santos, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Nas razões recursais (f. 256-64), argumenta que há comprovação suficiente a indicar que houve contratação sem concurso e em evidente situação de desvio de função de pessoa que possui relação de parentesco por afinidade em 1.º grau na linha reta com vereador do Município de Selvíria.

Afirma que os recorridos cometeram ato de improbidade administrativa, pois restou caracterizado o nepotismo, o que contraria a disposição do artigo 37, *caput,* da CR, além de ofender a Resolução n.º 07/2005, do CNJ, e o enunciado de Súmula Vinculante n.º 13.

Pede o provimento do recurso para julgar procedente o pedido inicial.

Contrarrazões foram juntadas às f. 267-78 por José Antonio de Souza Júnior; às f. 279-91, por Paulo Nascimento Bastos, e às f. 292-303, por Porfírio Rodrigues dos Santos, todos com o mesmo pedido para se manter a sentença.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça foi juntado às f. 312-6, com opinião para o provimento do recurso.

VOTO (EM 08/08/2017)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Ministério Público Estadual interpôs apelação cível contra sentença proferida pelo juízo da vara de fazenda pública e registros públicos da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação de improbidade administrativa ajuizada contra José Antonio de Souza Júnior, Paulo Nascimento Bastos e Porfírio Rodrigues dos Santos, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Nas razões recursais (f. 256-64), argumenta que há comprovação suficiente a indicar que houve contratação sem concurso e em evidente situação de desvio de função de pessoa que possui relação de parentesco por afinidade em 1º grau na linha reta com vereador do Município de Selvíria.

Afirma que os recorridos cometeram ato de improbidade administrativa, pois restou caracterizado o nepotismo, o que contraria a disposição do artigo 37, *caput,* da CR, além de ofender a Resolução n.º 07/2005, do CNJ, e o enunciado de Súmula Vinculante n.º 13.

Pois bem, dos autos consta que Paulo Nascimento Bastos, como Presidente da Câmara Municipal de Selvíria, nomeou Porfírio Rodrigues dos Santos para o cargo de provimento em comissão de assessor de gabinete (f. 67), sendo certo que este é sogro de Antonio de Souza Júnior, também ocupante do cargo de vereador daquela Casa de Leis.

Da instrução do procedimento preparatório do *Parquet*, há informação de que a contratação do servidor Porfírio Rodrigues dos Santos, foi iniciativa do então presidente daquela Casa, Paulo Nascimento Bastos, tendo o provimento vinculado ao gabinete da Presidência para o exercício de função de vigia, o que veio a ser desfeito em novembro daquele mesmo ano de 2014 (f. 67 e 84).

Configura-se o nepotismo, segundo a disposição do artigo 37, caput, da CR, aliado à Resolução n.º 07/2005, do CNJ, e enunciado da Súmula Vinculante n.º 13, *"quando um agente público usa de sua posição de poder para nomear, contratar ou favorecer um ou mais parentes"*[1].

A sentença recorrida sustentou a improcedência do pleito na figura de nepotismo cruzado, que ocorre mediante nomeações ou designações recíprocas, seja ou não com envolvimento de um mesmo órgão ou entidade.

No presente caso, como a nomeação de Porfírio ocorreu por ato de Paulo, que não é parente do contratado, acreditou-se que talvez seria esse o enfoque, quer seja, nepotismo cruzado. No entanto, para que

1 Extraído do sítio eletrônico http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/nepotismo

essa situação se caracterizasse, deveria ser comprovada a compensação recíproca dos envolvidos, o que no presente caso não restou provado, segundo alertou a magistrada *a quo*:

> *(...) Sobre a nomeação em comento, as provas carreadas aos autos, ao contrário do que sustenta o Ministério Público, demonstram que o vereador Júnior sequer tinha bom relacionamento pessoal com Porfírio, embora fosse pai de sua convivente, e tampouco foi confirmado o possível pacto entre os vereadores Paulo e Júnior pela nomeação.*
>
> *(...) Como se vê, na primeira parte do depoimento a testemunha afirma com clareza que sabia que os correqueridos Júnior e Porfírio não tinham bom relacionamento pessoal, já que Porfírio não concordava com o relacionamento daquele com sua filha, sendo muito improvável que o vereador Júnior intercederia junto ao Presidente da Câmara de Selvíria para a contratação de seu sogro se esse sequer o queria como genro.*
>
> *O que confirma que Júnior não requereu a nomeação do pai de sua convivente para cargo na Câmara e também afasta a alegação de acordo de vontades entre Júnior e Paulo é o fato de serem oposição política dentro daquela Casa Legislativa.*
>
> *É impensável que um Vereador que não ocupe o mesmo lado político do Presidente da Câmara tenha a intrepidez de pleitear a nomeação de parente tendo conhecimento que aquilo poderia ser utilizado pelo seu adversário político como ameaça da revelação do pedido todas as vezes que os posicionamentos políticos se chocassem.*

O ato de nomeação de Porfírio Rodrigues dos Santos, nos termos do documento de f. 67, combinado com o de f. 84 foi iniciativa do Presidente daquela Casa, ao tempo, Paulo Nascimento Bastos, com vinculação ao gabinete da presidência e para desempenho de função de vigia, aleatório e não especificamente ligado ao gabinete de seu genro por afinidade Antonio de Souza Júnior, também ocupante do cargo de vereador daquela Casa de Leis.

Em outra oportunidade, fui relator de um recurso[2] em que também houve investigação de diversas contratações ao arrepio da lei, porém a diferença é que naquele caso houve comprovada ligação e descarada indicação dessas pessoas pelos agentes políticos em cujos gabinetes desempenharam confessadamente as atividades, o que tornou inafastável a caracterização do nepotismo.

Na precisa lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves[3]:

> *Nepotismo, em essência, significa favorecimento. Somente os agentes que ostentem grande equilíbrio e retidão de caráter conseguem manter incólume a dicotomia entre o público e o privado, impedindo que sentimentos de ordem pessoal contaminem e desvirtuem a atividade pública que se propuseram a desempenhar.*

No presente caso, não houve caracterização desse favorecimento, e apesar de não restar configurado, pela ausência de comprovação nestes autos da figura do nepotismo ou o nepotismo cruzado, é, de fato, estranho a nomeação de pessoa para o cargo de assessor de gabinete, porém com funções afetas à vigília do prédio ou do órgão como um todo, se é que tal cargo arrola tal atividade como função a ser desempenhada. Mais estranho ainda é a ausência de instrução e qualificação profissional para o aludido cargo, o que decerto levanta suspeitas.

Todavia, e enfatizo com peculiar determinação, que esse não foi o único objeto de investigação do *Parquet*, que se ateve a perquirir e balizar tanto o procedimento investigatório quanto esta ação civil pública

2 TJMS. Apelação n. 0000986-35.2011.8.12.0041, Ribas do Rio Pardo, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 01/12/2015, p: 02/12/2015

3 **Improbidade Administrativa.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 401-2.

sob o enfoque do nepotismo, sendo certo que a denúncia anônima encaminhada também trazia indícios do aludido apelado ser "servidor fantasma", o que também ofende as figuras da probidade administrativa. Ressalto, todavia, que a acusação foi apenas de nepotismo e nada mais.

Aliás, o ato ímprobo capitulado no art. 11, da Lei n.º 8.429/97, por violação aos princípios da administração, está intimamente ligado aos conceitos básicos, entre outros, de honestidade, moralidade, legalidade e impessoalidade, especialmente porque o agente administra aquilo que não lhe pertence, ou seja, bens e interesses alheios, de modo que o dever de probidade deve ser ainda maior, eis que a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade.

Vale ressaltar, ainda, que o art. 11, da dita lei, é normalmente intitulado como "norma de reserva", o que se justifica pelo fato de que, ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público, é possível a configuração da improbidade se demonstrada a inobservância dos princípios que regem a atividade estatal.

No entanto, e como já ressaltei, analisados detidamente os autos, não há como comprovar-se o ato ímprobo cometido pelos apelados, seja porque não há nepotismo comprovado nestes autos, seja porque não houve confirmação de qualquer desvio de função ou ausência de exercício de atividades.

Nesse contexto, entendo que a sentença deve ser mantida.

Pelo exposto, conheço o recurso e a ele nego provimento, contra o parecer, para manter a sentença inalterada.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º Vogal)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo juízo da vara de fazenda pública e registros públicos da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação de improbidade administrativa ajuizada contra José Antonio de Souza Júnior, Paulo Nascimento Bastos e Porfírio Rodrigues dos Santos, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

O *Parquet* em suas razões recursais, argumenta que há comprovação suficiente a indicar que houve contratação sem concurso e em evidente situação de desvio de função de pessoa que possui relação de parentesco por afinidade em 1.º grau na linha reta com vereador do Município de Selvíria. Afirma que os recorridos cometeram ato de improbidade administrativa, pois restou caracterizado o nepotismo, o que contraria a disposição do artigo 37, caput, da CR, além de ofender a Resolução n.º 07/2005, do CNJ, e o enunciado de Súmula Vinculante n.º 13, pedindo pelo provimento do recurso para julgar procedente o pedido inicial.

Devidamente intimado, o recorrido José Antonio de Souza apresentou contrarrazões às fls. 267-278, Paulo Nascimento Bastos às fls. 279-291 e Porfírio Rodrigues dos Santos às fls. 292-303, todos pugnando pelo não provimento do recurso.

Em seu parecer às fls. 312-316, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

O relator, Desembargador Marcelo Câmara Rasslan, negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, mantendo a sentença inalterada, sob o argumento de que inexiste prova nos autos acerca da figura do nepotismo ou do nepotismo cruzado.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em julgamento.

Pois bem.

A controvérsia cinge-se em escrutinar a contratação irregular feita por Paulo Nascimentos Bastos, então Presidente da Câmara Municipal de Selvíria, de Porfírio Rodrigues dos Santos, sogro de José Antônio de Souza Júnior, vereador de Selvíria/MS, a qual, em tese, configuraria nepotismo.

Por primeiro, anoto que é cediço o caráter sancionador da Lei n.º 8.429/92 destinada 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, a exemplo dos que ofendem a moralidade administrativa de que trata o art. 11 do referido diploma legal.

Compulsando os autos, tenho que a contratação epigrafada mostra-se, de fato, irregular, configurando-se, dessa forma, o nepotismo, prática vedada pela Súmula Vinculante n.º 13, do Supremo Tribunal Federal.[4]

Como bem pontuado pela Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer: *"(...) Vê-se que a análise da ocorrência do nepotismo, com base no enunciado, é puramente objetiva, ou seja, basta a demonstração de que houve nomeação, para o exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, de pessoa que possua parentesco próximo com outro servidor, ocupante de cargo da mesma natureza, ou com agente público. Destarte, é desnecessária a demonstração da existência de conluio, ingerência ou troca de favores, entre o servidor/agente público, já pertencente aos quadros da Administração, e as autoridades do órgão ou pessoa jurídica, para a nomeação de parente daquele"* (fls. 314).

Portanto, não há dúvida da ilegalidade de referida nomeação, porquanto efetivada em verdadeira afronta à Constituição Federal e aos princípios que regem a administração pública, o que dispensa maiores digressões sobre o tema.

Ressalto que, ainda que no caso não tenha restado configurado o nepotismo cruzado (prova de ajuste mediante designação recíproca na nomeação para cargo em comissão), não se pode negar que o apelado Paulo Nascimento Bastos, na condição de Presidente da Câmara Municipal, agiu com manifesta ofensa aos princípios da moralidade e imparcialidade, ao nomear o sogro do vereador José Antônio de Souza Júnior para o cargo de provimento em comissão de assessor de gabinete.

Outrossim, insta salientar que não merece prosperar a alegação de que não ocorreu a improbidade administrativa notificada, porquanto não teria restado comprovado o prejuízo ao erário, isto porque, nos moldes do art. 11, da LIA, configura ato de improbidade qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O ato ímprobo, na hipótese, restou devidamente comprovado, isto porque é ilegal a contratação de parentes consanguíneos e por afinidade para ocupar cargos públicos no mesmo órgão em que atua o agente ao qual o nomeado é vinculado. O elemento subjetivo está cabalmente configurado na atitude narrada, sendo que o ato praticado afronta diretamente os princípios da Administração Pública.

4 Súmula Vinculante 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Logo, resta evidente a prática do nepotismo que acarretou no desrespeito aos princípios administrativos vigentes, dentre eles o da moralidade e o da impessoalidade, condutas previstas no art. 11 da LIA[5].

Assim, o fato é que a prática de nepotismo na nomeação de Porfírio Rodrigues dos Santos para o cargo de assessor de gabinete da Câmara Municipal de Selvíria, amolda-se à improbidade administrativa prevista no art. 11, *caput*, da Lei n.º 8.429/92, cuja sanção está tipificada no inciso III do art. 12 da LIA:

> *III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.*

A propósito, transcrevo abaixo trecho do voto de minha lavra proferido no Processo n.º 0800080-67.2014.8.12.0021, em caso semelhante:

> *Da análise dos autos, verifica-se que o Ministério Público Estadual ajuizou a ação em epígrafe contra os apelantes em razão da existência da Portaria n. 506, de 15.2.2011, onde o então Presidente da Câmara Municipal de Selvíria/MS, José Cecílio da Silva Filho, nomeou para o cargo comissionado de Assessor de Gabinete II, Milena Gomes da Rocha, filha do então Prefeito José Dodo da Rocha.*
>
> *Em contrapartida, em meados de 2011, à época o Prefeito Municipal em exercício, José Dodo da Rocha, nomeou Roberto Cecílio, irmão do então Presidente da Câmara de Selvíria/MS, José Cecílio, para o cargo comissionado de Assessor de Gabinete II.*
>
> *A controvérsia, portanto, cinge-se quanto à contratação irregular de Milena Gomes da Rocha, filha do prefeito de Selvíria/MS, e quanto à contratação de Roberto Cecílio, irmão do Presidente da Câmara de Selvíria/MS, configurando, em tese, nepotismo cruzado.*
>
> *Pois bem. Cediço que o caráter sancionador da Lei n. 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, a exemplo dos que ofendem a moralidade administrativa de que trata o art. 11 do referido diploma legal.*
>
> *Compulsando os autos, tenho que as contratações cruzadas mostraram-se, de fato, irregulares, pois, ao contrário do alegado pelos apelantes, houve a comprovação do dolo nas contratações, configurando-se, dessa forma, o nepotismo cruzado, prática vedada pela Súmula Vinculante n. 13, do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Portanto, não há dúvida da ilegalidade de tais nomeações, pois em verdadeira afronta à Constituição Federal e aos princípios que regem a administração pública, dispensando maiores digressões sobre o assunto.*

5 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
IV - negar publicidade aos atos oficiais;
V - frustrar a licitude de concurso público;
VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.
VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.
IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

Nesse contexto, após análise detida dos autos, não há como negar-se os atos ímprobos praticados pelos apelantes.

No que tange a alegação de que não houve a configuração de improbidade administrativa, porque não restou comprovado o prejuízo ao erário, esqueceram-se os apelantes de que, nos moldes do art. 11, da LIA, configura ato de improbidade qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O ato ímprobo, no caso, restou devidamente comprovado, pois é ilegal a contratação de parentes consanguíneos e por afinidade para ocuparem cargos públicos, mesmo que de forma cruzada. O elemento subjetivo restou cabalmente configurado na atitude narrada, sendo que os atos por eles praticados afrontaram diretamente os princípios da Administração Pública.

Logo, não há qualquer reparo a ser feito na bem lançada sentença de primeiro grau, pois a prática do nepotismo cruzado acarretou no desrespeito aos princípios administrativos vigentes, dentre eles o da moralidade e o da impessoalidade, amoldando as condutas no art. 11 da LIA [...]

Diante do exposto, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento aos recursos, mantendo intacta a sentença hostilizada.

Destarte, deve a presente demanda ser julgada procedente e os recorridos condenados, por ato de improbidade, no pagamento de multa civil, para cada um dos apelados, do correspondente a uma vez o valor da última remuneração percebida pelo nomeado.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso, reformando a sentença para que seja julgada procedente a presente ação civil pública.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, 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 24/10/2017)

O Sr. Des. João Maria Lós. (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, que dava provimento. (Julgamento ocorrido nos moldes do art. 942 do CPC).

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. Sérgio Fernandes Martins, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801563-95.2016.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO ADMINISTRATIVO – EXCLUSÃO DE PROGRAMA SOCIAL DE MORADIA – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AFASTADA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA LEVANTADA E ACOLHIDA DE OFÍCIO – JUNTADA DE DOCUMENTOS RELEVANTES AO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO COM AS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA AUTORIDADE COATORA – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA PARTE ADVERSA – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 437 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PREJUDICADO.

Não há falar em inadequação da via eleita, porquanto o direito defendido pelo impetrante pode ser apreciado em sede de mandado de segurança, não exigindo dilação probatória.

A falta de intimação da parte interessada sobre a juntada de documentos relevantes ao convencimento do julgador, constitui cerceamento de defesa, impondo-se a cassação da sentença, a fim de que seja oportunizada a manifestação da recorrente sobre os documentos em comento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, vencido o 2º vogal, acolher a preliminar de cerceamento de defesa e julgar prejudicado o recurso, nos termos do voto do relator. Na forma do artigo 942 § 1º do CPC, convocou-se o 3º vogal, que acompanhou o relator, totalizando 3 X 1, o que torna desnecessária a convocação de novos membros para garantir a inversão do resultado.

Campo Grande, 14 de novembro de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Katia Barbosa de Souza, qualificada nos autos de mandado de segurança (feito n.º 0801563-95.2016.8.12.0043, da 2ª Vara da Comarca de São Gabriel do Oeste/MS) que impetra em face de ato praticado pela Secretária Municipal de Assistência Social Sônia Monteiro Candeloro, também qualificada, inconformada com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível.

Afirmou, em síntese, que o juízo singular incorreu em equívoco ao denegar a segurança pretendida.

Referiu que a decisão que não concedeu a segurança se afastou do bom direito, pois reconheceu a validade de ato que declarou nula a inserção da impetrante como beneficiária do programa habitacional, sem dar oportunidade da mesma poder apresentar sua defesa.

Dispôs que, ainda que as fotos do *Facebook* sejam verídicas, não se pode presumir que a impetrante que arcava com os custos da festa. Alegou que em nenhum momento foi dada oportunidade para que apresentasse sua defesa, não sendo justo alguém ser privado de um programa habitacional em razão de postar fotos no *Facebook*.

Expôs que, para que a administração anule um ato administrativo deve ser respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa. Esclareceu que, caso não seja concedida a segurança à administrada, esta tem interesse de utilizar a via ordinária para produzir provas e desconstituir as ilações, explicando a existência das fotos que foram utilizadas com má-fé, já que é de conhecimento notório na cidade, que não tem condições financeiras, devendo continuar inserida no programa habitacional. Diante disso, requer que, em caso de desprovimento do apelo, que seja homologada a desistência da ação.

Requer a concessão de tutela antecipada para que se suspenda o procedimento de nomeação das casas. Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do apelo para o fim de que seja a segurança concedida.

Devidamente intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões ao apelo (f. 85/91).

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer, suscitando preliminar de inadequação da via eleita. No mérito, opinou pelo conhecimento de desprovimento do apelo (f. 104/110).

O julgamento foi convertido em diligência, a fim de que as partes se manifestassem acerca de eventual cerceamento de defesa em decorrência de ofensa ao princípio do contraditório.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Katia Barbosa de Souza, em face da sentença prolatada nos autos de mandado de segurança (feito nº 0801563-95.2016.8.12.0043, da 2ª Vara da Comarca de São Gabriel do Oeste/MS) que impetrado em face de ato praticado pela Secretaria Municipal de Assistência Social Sônia Monteiro Candeloro, também qualificada.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da decisão quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Codex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, pela ordem de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e juízo de admissibilidade.

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Dos fatos.

Na origem, alega a impetrante ter se inscrito no sorteio para receber uma das unidades habitacionais do loteamento Flor do Cerrado, do Programa Minha Casa Minha Vida, realizado em 31/05/2016, pela Prefeitura de São Gabriel do Oeste por intermédio da Secretaria de Assistência Social e o Conselho Municipal de Habitação.

Assevera ter ficado na segunda colocação no cadastro de reserva (f. 10). Entretanto, após conversar com a terceira colocada (Daniela Aparecida Pereira de Souza - f. 14), soube que havia sido preterida, pois a Sra. Daniela já havia sido chamada para providenciar os documentos junto à Caixa Econômica Federal para receber sua unidade habitacional.

Argumenta ter apresentado requerimento administrativo junto à Secretaria de Assistência Social, porém, recebeu respostas evasivas (f. 12-13). Diante disso, requer liminarmente a suspensão do ato que deu motivo ao pedido.

A liminar foi concedida para determinar à Administração Pública Municipal, por meio de sua Secretaria Municipal de Assistência Social, na pessoa de sua Secretária, Sônia Monteiro Candeloro, a suspensão de todos os atos e procedimentos referentes à entrega de unidades habitacionais às pessoas colocadas após a impetrante no sorteio realizado pela municipalidade, até decisão final do processo.

A autoridade coatora prestou informações (f. 22/29) indicando que a partir do sorteio em comento, deu início à montagem dos dossiês com todas as documentações requeridas pela CEF, porém no curso desses trabalhos o Conselho Municipal de Habitação (COMHAB), órgão de controle social das políticas de habitação municipal, passou a receber denúncias acerca de possíveis sorteados que não preencheriam os requisitos para figurarem no programa em testilha.

Afirma que diante de tais denúncias, oficiou ao SEMAS para que este averiguasse as informações surgidas, por meio de visitas aos sorteados, visando a constatação da ocorrência de possíveis vícios na declaração apresentada pelas famílias quando de sua inscrição junto à Coordenadoria de Habitação.

Sustenta que o nome da impetrante figurou nessa lista de denúncias, verificando-se, posteriormente, que esta não preenchia os requisitos para participação no programa governamental, por ser casada, possuir renda mensal informal muito superior à exigida pelo programa, possuindo padrão de vida e bens incompatíveis com a renda familiar de R$ 1.800,00 exigida pelo programa.

Indica que a diligência foi executada por servidores públicos municipais efetivos, resultando em relatório de atendimento, no qual se consignou que o endereço informado no ato da inscrição não correspondia ao da residência da impetrante; ter ela frequentado festas e passeios apenas com doações de amigos; ela apresenta-se publicamente como casada; seu o núcleo familiar possuir rendas informais não declaradas no ato de inscrição.

Alega que ante tais informações os servidores públicos responsáveis pela diligência concluíram pela efetiva omissão e distorções das informações prestadas pela impetrante no momento de sua inscrição na Coordenadoria de Habitação, redundando no não preenchimento dos requisitos necessários para ser beneficiária do programa habitacional em tela.

Após manifestação do Ministério Público, o magistrado de piso sentenciou o feito, denegando a segurança, com base nas informações prestadas pelo impetrado e documentos colacionados às f. 39/54.

Inconformada, a impetrante interpõe o presente apelo, afirmando que a decisão que não concedeu a segurança se afastou do bom direito, pois reconheceu a validade de ato que declarou nula a inserção da impetrante como beneficiária do programa habitacional, sem dar-lhe oportunidade de apresentar defesa.

Dispôs que, ainda que as fotos do *Facebook* sejam verídicas, não se pode presumir que a impetrante que arcava com os custos da festa. Alegou que em nenhum momento foi dada oportunidade para que apresentasse sua defesa, não sendo justo alguém ser privado de um programa habitacional em razão de postar fotos no *Facebook*.

Expôs que, para que a administração anule um ato administrativo deve ser respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa. Esclareceu que, caso não seja concedida a segurança à administrada, esta tem interesse de utilizar a via ordinária para produzir provas e desconstituir as ilações, explicando a existência das fotos que foram utilizadas com má-fé, já que é de conhecimento notório na cidade, que não tem condições financeiras, devendo continuar inserida no programa habitacional. Diante disso, requer que, em caso de desprovimento do apelo, que seja homologada a desistência da ação.

Preliminares.

Inadequação da via eleita.

No caso, não há que se falar em inadequação da via eleita, porquanto o direito defendido pelo impetrante pode ser apreciado em sede de mandado de segurança, não exigindo dilação probatória.

Diante disso, afasta-se a preliminar arguida pela Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer.

Cerceamento de defesa – ofensa ao princípio do contraditório – *ex oficio*.

Suscito, de ofício, preliminar de cerceamento de defesa em face de ofensa ao princípio do contraditório.

Do processado extrai-se que não foi dada vista dos documentos acostados aos autos pela autoridade coatora às 39/54, o que vai de encontro com disposição legal expressa no artigo 437 do Código de Processo Civil, que reza:

> *Art. 437. O réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos anexados à inicial, e o autor manifestar-se-á na réplica sobre os documentos anexados à contestação.*

Por igual, em atenção ao princípio do contraditório, o procedimento do mandado de segurança não afasta a exigência, mormente no caso em tela, em que os documentos foram relevantes e fundamentais ao deslinde do feito.

A propósito, merece registro o entendimento de Hely Lopes Meirelles, que refere que *"se com as informações vierem documentos, deve ser aberta vista ao impetrante para sua manifestação, e, após, os autos irão ao Ministério Público, para parecer sobre todo o processado"*. (*In* Mandado de Segurança e Ações Constitucionais - 32 Edição - p. 104)

Nesta esteira, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, em Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 4ª ed., em nota ao referido dispositivo:

> *Ouvida da outra parte. Após o deferimento de juntada dos documentos nos autos, o juiz deve determinar que seja ouvida a parte contrária. Se isto não ocorrer e o documento influir no julgamento do juiz, em sentido contrário ao do interesse da parte preterida, a sentença que vier a ser proferida é nula e assim deve ser declarada.*

Ainda, com idêntico teor, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, abaixo ementado:

> *RECURSO ESPECIAL - PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO - JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE PARA SE MANIFESTAR - OFENSA AO ART. 398 DO CPC - NULIDADE DO ACÓRDÃO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À CORTE DE ORIGEM. O recurso merece prosperar pela inequívoca violação ao disposto no artigo 398 do Código de Processo Civil. Com efeito, na hipótese em exame a Corte de origem não deu oportunidade aos impetrantes de se manifestarem acerca da juntada de documentos que se mostraram essenciais para a formação da convicção daquele Tribunal, que, com base neles, deu provimento à apelação da parte contrária. A respeito do tema, pontificam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que, "após o deferimento de juntada dos documentos nos autos, o juiz deve determinar seja ouvida a parte contrária. Se isto não ocorrer e o documento influir no julgamento do juiz, em sentido contrário ao do interesse da parte preterida, a sentença que vier a ser proferida é nula e assim deve ser declarada". Na espécie, a juntada dos documentos novos foi realizada pelo assistente da parte contrária, o que não afasta a aplicação do artigo 398 do estatuto processual civil, uma vez que a atuação do assistente ocasionou evidente prejuízo à defesa dos recorrentes. Dessarte, verificado na espécie o cerceamento de defesa, pela ausência de oportunidade dada à parte para se pronunciar acerca dos documentos novos trazidos aos autos, resta inafastável a nulidade do acórdão por ofensa ao princípio do contraditório. Recurso especial provido.* (REsp 264660 / SP - Recurso Especial 2000/0062988-0 - Ministro Franciulli Netto - T2 - Segunda Turma - 04/09/2003).
>
> *ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE COATORA. DOCUMENTOS. VISTA AO IMPETRANTE. No mandado de segurança não é obrigatória a audiência do impetrante sobre os documentos que acompanham as informações, salvo quando essenciais ao convencimento do juiz. Se, por outro lado, sem abertura de vista, o julgado a eles (documentos) faz referência, apenas como reforço de argumentação, afasta-se a arguição de nulidade pela ausência de prejuízo. Recurso em mandado de segurança improvido.* (ROMS N. 5513, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 16.12.96).

Diante disso, em respeito ao princípio do contraditório e, com vistas a evitar cerceamento de defesa da apelante, deve ser tornada insubsistente a sentença e determinado que a impetrante manifeste-se acerca das informações prestadas, bem como da documentação juntada às f. 32/54, antes do julgamento do feito.

Dispositivo final

Ante o exposto, afasto a preliminar de inadequação da via eleita levantada pela Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer e acolho a preliminar suscitada de ofício, para reconhecer a ocorrência de cerceamento de defesa, anulando a sentença recorrida e determinando a intimação da impetrante para manifestar-se acerca das informações prestadas, bem como da documentação juntada às f. 32/54, antes do julgamento do feito. Por consequência, resta prejudicado o exame do recurso de apelação interposto por Kátia Barbosa de Souza.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º Vogal)

Peço vênia ao eminente relator para divergir de seu voto.

Entendo que deve ser acolhida a preliminar arguida pelo membro do Ministério Público. A meu entender, e nos termos do parecer, não é caso de mandado de segurança por haver necessidade de dilação probatória para apuração dos fatos alegados.

Reputo oportuno transcrever trecho do parecer ministerial:

> *(...) PRELIMINAR SUSCITA DE OFÍCIO POR ESTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA.*
>
> *I) Inadequação da via eleita.*
>
> *Em primeiro lugar, entendo que o caso se trata de matéria de ordem fática que imprescinde de maior instrução processual (dilação probatória), razão pela qual o mandado de segurança não é a via adequada para discutir o mérito da lide. Em que pese os atos da Administração Pública gozarem de presunção juris tantum de legitimidade e veracidade, observo, dos documentos acostados pelo Município de São Gabriel do Oeste (f. 32/37 e 49/54), que a Administração se baseou em suposições, relatos informais de vizinhos e fotos da rede social Facebook para concluir o estado civil da apelante (união estável) e para concluir que, diante da renda de seu suposto companheiro, os proventos mensais do núcleo familiar eram superiores aos previstos para os beneficiários das casas Populares.*
>
> *(...) Dessa forma, sopesando os escassos documentos apresentados em petição inicial, os documentos produzidos unilateralmente pelo apelado e a necessidade de se averiguar a robustez das informações obtidas pelas assistentes sociais em investigação da beneficiária (relatos de vizinhos), entendo que o feito deva ser extinto sem resolução de mérito, porquanto a via eleita é inadequada para a discussão de questões que envolvem a necessidade de consubstanciação probatória e análise pormenorizada do juízo cognitivo, por isso resta insofismável que o writ não é o caminho adequado para se debater assuntos desta natureza, mas sim as vias comuns, já que a causa em comento envolve questões fáticas imprescindíveis de dilação probatória, sendo impossível a comprovação de plano da violação ao direito líquido e certo, pressuposto indispensável para o mandamus. (...)*

Por tais razões, concluo que a presente demanda não se amolda às hipóteses de cabimento do Mandado de Segurança, razão pela qual voto pelo improvimento do presente recurso.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, vencido o 2º vogal, acolheram a preliminar de cerceamento de defesa e julgaram prejudicado o recurso, nos termos do voto do relator. Na forma do artigo 942, § 1º do CPC, convocou-se o 3º vogal, que acompanhou o relator, totalizando 3 X 1, o que torna desnecessária a convocação de novos membros para garantir a inversão do resultado.

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, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 14 de novembro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801587-34.2016.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXCLUSÃO E REDUÇÃO DE VALORES COBRADOS – SERVIÇO DE ÁGUA – CONSUMO ELEVADO – VAZAMENTOS NO INTERIOR DO IMÓVEL – RESPONSABILIDADE DO CONSUMIDOR – PEDIDO DE CANCELAMENTO DO SERVIÇO FEITO POR TERCEIRO ESTRANHO À RELAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE SOLICITAÇÃO FORMAL DE ALTERAÇÃO DE TITULARIDADE – CONDUTA DILIGENTE DA CONCESSIONÁRIA EM NÃO INTERROMPER O FORNECIMENTO DE SERVIÇO ESSENCIAL, SEM PEDIDO DO TITULAR – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO.

É do consumidor a responsabilidade pela manutenção da rede hidráulica no interior da residência. Diante da inexistência de qualquer indício de erro na medição do serviço de fornecimento de água, é devido consumo verificado na unidade consumidora mesmo que em decorrência de vazamentos constatados no interior do imóvel.

É lícita a conduta da concessionária de serviço público que deixa de atender pedido de terceiro estranho a relação contratual para interromper serviço essencial – fornecimento de água. Ausência de pedido formal de alteração na titularidade do serviço.

Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de dezembro de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Domingos Festa Neto e José Luiz Cazzonatto, qualificados nos autos da ação de obrigação de fazer (Feito n.º 0801587-34.2016.8.12.0008, da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS) que promovem em desfavor da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A - SANESUL, também qualificada, inconformada com a sentença proferida na origem, interpuseram o presente recurso de apelação cível (f. 170-179).

Afirmaram, em síntese: que o apelante Domingos passou a ser o responsável pela unidade de consumo em questão, ao menos desde 21 de dezembro de 2015, não sendo contestado que ele era o efetivo usuário do serviço na época dos fatos, o que foi comunicado a Sanesul; aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso; o entendimento contido na sentença atinge aos princípios da probidade e da boa-fé, pois a apelada foi solicitada por três vezes a providenciar o desligamento do fornecimento de água, sem questionar a legitimidade do apelante Domingos, nem fazer qualquer exigência a tal respeito; a recusa da Sanesul no atendimento do pedido de consumo final, solicitado em 12 de janeiro de 2016, e prometido para 14.01.2016, evidencia que não se justifica a cobrança dos consumos posteriores, diante das solicitações feitas, reiteradas e comprovadas; no caso a mora é da apelada, que em 14.06.2016 deveria ter cessado o fornecimento do serviço, logo, não pode exigir pagamento de consumos posteriores. Ao final, requer o provimento do recurso a *"para que a ação seja julgada procedente, com o reconhecimento da legitimidade do apelante Domingos, tanto para o pedido de cessação de fornecimento, como para o polo ativo da ação (este já reconhecido no saneador de fls. 122/124), e ainda com o reconhecimento da inexigibilidade dos débitos posteriores a 12 de janeiro de 2016, quando foi solicitado o consumo final (art.39, II, III,e parágrafo único, CDC)"*.

Às fls. 183-192 foram apresentadas contrarrazões ao recurso de apelação, pugnando pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, Domingos Festa Neto e José Luiz Cazzonatto, qualificados nos autos da ação de obrigação de fazer (feito n.º 0801587-34.2016.8.12.0008, da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS) que promove em desfavor da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A - SANESUL, também qualificada, inconformados com a sentença proferida na origem, interpuseram o presente recurso de apelação cível (f. 170-179).

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015.

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da decisão quanto à interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Codex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, pela ordem de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e juízo de admissibilidade.

Na hipótese vertente, tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, recebo o presente recurso no efeito devolutivo (art. 1.012, § 1º, V, do CPC).

Breve relato da lide

Domingos Festa Neto e José Luis Cazzonatto ajuizaram ação de obrigação de fazer c/c redução e exclusão de valores em desfavor da Empresa de Saneamento Básico de Mato Grosso do Sul – SANESUL, pretendendo: a redução da conta com vencimento em 05.01.2016 para o valor médio de R$ 500,00 (quinhentos reais); reconhecimento de inexistência de débito posteriormente a 12 de janeiro de 2016, devido à inexistência de relação jurídica após o pedido de desligamento, com o consequente reconhecimento de serem indevidos os valores cobrados referentes ao período a tal data.

Narra-se na exordial: que o autor deu entrada, em 12 de janeiro de 2016, com o *"termo de solicitação de vistoria para consumo final de água e/ou esgoto sanitário"*, tendo recebido em resposta que deveria comparecer pessoalmente a sede da ré; que a ré não concordou em reduzir os valores cobrados e tampouco com o desligamento do serviço, o que fez somente no mês de abril de 2016; que a ré faz cobranças abusivas; que se o desligamento não foi efetuado em decorrência de mora da empresa requerida, as cobranças são indevidas; que em relação à conta com vencimento em 5 de janeiro de 2016, no valor de R$ 1.703,96, o autor requereu a revisão, demonstrando que os valores das contas anteriores eram por volta de R$ 500,00 (quinhentos reais) mensais e as contas posteriores são indevidas, uma vez que já havia se pedido o cancelamento no fornecimento do serviço.

A tutela antecipada foi deferida às fls. 48-51, para determinar a ré que se abstenha de incluir o nome do autor em cadastro de inadimplentes, em relação à dívida discutida nos autos, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a 30 (trinta) dias.

Contestação às fls. 86-99, alegando preliminar de ilegitimidade ativa do autor, sob argumento de que ele não detém qualquer relação jurídica com a ré e, no mérito, pugnando pela rejeição da pretensão inicial.

Impugnação à contestação às fls. 111-113.

Preliminar de ilegitimidade ativa foi afastada pela decisão de fl. 120-122.

Encerrada a instrução processual, sobreveio a sentença de improcedência fl. 163-167, revogando a liminar antes concedido.

Afirmaram, em síntese:

> *(a) que o apelante Domingos passou a ser o responsável pela unidade de consumo em questão, ao menos desde 21 de dezembro de 2015, não sendo contestado que ele era o efetivo usuário do serviço na época dos fatos, o que foi comunicado a Sanesul; (b) aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso; (c) o entendimento contido na sentença atinge aos princípios da probidade e da boa-fé, pois a apelada foi solicitada por três vezes a providenciar o desligamento do fornecimento de água, sem questionar a legitimidade do apelante Domingos, nem fazer qualquer exigência a tal respeito; (d) a recusa da Sanesul no atendimento do pedido de consumo final, solicitado em 12 de janeiro de 2016, e prometido para 14.01.2016, evidencia que não se justifica a cobrança dos consumos posteriores, diante das solicitações feitas, reiteradas e comprovadas; (e) no caso a mora é da apelada, que em 14.06.2016 deveria ter cessado o fornecimento do serviço, logo, não pode exigir pagamento de consumos posteriores. Ao final, requer o provimento do recurso "para que a ação seja julgada procedente, com o reconhecimento da legitimidade do apelante Domingos, tanto para o pedido de cessação de fornecimento, como para o polo ativo da ação (este já reconhecido no saneador de fls. 122/124), e ainda com o reconhecimento da inexigibilidade dos débitos posteriores a 12 de janeiro de 2016, quando foi solicitado o consumo final (art.39, II, III,e parágrafo único, CDC).*

Às fls. 183-192 foram apresentadas contrarrazões ao recurso de apelação, pugnando pelo não provimento do recurso.

Mérito

Observa-se do documento de fls. 12/13 – notificação extrajudicial – datado de março de 2016, que Domingos Festa Neto solicitou o desligamento do hidrômetro A14S484499 instalado em 30/06/2015 em sua propriedade rural, o qual estava cadastrado em nome do antigo proprietário – José Luiz Cazzoto, também autor desta ação. Nesse documento o autor Domingos reconhece que na vistoria solicitada para se apurar o consumo final foi apurado o valor de R$ 1.703,96 (mil, setecentos e três reais, noventa e seis centavos).

Registre-se que é incontroverso nos autos que o autor Domingues solicitou o consumo final da unidade consumidora, assim como o desligamento do hidrômetro, contudo, a empresa ré afirma o serviço somente pode ser requerido pelo titular da unidade consumidora e quando não haja débitos anteriores, razão pela qual não acolheu a solicitação.

A sentença deve ser mantida, uma vez que nos presentes autos não há qualquer indício de erro na medicação do serviço de fornecimento de água, sendo sabido que a responsabilidade por vazamentos no interior da propriedade, ou seja, pela manutenção das instalações hidráulicas, é do próprio usuário do serviço.

Neste sentido, destaco diversos precedentes deste Tribunal de Justiça:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL – RECHAÇADA – MÉRITO – REGULARIDADE DO HIDRÔMETRO CONSTATADO POR PERÍCIA – EXISTÊNCIA DE VAZAMENTOS NO INTERIOR DO IMÓVEL – RESPONSABILIDADE DO CONSUMIDOR – VALORES COBRADOS DEVIDOS – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO REJEITADA, RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Tanto na inicial como no recurso de apelação foi requerido que se reconheça a inexistência da cobrança somente quanto aos excessos cobrados, logo, não há falar em inovação recursal. Preliminar rejeitada. Recurso conhecido. Tendo a perícia constatado a regularidade do hidrômetro instalado na residência do autor, assim como a existência de vazamentos no interior desta, pelos quais não se pode imputar responsabilidade à concessionária de água, conclui-se que os valores cobrados decorrem do efetivamente consumido. Sentença de improcedência mantida. Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios.* (TJMS. Apelação n. 0812547-75.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): de minha Relatoria, j: 11/04/2017, p: 18/04/2017).

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANO MORAL E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUMENTO DA FATURA DE ÁGUA - VAZAMENTO NA RESIDÊNCIA DO AUTOR - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO - INADIMPLEMENTO DO AUTOR - LEGITIMIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Diante da demonstração, pela concessionária de serviço público, de que havia vazamento de água na residência do autor, o que motivou o aumento na fatura de água, não há que se falar em inexistência do débito. É do consumidor a responsabilidade pela manutenção da rede hidráulica no interior da residência. A inadimplência do consumidor legitima a interrupção do fornecimento do serviço de água.* (Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: São Gabriel do Oeste; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 20/09/2016; Data de registro: 23/09/2016; Apelação - Nº 0800696-44.2012.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste).

> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CONHECIMENTO PARA CANCELAMENTO DE DÉBITO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - PRELIMINAR - NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA, PROVOCADO PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - AFASTADA - MÉRITO - CONSUMO DE ÁGUA - VAZAMENTO NA REDE HIDRÁULICA NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À CONCESSIONÁRIA - RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não há cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide quando o julgador entende que o conjunto probatório dos autos é suficiente à formação de sua convicção. 2. É devido pelo consumidor o pagamento do consumo de água registrado no hidrômetro, uma vez que é de sua responsabilidade a preservação da rede hidráulica compreendida entre a ligação situada na união do cavalete*

> *com a tubulação do imóvel".* (Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 12/07/2016; Data de registro: 13/07/2016).

No caso, como dito, inexiste qualquer indício de erro ao se apurar o consumo apurado no mês de dezembro de 2015, uma vez que hidrômetro instalado na unidade consumidora segue os padrões da Associação Brasileira de Normas Técnicas (NBR 8977), tendo sito aferido, antes de ser instalado, pelo INMETRO, cabendo, ainda, considerar que as faturas das concessionárias de serviço público gozam de presunção de legitimidade, nos termos das disposições da Constituição Federal.

Por outro lado, em 08/03/2016, funcionários da empresa ré estiveram no imóvel e constataram a existência de vazamento interno: "*vazamento na caixa d'água, sem boia e vazamento na hidra do banheiro, constando inclusive que há meses já tinha sido avisado ao gerente da propriedade (Gilmar) sobre tais problemas* (fl. 108).

Desse modo, se as faturas reclamadas pelos autores apresentaram valor superior ao usual, tal não decorreu de conduta possível de ser imputada a concessionária apelada. Nestes termos, devem os autores arcarem com o valor apurado, sendo inviável a revisão da cobrança.

Ademais, entendo que a Sanesul não tinha como acatar as solicitações do primeiro autor, uma vez que este não é o titular da unidade fornecedora e não demonstrou que tenha, em algum momento, solicitado a transferência da titularidade junto à concessionária. Ora, não há como se exigir da concessionária que interrompa um serviço essencial em decorrência de pedido formulado por terceiro estranho a relação.

Deveriam os autores terem procurado à concessionária para alterar a titularidade do serviço, se assim não agiram, não há como se responsabilizar a SANESUL pelo simples fato de ter sido diligente ao não suspender o serviço essencial em razão de pedido de terceiro. A alteração de titularidade é ato formal, não podendo ser efetivada de ofício pela concessionária. Diferente do que alegam os apelantes, não há nos autos qualquer documento que demonstre que procuram a Sanesul para comunicar a mudança de titularidade ou apresentaram algum documento que demonstrasse que Domingos adquiriu a propriedade, as solicitações feitas diretamente por este junto à concessionária, nada demonstram nesse sentido.

Vejamos a informação que conta do *site* da Sanesul:

> *Como faço para alterar minha conta de água e/ou esgoto?*
>
> *A alteração de nome só poderá ser feita na Sanesul local, conforme: Apresentar documentos originais CPF (pessoa física) CNPJ (pessoa jurídica) e documento que comprove a propriedade ou responsabilidade sobre o imóvel, podendo ser: Escritura ou registro/matrícula no cartório de imóveis ou carnê do IPTU ou comunicado de isenção do IPTU do ano vigente ou Contrato de Compra e Venda ou Termo de Recebimento ou Contrato de Financiamento ou Contrato de Locação ou Termo de Doação ou Termo de Posse ou Contrato de Usufruto ou Procuração. Além da documentação acima, nos casos de: · Cônjuge, apresentar certidão de casamento; · Inventariante, apresentar o inventário e autorização por escrito de todos os participantes do inventário; · Falecimento, apresentar também o atestado de óbito; · Procurador, apresentar também a procuração. Não é permitido alterar o nome da conta se existir débito.* (http://hom.sanesul.ms.gov.br/Inmetro/PerguntasFrequentes.Aspx)

O que se vê dos autos, em verdade, é que os autores, antigo e atual proprietários da propriedade em questão, querem se esquivar da responsabilidade pelo pagamento do consumo de água efetivamente utilizado.

É evidente que a Sanesul não pode simplesmente, de ofício, alterar o consumidor titular do serviço e, tampouco, atender solicitação de desligamento de terceiro estranho a relação.

Desse modo, pelas razões expostas, não há falar em redução do valor da conta com vencimento em 05/01/2016 e, tampouco, em reconhecimento da inexistência de débito posterior a 12 de janeiro de 2016, como requerido na exordial.

Outrossim, cabe destacar, que não houve pagamento do consumo final, requisito exigido pela concessionária para que procedesse com o desligamento requerido.

Destaco, ainda, que no caso presente, não se cuida de negar legitimidade ao usuário do serviço para requerer o que de direito, mas de reconhecer a inexistência de ilicitudes na conduta da concessionária ré, que cobrou por serviços efetivamente prestados e que, corretamente, deixou de atender requerimento de quem não demonstrou ser o efetivo usurário do serviço.

Sucumbência recursal

A sentença recorrida considerou a parte demandante, ora apelante, como sucumbente, diante da improcedência dos pedidos iniciais e arbitrou os honorários advocatícios em R$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro nos § § 2º e 8º do art. 85 do CPC.

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 dos autores, 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 e § 8º do art. 85, CPC), fixo o valor dos honorários advocatícios em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Domingos Festa Neto e José Luiz Cazzonatto, mas nego-lhe provimento, para manter a sentença recorrida.

Por consequência, à luz do que dispõe o § 11º do art. 85 do vigente CPC, condeno o apelante ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em R$ 500,00 (quinhentos reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 05 de dezembro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1401340-91.2017.8.12.0000 - Ponta Porã
Relator designado Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR FALTA DE CABIMENTO – DECISÃO SANEADORA QUE REJEITA PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO – ATO JUDICIAL NÃO RECORRÍVEL VIA AGRAVO DE INSTRUMENTO – HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ROL RESTRITO DO ART. 1.015 DO NOVO CPC – RECURSO INCABÍVEL/INADMISSÍVEL – PRELIMINAR ACOLHIDA – AGRAVO NÃO CONHECIDO.

O art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 apresenta um rol restrito de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, de sorte que as decisões interlocutórias que não se encontram ali previstas não são impugnáveis via este recurso.

A rejeição da prescrição não se consubstancia julgamento parcial do mérito. Somente a decisão interlocutória que acolhe a tese de prescrição e, com isso, extingue parte dos pedidos iniciais, com resolução do mérito, pode ser alvo de agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, vencido o relator, não conhecer do recurso, nos termos do voto do 1º vogal.

Campo Grande, 19 de setembro de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de agravo de instrumento interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã nos autos da ação de cobrança securitária interposta por José Lauro Viana Rodrigues, que afastou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e de prescrição.

O agravante em suas razões recursais sustenta que:

A parte agravada perdeu o direito de cobrar a indenização decorrente do acidente automobilístico ocorrido no dia 30.05.2007, porque já decorridos mais de 3 (três) anos da data em que teve conhecimento do caráter definitivo das lesões sofridas.

Em razão da notoriedade das lesões, o agravado teve ciência inequívoca da sua invalidez em 2007,

data em que se submeteu ao procedimento cirúrgico de inserção de cânula de traqueostomia.

A ação foi ajuizada em 17.04.2014 e o lapso prescricional findou-se em 2010, portanto configurada prescrição.

A mobilete conduzida pelo agravado não era licenciada, muito menos regularizada, se encontrando inadimplente quanto ao pagamento do seguro DPVAT.

De acordo com a Resolução do CNSP n.º 273/2012, o inadimplemento ou o pagamento do seguro obrigatório fora do vencimento impede o licenciamento e a circulação do veículo em via pública ou fora dela, bem como exclui a responsabilidade da gestora do Consórcio DPVAT à indenização decorrente do contrato de seguro.

É descabida a alegação de que o acidente possui cobertura em razão da participação de outro veículo com registro nacional brasileiro, visto que o agravado colidiu a mobilete contra uma corda que amarrava um cavalo.

Requer a concessão de efeito suspensivo e o acolhimento da preliminar de prescrição da pretensão inicial e de impossibilidade jurídica do pedido e, consequentemente, a extinção do processo principal (f. 1-17).

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (f. 466 - 467)

Intimado para apresentar contraminuta, o recorrido deixou transcorrer o prazo *in albis* (f. 471).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de agravo de instrumento interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da comarca de Ponta Porã nos autos da ação de cobrança securitária interposta por José Lauro Viana Rodrigues, que afastou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e de prescrição.

O agravante em suas razões recursais sustenta que:

A parte agravada perdeu o direito de cobrar a indenização decorrente do acidente automobilístico ocorrido no dia 30.05.2007, porque já decorridos mais de 3 (três) anos da data em que teve conhecimento do caráter definitivo das lesões sofridas.

Em razão da notoriedade das lesões, o agravado teve ciência inequívoca da sua invalidez em 2007, data em que se submeteu ao procedimento cirúrgico de inserção de cânula de traqueostomia.

A ação foi ajuizada em 17.04.2014 e o lapso prescricional findou-se em 2010, portanto configurada prescrição.

A mobilete conduzida pelo agravado não era licenciada, muito menos regularizada, se encontrando inadimplente quanto ao pagamento do seguro DPVAT.

De acordo com a Resolução do CNSP n.º 273/2012, o inadimplemento ou o pagamento do seguro obrigatório fora do vencimento impede o licenciamento e a circulação do veículo em via pública ou fora dela, bem como exclui a responsabilidade da gestora do Consórcio DPVAT à indenização

decorrente do contrato de seguro.

É descabida a alegação de que o acidente possui cobertura em razão da participação de outro veículo com registro nacional brasileiro, visto que o agravado colidiu a mobilete contra uma corda que amarrava um cavalo.

Requer a concessão de efeito suspensivo e o acolhimento da preliminar de prescrição da pretensão inicial e de impossibilidade jurídica do pedido e, consequentemente, a extinção do processo principal (f. 1-17).

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (f. 466 – 467)

Intimado para apresentar contraminuta, o recorrido deixou transcorrer o prazo *in albis* (f. 471).

É o relatório.

Passo à análise do pleito:

De início, cumpre destacar que o DPVAT possui a particularidade de seguro obrigatório de responsabilidade civil e por isso incide a regra do art. 206, § 3º, IX, do CC/2002, que prevê o prazo de prescrição trienal.

O referido dispositivo legal possui a seguinte redação:

> *Art. 206. Prescreve: (...)*
>
> *§ 3º Em três anos: (...)*
>
> *IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.*

Esse entendimento foi pacificado pelo STJ na Súmula n.º 405 com o seguinte enunciado: *"A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos"*.

O STJ ao julgar o Recurso Especial Repetitivo n.º 1.388.030/MG pacificou o entendimento que em casos assim o direito de ação nasce a partir da ciência inequívoca da invalidez pelo segurado. Esse também é o enunciado da Súmula n.º 278, do STJ.

Outrossim, a ciência da invalidez permanente não pode ser presumida e não se pode confundir a ciência da lesão com a ciência do caráter permanente da invalidez.

Sobre o tema a Súmula 573 também do STJ disciplina que:

> *Nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução.*

Assim, com a ressalva dos casos de invalidez permanente notória ou de comprovação de conhecimento anterior, a ciência inequívoca do caráter de invalidez permanente se verifica quando realizado o laudo do IML ou a perícia médica.

A respeito, colho o seguinte julgado:

> *PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.*

RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. COBRANÇA DE SEGURO DPVAT. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRIENAL. SÚMULA Nº 405 DO STJ. TERMO INICIAL DA CONTAGEM DESSE PRAZO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ. SÚMULA Nº 573 DO STJ. DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA QUE APRECIE O TEMA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O presente recurso foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: 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.

2. Nos termos da Súmula nº 405 do STJ, a ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos.

3. A Súmula nº 573 do STJ, a seu turno, complementa que nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução.

4. Na espécie, é impossível afirmar se houve ou não prescrição, tendo em vista a ausência de elementos que permitam fixar o termo inicial do prazo respectivo.

5. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo regimental não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido.

6. Em razão da improcedência do presente recurso, e da anterior advertência em relação à incidência do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

7. Agravo interno não provido, com imposição de multa. (AgInt no REsp 1647069/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 29/05/2017).

Pelas razões recursais o recorrente considerou que o prazo prescricional iniciou-se na data em que o recorrido submeteu-se ao procedimento cirúrgico, em meados de 2007 (f. 112-116) e por essa razão prescrita a ação, porque proposta em 17.04.2014, ou seja, há mais de 03 (três) anos.

Pois bem, no momento da prolação da decisão vergastada inexistia nos autos evidencias de tratar-se de situação excepcional de invalidez notória e tampouco, provas que o autor tinha conhecimento anterior do seu estado de invalidez permanente, ônus que competia à Seguradora, de acordo com o art. 373, II, do CPC.

Por essa razão o magistrado de primeira instância considerou como termo inicial para contagem do prazo prescricional o dia 11.04.2014, ocasião em que houve a elaboração do laudo pericial particular constante de f. 147 – 151 do processo de origem, afastando assim a preliminar de prescrição aventada pelo agravante.

Todavia, em 25.04.2017 foi anexado ao processo de origem, nas f. 196 - 203, laudo da perícia

médica realizada em 07.04.2017 pelo *expert* nomeado em juízo.

Insta consignar que o documento mencionado foi confeccionado com garantia do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, portanto, prevalece sobre aquele produzido unilateralmente pelo recorrido (f. 147 - 151 do processo de origem).

O perito judicial declarou que o autor-recorrido teve ciência inequívoca de sua invalidez 12 (doze) meses após o trauma, ou seja, em meados de 2008, já que referida lesão é visível e notória (f. 196 - 203 do processo de origem).

Assim, considerando que a ação foi interposta em 17.04.2014, decorridos mais de 3 (três) anos da ciência inequívoca da invalidez permanente, encontra-se prescrita a cobrança do seguro obrigatório.

Por conseguinte resta prejudicada a análise das demais matérias recursais.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reconhecer a prescrição da pretensão indenizatória e extinguir o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, CPC.

No caso em espeque, verificada a sucumbência total do agravado, atento aos parâmetros previstos no art. 85, § 2º, CPC, e, utilizando do princípio da ponderação, fixo os honorários sucumbenciais em 12 % (doze por cento) sobre o valor atualizado atribuído à causa.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (1º Vogal).

Pedindo vênia ao entendimento do e. relator, hei por bem suscitar questão de ordem, para arguir, de ofício, a impossibilidade de conhecimento do recurso pelas razões que passo a expor.

Esclareço, de antemão, que não se afigura necessária a oitiva da seguradora agravante acerca da referida matéria, já que nas razões recursais ela já se antecipa, buscando justificar o cabimento do agravo de instrumento. Logo, tendo já se manifestado sobre a matéria, resta cumprido o art. 9º e 10 do CPC/2015, possibilitando o julgamento imediato da questão, em juízo de admissibilidade.

Passo, pois, a externar entendimento sobre a questão.

Agravo de instrumento e suas hipóteses taxativas de cabimento.

Como se percebe dos autos, o mérito do recurso versa sobre a correção ou não da decisão saneadora, que rejeitou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e, ainda, rejeitou a alegação de prescrição, porque *"de acordo com as provas que constam dos autos até o momento, a data do laudo pericial (11.04.2014) deve ser considerada como o momento da ciência inequívoca da invalidez permanente, a partir do qual se inicia o lapso prescricional, de modo que, não há como se reputar prescrita a pretensão do autor, uma vez que não transcorridos os 03 anos previstos no art. 206, § 3°, IV, do Código Civil vigente*".

Examinando-se os autos, percebe-se que a decisão agravada foi proferida na origem em 20.01.2017.

Seguindo esta perspectiva, é consabido que, em 18.03.2016, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16.03.2015), o qual estabeleceu significativas mudanças tanto na atuação

das partes quanto do Estado-Juiz, especialmente na condução do processo e dos recursos.

Dentre as inúmeras alterações, o NCPC passou-se a prescrever um rol taxativo de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, em seu art. 1.015[1] e, ainda, impôs a todos os sujeitos do processo um dever de colaboração mútua (art. 6º[2]), vedando-se ao Juízo, inclusive, a prolação de decisões surpresas (art. 9º[3] e 10[4]).

Seguindo esta intelecção, considerando-se que a decisão agravada foi proferida após a entrada em vigor do NCPC, é de rigor aplicar integralmente as novas normas processuais ao presente recurso, por força do quanto estipulado no art. 1.046[5] do referido *Codex*.

Observado este panorama, tenho a insurgência recursal não ultrapassa o juízo de admissibilidade por desatenção ao pressuposto intrínseco do cabimento.

Isto porque o agravante não respeitou o rol taxativo disposto no art. 1.015 do vigente CPC para a hipótese de decisões agraváveis por instrumento. Referido dispositivo estabelece expressamente, *in verbis*:

> *Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:*
>
> *I - tutelas provisórias;*
>
> *II - mérito do processo;*
>
> *III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;*
>
> *IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;*
>
> *V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;*
>
> *VI - exibição ou posse de documento ou coisa;*
>
> *VII - exclusão de litisconsorte;*
>
> *VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;*
>
> *IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;*
>
> *X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;*
>
> *XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;*
>
> *XII - (VETADO);*

1 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

2 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

3 Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

4 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

5 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.

> *XIII - outros casos expressamente referidos em lei.*
>
> *Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.*

Cuidando-se de elenco exaustivo, é certo afirmar que, no ordenamento processual hoje vigente, uma decisão interlocutória reputada prejudicial pela parte deverá estar necessariamente enquadrada em alguma das hipóteses listadas no precitado dispositivo legal para ser recorrível por agravo de instrumento.

Do contrário, não será admissível a utilização da aludida espécie recursal para o contraste do pronunciamento considerado lesivo, a não ser que exista outro preceito legal no direito positivo (quer no novo CPC, quer em legislação esparsa) que admita o uso do agravo de instrumento para o ataque da decisão que se visa reformar.

Sobre o tema, pertinente a lição doutrinária de Daniel Amorim Assumpção Neves, *in verbis:*

> *No novo sistema recursal criado pelo Novo Código de Processo Civil é excluído o agravo retido e o cabimento do agravo de instrumento está limitado às situações previstas em lei.* ***O art. 1.015, caput, do Novo CPC admite o cabimento do recurso contra determinadas decisões interlocutórias, além das hipóteses previstas em lei, significando que o rol legal de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento é restritivo,*** *mas não o rol legal, considerando a possibilidade de o próprio Código de Processo Civil, bem como leis extravagantes, previrem outras decisões interlocutórias impugnáveis pelo agravo de instrumento que não estejam estabelecidas pelo dispositivo legal.*[6] (Destaquei)

No mesmo sentido segue o magistério de Cassio Scarpinella Bueno ao tratar sobre os casos de cabimento de agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

> *Também merecedora de nota é a nova disciplina do agravo de instrumento.* ***O recurso passa a ser cabível apenas das decisões interlocutórias expressamente previstas no Código.***[7] (Destaquei)

No caso em tela, ainda que seja compreensível o possível gravame causado à seguradora, pela rejeição da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e prejudicial de prescrição, é forçoso reconhecer que essa espécie de pronunciamento judicial não pode mais ser impugnada, no sistema recursal atual, mediante agravo de instrumento, tendo em vista que não se amolda a nenhum dos casos taxativamente previstos no artigo 1.015 do novel CPC.

E também não se encontram outras disposições legais no novo Código ou na própria legislação extravagante que indiquem o agravo de instrumento como recurso cabível e adequado para a reforma da decisão que rejeita a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e a prejudicial de prescrição.

É válido observar, aliás, que essa espécie de interlocutória, na sistemática processual atual, nem sequer é recorrível de imediato, pois ausente previsão legal de qualquer outra modalidade recursal disponível às partes para postular a reforma desse tipo de decisão.

A propósito, a respeito da impossibilidade de conhecimento de agravo que ataca decisão de rejeição da prescrição, veja-se:

> *AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – LOCUPLETAMENTO*

6 NEVES, Daniel Amorim Assumpção**. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015, p. 554.

7 BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p.42.

INDEVIDO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, DE OFENSA À LITISPENDÊNCIA, DE OFENSA À COISA JULGADA, DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DA PREJUDICIAL DE MÉRITO DE PRESCRIÇÃO – NÃO CABIMENTO DO RECURSO. 1. É de ser mantida a decisão monocrática de negativa de seguimento ao agravo de instrumento quando as razões expostas no agravo interno são insuficientes para alterar o entendimento nela exposto. 2. O agravo de instrumento não é conhecido quando não se trata das hipóteses taxativas previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil e não é possível se valer da interpretação extensiva para admitir o seu recebimento. Recurso não provido. (TJMS. Agravo Regimental n. 1402477-11.2017.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 26/07/2017, p: 27/07/2017)

Como bem ponderou o Des. Vilson Berteli, no julgado citado, cujos fundamentos sintetizam meu entendimento sobre a questão, a rejeição da prescrição não se consubstancia julgamento parcial do mérito, como pretende fazer crer a agravante. Lado outro, tratando-se do acolhimento da prejudicial em relação a parte dos pedidos, aberta está a possibilidade de aviamento do agravo de instrumento. Confira-se os fundamentos contidas na decisão monocrática do referido julgador:

> *O magistrado não decide parte do processo quando rejeita prescrição na decisão de saneamento, por isso não é impugnável por agravo de instrumento. Ademais, no caso concreto, a prejudicial de mérito arguida se refere a toda pretensão do autor, motivo pelo qual poderá ser rediscutida em preliminar de apelação, nos termos do artigo 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil.*
>
> *Situação diversa ocorre com o acolhimento da prescrição. Quando se refere a toda pretensão do autor, há resolução de mérito e a apelação é o recurso adequado. Mas quando a pronúncia se restringe apenas um dos pedidos formulados ou parte deles, o agravo de instrumento é o recurso cabível, visto que o processo continuará tramitando em relação aos pedidos ou fração deles não atingidos pela prescrição.*
>
> *Aliás, a decisão de saneamento não é o momento processual oportuno para analisar e decidir essa prejudicial de mérito, mesmo quando há evidência da prescrição da pretensão. O ideal é aguardar a fase decisória, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por ser matéria intrinsecamente ligada ao mérito da demanda, motivo pelo qual algum fator não cognoscível de imediato pelo magistrado pode interferir na contagem do prazo.*
>
> *Não se tratando, portanto, das hipóteses taxativas previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil e não sendo possível se valer da interpretação extensiva para admitir o cabimento do recurso, é de rigor o não conhecimento do agravo de instrumento.*

De fato, as matérias diversas àquelas hipóteses previstas do art. 1.015 do CPC/2015 não são acobertadas pela preclusão, devendo ser arguidas como preliminar de apelação, na forma do art. 1.009, § 1º, do CPC, que dispõe:

> *Art. 1.009. (...) § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.*

Realce-se, outrossim, que o e. relator, ao decidir o objeto do recurso, acabou por invocar laudo pericial realizado em data posterior àquela em que lavrada a decisão agravada, perspectiva que, por um lado, realça a evidente supressão de instância no tocante aos elementos fático-probatórios dos quais o Juízo

singular ainda não se pronunciou e, por outro, reforça a convicção de que o momento adequado para o Tribunal examinar a tese de prescrição é em preliminar de eventual apelação, oportunidade em que todas as provas dos autos terão traspassado o crivo do magistrado de origem, possibilitando-se ampla cognição por este Colegiado.

Logo, impõe-se suscitar e acolher a questão de ordem para negar conhecimento ao recurso por inobservância ao pressuposto do cabimento.

Dispositivo

Ante o exposto, suscito questão de ordem para não conhecer do recurso de agravo de instrumento interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A diante de sua inadmissibilidade.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o relator, não conheceram do recurso, nos termos do voto do 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

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, 19 de setembro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0803459-21.2015.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO – URGÊNCIA E EMERGÊNCIA – PRONTO SOCORRO MUNICIPAL – MADRUGADA – ZERO HORAS ÀS SEIS HORAS – PROVAS DA DEMANDA E INTERRUPÇÃO DO ATENDIMENTO – DEVIDO RESTABELECIMENTO – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – POSSIBILIDADE – MAJORAÇÃO DEVIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE – REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO – RETIFICAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA.

Havendo comprovação de demanda de atendimento e da interrupção deste pelo município correta a ordem de restabelecimento do serviço, especialmente quando as provas corroboram que a administração deixou de observar o número integral de pacientes assistidos durante este período.

Possibilidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação civil pública segundo jurisprudência, ficando o réu obrigado a pagar os honorários de advogado, mesmo se veio a cumprir suas obrigações no curso do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, dar provimento ao recurso voluntário e retificar parcialmente a sentença em reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de outubro de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Sindicato dos Odontologistas do Estado de Mato Grosso do Sul, na ação civil pública, de n.º 0803459-21.2015.8.12.0008, em que contende com o Município de Corumbá, oferece recurso de apelação, bem como remessa necessária, submetida pelo Juiz(a) de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá.

O recorrente, em síntese, aduz:

Ser o percentual fixado na sentença de 15 % sobre o valor da causa a título de honorários advocatícios, corresponde a R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), sendo este valor ínfimo, aviltante e incapaz de ser aceito

como remuneração digna pelos serviços prestados nos autos ao advogado.

Aplicar-se a causa o art. 85, § 8º do CPC, por se enquadrar naquelas hipóteses em que o valor é inestimável ou irrisório em seu proveito econômico ou, ainda, muito baixo, devendo o juiz fixar o valor dos honorários por apreciação equitativa.

Para esclarecer o trabalho executado, que o ajuizamento da ação civil pública, na qual o objeto da ação era uma obrigação de fazer para restabelecer o Plantão Odontológico 24 horas no Município, foi deferida liminarmente, culminando na sua suspensão por determinação de um pedido de suspensão de liminar deferido pela Presidência do TJMS, entretanto, a ação prosseguiu e o patrono da parte autora compareceu em 02 audiências de instrução e julgamento com a oitiva de testemunhas, nas datas de 13/10/2016 e 15/02/2017, com o deslocamento da Comarca de Campo Grande/MS para a cidade de Corumbá, realizando mais de 2.000 Km para atender as necessidades da demanda, tendo por fim julgamento procedente, beneficiando um número indefinido de munícipes que precisavam do atendimento odontológico gratuita e 24 horas.

Requer, desta feita, o conhecimento e o provimento do presente, a fim de reformar a sentença parcialmente, majorando os honorários advocatícios e o prequestionamento da matéria (p. 977-981).

O recurso foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo não provimento do mesmo (p. 985-989).

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso obrigatório e declina de intervir no apelo voluntário (p. 1003-1010).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Sindicato dos Odontologistas do Estado de Mato Grosso do Sul, na ação civil pública, de n.º 0803459-21.2015.8.12.0008, em que contende com o Município de Corumbá, bem como remessa necessária, submetida pelo juiz(a) de direito da vara de fazenda pública e de registros públicos da Comarca de Corumbá.

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, bem como passo a apreciá-los em conjunto.

Transcrevo oportunamente o dispositivo da sentença:

> *(...) Ante o exposto, resolvo o mérito da demanda e julgo PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, extinguindo-o, com julgamento do mérito, na forma do artigo 487, III, a, do Código de Processo Civil/2015.*
>
> *Condeno o município de Corumbá/MS ao pagamento dos honorários advocatícios à parte autora que fixo em 15% sobre o valor da causa (artigo 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil/2015). Deixo de condená-lo ao pagamento de custas processuais por ser ente público beneficiado com a isenção (artigo 24 da Lei estadual n. 3.779/2009).*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*
>
> *Sentença sujeita ao reexame necessário, haja vista o contido no artigo 496, inciso*

> *I, do Código de Processo Civil/2015. Não havendo recurso voluntário, encaminhemse os autos à Superior Instância para reexame. (...).*

O presente apelo visa exclusivamente a majoração dos honorários advocatícios, bem com devolve toda a matéria em sede de reexame necessário. Por razão de prejudicialidade, passo a examinar esta última.

O Sindicato dos Odontologistas do Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou a presente visando obrigar o Município de Corumbá a restabelecer o serviço de atendimento odontológico de urgência e emergência no horário das 00:00h às 06:00h, no Pronto Socorro Municipal.

A Lei n.º 8.080/90 - Lei Orgânica da Saúde, em consonância com o art. 198, do Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso II do art. 7º, obedece o seguinte princípio:

> *(...) Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:*
>
> *I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;*
>
> *II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; (...)* Destaquei

Conforme consignado em primeira instância:

> *O atendimento médico/odontológico é considerado serviço básico essencial à população, vez que integra o quadro de assistência à saúde do cidadão, protegido constitucionalmente, conforme consta no rol do artigo 6º da Constituição Federal. Ademais, mesmo que a questão de adequação orçamentária seja de interesse público, há que se considerar que o atendimento à saúde do cidadão constitui bem de maior interesse público e não pode o ente público alegar que 'não pode utilizar recursos financeiros da urgência e emergência em atendimentos considerados eletivos' (f. 310) até porque quem irá verificar se é caso de urgência, emergência ou se é eletivo é o profissional da odontologia que realizará o atendimento, independente do horário em que ocorrer, e não o gestor municipal, que deseja adequar a questão orçamentária municipal à necessidade do atendimento prestado no serviço do pronto-socorro municipal. (p. 966).*

Pois bem, as provas colhidas nos autos através de testemunhas durante as audiências das p. 455-456 e 936-937 dão conta da existência da demanda por atendimento odontológicos no período da madrugada e que com a suspensão do funcionamento do plantão das 00 horas às 6 horas, confirmado também pelos ofícios de n.º 455/2016/EECE e 903/2016/SMS (p. 424 e 472), passou o profissional que atendia durante o horário "normal" a permanecer somente até meia noite.

Outra confirmação que se deu com o depoimento das testemunhas Emerson e Dirceu foi de que o sistema responsável pelo controle de atendimento sempre apresentava falhas no registro sendo necessário o preenchimento manual dos prontuários, deixando, por conseguinte, a administração pública somente com o conhecimento dos dados constantes nos sistemas eletrônicos quando da averiguação de atendimentos e não constatando na integralidade as ocorrências existentes, dando ensejo a interrupção do serviço.

Tanto assim, que houve cumprimento voluntário da obrigação pelo município, com restabelecimento do plantão odontológico no horário das 00:00h às 06:00 h, acarretando a satisfação da demanda, contudo,

este reconhecimento não se concretizou por meio jurídico expresso na contestação, mas tacitamente, pois naquela peça pugnou pela improcedência do pedido por perda do objeto.

Deste modo, não vislumbro motivos para alterar o mérito da questão, mantendo a sentença nestes pontos.

Em relação a elevação dos honorários advocatícios e ao pagamento de custas, conforme consignado no recurso voluntário e em sede de reexame necessária, deve o percentual ser majorado, porém faço as seguintes considerações quanto esta condenação em ação civil pública.

Segundo os artigos 17 a 19 da Lei de Ação Civil Pública qualquer adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas somente serão devidos em casos de litigância de má-fé:

> *(...) Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.*
>
> *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.*
>
> *Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições. (...)*

Segundo se denota dos autos não restou caracterizada litigância de má-fé, devendo-se lançar mão do código processual civil de forma suplementar, ou seja, na ausência de previsão na lei especial.

Nessa senda:

> *RECURSOS DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO. (...) 6. CONDENAÇÃO EM CUSTAS, DESPESAS E HONORÁRIOS ADVOCATICIOS. Impossibilidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas, ante o disposto na Lei de Ação Civil Pública que só prevê a possibilidade em caso de litigância de má-fé, que não foi verificada nos autos 7. Sentença parcialmente reformada, para que seja suprimida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas e para afastar a legitimidade do Estado de São Paulo. Processo extinto sem a resolução do mérito em face do Estado de São Paulo, nos termos do disposto no inciso VI do artigo 485 do Novo Código de Processo Civil. Recursos da Municipalidade e do Estado de São Paulo providos e recursos dos particulares desprovidos.* (TJSP; Apelação 0007115-18.2007.8.26.0361; Relator (a): Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 13ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Foro de Mogi das Cruzes - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 18/09/2017; Data de Registro: 19/09/2017).
>
> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDENAÇÃO DO RÉU EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO COMPROVADA MÁ-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. 1. A jurisprudência da Primeira Seção, ao interpretar o art. 18 da Lei nº 7.347/85, firmou compreensão no sentido de que, por critério de simetria, não cabe a condenação do réu, em ação civil pública, ao pagamento de honorários advocatícios, salvo comprovada má-fé, o que não ocorreu na espécie. 2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência*

do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1127319/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, primeira turma, julgado em 03/08/2017, DJe 18/08/2017).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE POR AMBAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDENAÇÃO DO AUTOR DA AÇÃO AOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. AUSÊNCIA DE EVIDENCIAÇÃO QUE A LIDE FOI PROMOVIDA COM MÁ-FÉ. DECISÃO MONOCRÁTICA DESTE TRIBUNAL QUE CONFIRMA O ARESTO DAS ALTEROSAS. CONTUDO, ESTA CORTE SUPERIOR, NA ESTEIRA DO ART. 18 DA LEI 7.347/1985, AUTORIZA A IMPOSIÇÃO DA ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM DESFAVOR DO AUTOR DA AÇÃO, COMO A ATRIBUIÇÃO DE CUSTAS E DESPESAS E A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, SE COMPROVADO INTUITO MALEFICENTE NA INICIATIVA JUDICIAL, O QUE NÃO OCORREU NA ESPÉCIE. AGRAVO REGIMENTAL DO MP/MG PROVIDO PARA ARREDAR OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS QUE ATÉ ENTÃO PESAVAM SOBRE A PARTE AUTORA DA ACP, MANTIDO, QUANTO AO MAIS, O JULGADO IMPUGNADO. 1. Esta Corte Superior firmou a diretriz de que, nas ações propostas com base na Lei 7.347/1985, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora ao pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais, salvo comprovada sua má-fé (EDcl no REsp. 1.520.202/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 23.05.2016). 2. Na espécie, o Tribunal das Alterosas manteve incólume a sentença de julgou improcedente a pretensão, inclusive quanto ao ponto do julgamento primitivo que impôs ao Estado os ônus da sucumbência, caracterizados por custas processuais e honorários advocatícios no importe de R$ 2.000,00. 3. Porém, na Ação de Improbidade, só é admissível a imposição de custas processuais e outras despesas, bem assim como a fixação de honorários advocatícios em favor da parte adversa se houver comprovada má-fé do autor, evidenciação que não ocorreu na espécie; contrariamente, viu-se apenas atribuição pura e simples dos consectários sucumbenciais ao autor da ação, sem identificação da má-fé na promoção da lide, fato comportante de violação do art. 18 da LACP. A pretensão recursal deve ser acolhida nesse tópico. 4. Ressalva de entendimento pessoal do Relator de que, pelo princípio da sucumbência, a parte vencida na causa, inclusive nas ACP, deve arcar com a verba honorária de Advogado em favor da parte adversa, uma vez que esta necessitou contratar o profissional para promover-lhe a defesa, até porque o Causídico - versado nas letras e princípios jurídicos -, é essencial à plena administração da justiça. O art. 18 da Lei 7.347/1985 não prevalece, a meu aviso, sobre a nova ordem constitucional (art. 133 da CF/1988 e arts. 2o., 22, caput da Lei 8.906/1994 - Estatuto da Advocacia e da OAB). 5. Agravo Regimental do MP/MG provido para, reformando parcialmente a decisão agravada, prover o Recurso Especial, afastando do aresto de origem a condenação do autor quanto aos ônus da sucumbência, mantido, quanto ao mais, o julgado impugnado. (AgRg no REsp 1032635/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, primeira turma, julgado em 03/08/2017, DJe 17/08/2017).

Contudo, diante da explanação do i. Des. Vilson Bertelli durante o julgamento tenho por bem, com fulcro na argumentação de que *"havendo condenação na sentença, o réu fica obrigado a pagar as despesas processuais e os honorários de advogado, mesmo se veio a cumprir suas obrigações no curso do processo"*.

A transcrição acima decorre do julgado do Superior Tribunal de Justiça, de que a condenação subsistiria mesmo se fosse extinto o processo sem julgamento do mérito, pois que haveria sucumbência da parte que deu causa à demanda.

Transcrevo, oportunamente, a referida ementa:

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. PARTE RÉ. ARTS. 18 E 19 DA LEI Nº 7.347/85. ISENÇÃO. DESCABIMENTO. 1. O ônus da sucumbência na Ação Civil Pública subordina-se a um duplo regime a saber: (a) Vencida a parte autora, aplica-se a lex specialis (Lei 7.347/85), especificamente os arts. 17 e 18, cuja ratio essendi é evitar a inibição dos legitimados ativos na defesa dos interesses transindividuais e (b) Vencida a parte ré, aplica-se in totum o art. 20 do CPC, na medida em que, à míngua de regra especial, emprega-se a lex generalis, in casu, o Código de Processo Civil. 2. É assente na doutrina do tema que: "(...)Até agora, procuramos examinar a questão da sucumbência da parte autora na ação civil pública. Verifiquemos como ficam os ônus dela decorrentes no que toca à parte ré. Em relação ao réu, faz-se aplicável a regra do art. 20 do CP Civil, uma vez que inexiste regra específica na Lei nº 7.347/85, e ainda em razão da incidência do diploma processual geral, quando não contraria suas disposições (art. 19). Sendo procedente a ação, deve o réu, vencido na demanda, arcar com os ônus da sucumbência, cabendo-lhe, em consequência, pagar ao vencedor as despesas processuais e os honorários advocatícios. Como o vencedor não terá antecipado o valor das despesas processuais, o ônus se limitará ao pagamento da verba honorária. Com esse entendimento, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Ação civil pública. Ônus da sucumbência. Parte ré. Isenção. Descabimento. Não há como estender à parte ré a norma contida no art. 18 da Lei nº 7.347/85, que isenta, de forma expressa, tão-somente a associação autora do pagamento de honorários de advogado, custas e despesas processuais. Se tiver sido qualificado como litigante de má-fé, caber-lhe-ão, da mesma forma, os ônus decorrentes de sua responsabilidade por dano processual, tudo na forma do previsto no Código de Processo Civil. Havendo condenação na sentença, o réu fica obrigado a pagar as despesas processuais e os honorários de advogado, mesmo se veio a cumprir suas obrigações no curso do processo. Como já decidiu o STJ, a condenação subsistiria mesmo se fosse extinto o processo sem julgamento do mérito, pois que haveria sucumbência da parte que deu causa à demanda. No que respeita ao Ministério Público, porém, não incide tal disciplina. Como parte autora, não terá adiantado qualquer valor correspondente a despesas processuais; assim sendo, o réu nada terá a reembolsar. Pior outro lado, tendo em vista que a propositura da ação civil pública constitui função institucionalizadora, uma das razões porque dispensa patrocínio por advogado, não cabe também o ônus do pagamento de honorários. Aliás, essa orientação tem norteado alguns dos órgãos de execução do Ministério Público do Rio de Janeiro, os quais, quando propõem a ação civil pública, limitam-se a postular a condenação do réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou ao pagamento de indenização, sem formular requerimento a respeito de despesas processuais e honorários advocatícios. "José dos Santos Carvalho Filho, in Ação Civil Pública, Comentários por Artigo, 6ª ed; Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2007, p. 485/486) 3. Ademais, a jurisprudência desta Corte já assentou que: "Processo Civil. Honorários de advogado. Ação civil pública que perdeu o objeto no curso do processo, em razão de diligências assumidas pelo réu. Responsabilidade deste pelos honorários de advogado, porque deu causa à demanda. Recurso especial não conhecido." (RESP 237.767/SP, Relator Ministro Ari Pargendler, publicado no DJ de 30.10.2000) 4. Recurso especial desprovido, mantendo incólume a condenação ao pagamento de honorários advocatícios imposta à recorrente.* (REsp 845.339/TO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 237).

Sendo assim, mantenho a condenação em honorários advocatícios e considerando o grau de zelo e presteza do profissional; o lugar de prestação do serviço como sendo a Comarca de Corumbá a; a natureza e a importância da causa para a comunidade atendida pelo serviço odontológico; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço desde setembro de 2015, fixo os honorários advocatícios em R$ 1.500,00.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso voluntário e retifico parcialmente a sentença em reexame necessário, para majorar os honorários advocatícios para R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram provimento ao recurso voluntário e retificaram parcialmente a sentença em reexame necessário, 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, 25 de outubro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800644-26.2016.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ABANDONO EFETIVO – PRESCRIÇÃO – PRETENSÃO DE CUNHO ECONÔMICO – SUJEITA AO LAPSO PRESCRICIONAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do prazo de três anos de vigência do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação. Inteligência do art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil de 2002.

O pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo, nada tem a ver com direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter econômico, estando sujeita ao lapso prescricional. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de outubro de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Andreia de Souza Nascimento Correa, nos autos de ação de indenização por abandono efetivo de n.º 0800644-26.2016.8.12.0005 em que contende com Mauro Ribeiro Corrêa, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

A ação tem por objeto questão atinente ao direito de personalidade, fundamentando-se principalmente no artigo 1º, inciso III, da CF, ou seja, em direito imprescritível.

Pretende o recebimento de indenização decorrente do abandono afetivo praticado por seu genitor, violador do princípio da dignidade da pessoa humana, tratando-se de direito fundamental da pessoa humana.

O Código Civil não pode se sobrepor à Constituição Federal; e, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma.

Por fim, pugna pela reforma da decisão combatida a fim de afastar a prescrição reconhecida pelo magistrado singular com a consequente condenação do requerido no ressarcimento por danos morais.

O recurso foi respondido, batendo-se a parte recorrida pelo desprovimento do mesmo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Andreia de Souza Nascimento Correa, nos autos de ação de indenização por abandono efetivo de n.º 0800644-26.2016.8.12.0005 em que contende com Mauro Ribeiro Corrêa, oferece recurso de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso em seus efeitos devolutivo e suspensivo, conforme regra do artigo 1.012, do Código de Processo Civil.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que acolheu a prejudicial de prescrição e extinguiu o feito, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, II, do CPC.

Para tanto, a apelante alega que a ação tem por objeto questão atinente ao direito de personalidade (abandono afetivo), fundamentando-se principalmente no artigo 1º, inciso III, da CF, ou seja, em direito imprescritível.

Pois bem. Tenho que a súplica não prospera.

O Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que, nos casos como o dos autos, o prazo prescricional somente começa a correr a partir da maioridade do interessado, uma vez que não há falar em prescrição entre ascendentes e descendentes antes da cessão do poder familiar.

Nesse sentido:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APRECIAÇÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO E ALEGADA OFENSA. DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO. PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A CONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional. Os direitos subjetivos estão sujeitos à violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retro operante alcançar os efeitos passados das situações de direito. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, flui a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o "pátrio poder". Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais. Recurso especial não provido.* (REsp 1298576 RJ 2011/0306174-0, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/08/2012, publicado em 06/09/2012)

No caso presente, a autora nasceu em 12 de novembro de 1984 (p. 23), a, ainda que tenha realizado exame de DNA em julho de 2002, alcançou a sua maioridade civil quando, tendo completado 18 anos, entrou em vigor o novo Código Civil, em janeiro de 2003, o qual reduziu a maioridade civil de 21 para 18

anos. Assim, a partir dessa data é que passou a fluir o prazo prescricional para a pretensão de indenização por abandono afetivo, prazo este estabelecido no artigo 206, § 3º, do Código Civil.

A propósito, tal pretensão não é imprescritível como alega a recorrente, pois nada tem a ver com direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter estritamente econômico, estando sujeita ao lapso prescricional, como todo e qualquer pleito reparatório civil.

Destaca-se:

> *INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. MAIORIDADE. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO CIVIL, ART. 206, § 3º, INC. V. Autora que nasceu em 23/10/1976, portanto atingiu a maioridade em 1994. Paternidade conhecida desde pequena, embora legalmente reconhecida em 27/05/1998. Pretensão indenizatória proposta apenas em 06/10/2011, bem depois de passado o lapso trienal contado da vigência do Código Civil de 2002, pois se trata de reparação civil. Trata-se de simples pretensão indenizatória, de natureza econômico/patrimonial, sujeita ao lapso prescricional. Apelo desprovido. Unânine.* (Apelação Cível Nº 70066932898, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 05/05/2016).

Assim, considerando-se a data em que a autora atingiu a maioridade civil, tem-se que quando do ajuizamento da presente ação já havia transcorrido o prazo de três anos para o ajuizamento da presente ação, não havendo dúvidas quanto à ocorrência da prescrição.

Neste sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO – TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO – DATA EM QUE O AUTOR ATINGE A MAIORIDADE CIVIL – MANTIDA A PRESCRIÇÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA – REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não corre o prazo prescricional entre ascendentes e descendentes durante o pátrio poder/poder familiar (artigo 168, inciso II, do CC/1916). Em regra, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional é a data que o autor atingiu a maioridade civil, ou seja, a data em que o autor completou 21 anos de idade e cessou os deveres inerentes ao pátrio poder (maioridade civil no CC/1916, que o novo Código reduziu para 18 anos). Prescrição mantida. 2. A matéria tratada no caso dos autos é destituída de complexidade e o trabalho desenvolvido pelo titular do direito postulatório da autora apelante foi breve, o que recomenda a redução da verba honorária fixada, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.* (TJMS. Apelação n. 0800791-33.2013.8.12.0013, Jardim, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 29/08/2017, p: 30/08/2017).

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE C/C INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – EXTEMPORANEIDADE – REJEITADA – MÉRITO – INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO – FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL – A PARTIR DA MAIORIDADE CIVIL, QUANDO CESSADO O PÁTRIO PODER – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA – ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a ratificação da apelação cível interposta antes do julgamento dos embargos de declaração somente é necessária quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior. A ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo possui natureza pessoal, sendo, portanto, aplicável o prazo prescricional de 20 (anos) anos previsto no Código Civil/1916, a contar da maioridade civil*

> *do interessado. Tendo o autor atingido a maioridade em 15/04/1985, deveria ter ingressado com a presente demanda até 15 de abril de 2005, contudo, só o fez em 27 de novembro de 2014, quando transcorrido mais de 29 anos, razão pela qual, mantêm-se a sentença que reconheceu a prescrição indenizatória.* (TJMS. Apelação n. 0803375-21.2014.8.12.0019, Ponta Porã, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 01/03/2016, p: 01/03/2016).

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 18 de outubro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0808734-35.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – NOME DE PLACA/HOMENAGEM EM VIADUTO – LEI MUNICIPAL – RETIRADA – CONCESSIONÁRIA RESPONSÁVEL PELA RODOVIA – DESÍDIA NA RECOLOCAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DOIS ANOS – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL CARACTERIZADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No caso, ainda que as razões do recurso reflitam trechos da defesa, tal fato, por si só, não caracteriza ofensa à dialeticidade, especialmente quando das razões do apelante é possível extrair os motivos de seu inconformismo, bem como o pedido de nova decisão.

A ré, responsável pela manutenção e conservação da rodovia, omitiu-se por quase dois anos e não trouxe aos autos provas idôneas para demonstrar a impossibilidade material do cumprimento de sua obrigação de afixação da placa com o nome do viaduto imposto por lei.

A ofensa está embasada na omissão culposa que extrapolou a razoabilidade e os limites impostos pela boa-fé, já que a ré se omitiu por quase dois anos e não trouxe aos autos provas idôneas para demonstrar a impossibilidade material do cumprimento de sua obrigação.

Demonstrada a abusividade do ato praticado pela demandada, e levando em conta as condições econômicas e sociais do ofendido, sendo o autor psicólogo; e a agressora, concessionária de rodovia de grande porte e de âmbito nacional; a falta cometida e o tempo para solução da pendenga; os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado; impõe-se a manutenção do montante indenizatório no importe R$ 10.000,00; *quantum* que se revela suficiente e condizente com as peculiaridades do caso.

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, 13 de dezembro de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A., nos autos de ação de obrigação de fazer c/c indenização por dano moral de n.º 0808734-35.2016.8.12.0001 em que contende com Elias Gazal Dib, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

A sentença determinou que condenou a apelante ao pagamento da quantia de R$ 10.000,00 a título de danos morais, bem como que recoloque a placa identificadora do viaduto José Dib, que passa sobre os trilhos do trem na BR-163, KM 466, saída para São Paulo/Dourados, observando-se a nomenclatura conferida pela Lei Municipal n.º 4.257/2004, sob pena de multa diária.

Deve ser reformada a decisão no que tange à obrigação de manter a placa em discussão no trecho da rodovia federal administrada pela recorrente, uma vez que a concessionária foi instada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - A.N.T.T. -, através do Termo de Registro de Ocorrência - TRO n.º 65977, para que removesse o dito aparato do local, pois não era a sinalização adequada e dentro dos parâmetros estabelecidos.

A Rodovia BR-163 é bem da União, de acordo com os artigos 20, I, e, 21, XII, ambos da Constituição da República, portanto, é vedado ao Município legislar sobre qualquer matéria a ela relativa.

Embora o Município tenha competência para legislar sobre assuntos de interesse local, consoante dispõe o artigo 30, I, da Constituição da República, há, no caso concreto, a predominância do interesse da União sobre a BR-163.

Não é possível manter a condenação ao pagamento de indenização pois inexiste um mínimo indício sequer que o recorrido tenha sofrido mal ou passado por circunstancias vexatórias em razão da retirada da placa por terceiros.

Jamais teve a intenção de desonrar o relevante nome do pai do apelado, tanto é assim que colocou a placa em seu lugar na brevidade possível, de maneira que não se pode condená-la com base nas menções insertas na inicial, as quais não foram comprovadas por qualquer meio de prova.

Devia o recorrido ter demonstrado que a retirada da placa teve reflexos na vida da família e na sociedade local, questões estas que passaram longe de serem provadas durante a instrução, ficando apenas no campo especulativo, o que não tem valor algum no âmbito jurídico.

Subsidiariamente, deverá ser reduzida a indenização para o importe de R$ 2.000,00, pois não há nos autos nada que justifique o valor de R$ 10.000,00, estipulado na sentença.

Requer o conhecimento e provimento do apelo para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 4.257/2004, bem como para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

O recurso foi respondido, tendo o recorrido arguido preliminar de violação ao princípio da dialeticidade e, no mérito, protestado pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A., nos autos de ação de obrigação de fazer c/c indenização por dano moral de n.º 0808734-35.2016.8.12.0001 em que contende com Elias Gazal Dib, oferece recurso de apelação.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de p. 128/133, proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os pedidos nos seguintes termos:

> *Ante o exposto, julgo procedente o pedido para: a) condenar a ré na obrigação de fazer consistente em instalar placa identificadora do viaduto JOSÉ DIB, que passa sobre os trilhos do trem na BR-163, KM 466, saída para São Paulo / Dourados, observando-se a nomenclatura conferida pela Lei Municipal nº 4.257/2004, sob pena de multa diária, que fixo em R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada ao valor da causa; b) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais em favor do autor, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser corrigido pelo IGP-M e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a fluir da citação.*
>
> *Ainda, defiro a tutela provisória de urgência e determino a intimação da ré para, no prazo de dez dias, proceder à instalação da aludida sinalização, sob pena incorrer na multa diária supra fixada.*
>
> *Condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos moldes do art. 85, § 2º, do CPC.*
>
> *Resolvo o mérito do processo, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Transitada em julgado, arquivem-se, com as anotações.*
>
> *P. R. I. C.*

Passo à análise das matérias trazidas no apelo.

Da preliminar de violação ao princípio da dialeticidade

De imediato, tenho que a preliminar de não conhecimento do apelo em razão da ofensa ao princípio da dialeticidade deve ser rejeitada.

Como cediço, há a necessidade do recorrente deixar claro e explícito os motivos e causas que ensejam a modificação da decisão. Assim, o apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais pretende a anulação ou reforma da decisão recorrida, combatendo os fundamentos da decisão invectivada. Sem isso, o recurso não pode ser conhecido.

No caso, ainda que as razões do recurso reflitam trechos da defesa, tal fato, por si só, não caracteriza ofensa à dialeticidade, especialmente quando das razões do apelante é possível extrair os motivos de seu inconformismo, bem como o pedido de nova decisão.

Assim, rejeito a preliminar arguida pelo apelado.

Obrigação de fazer.

Afirma a recorrente que deve ser reformada a decisão no que tange à obrigação de manter a placa em discussão no trecho da rodovia federal administrada pela recorrente, uma vez que foi instada pela

Agência Nacional de Transportes Terrestres - A.N.T.T. -, através do Termo de Registro de Ocorrência - TRO n.º 65977, para que removesse o dito aparato do local, pois não era a sinalização adequada e dentro dos parâmetros estabelecidos.

Aduz que a Rodovia BR-163 é bem da União, de acordo com os artigos 20, I, e, 21, XII, ambos da Constituição da República, portanto, é vedado ao Município legislar sobre qualquer matéria a ela relativa, sendo que, embora o Município tenha competência para legislar sobre assuntos de interesse local, consoante dispõe o artigo 30, I, da Constituição da República, há, no caso concreto, a predominância do interesse da União sobre a BR-163.

O autor ajuizou esta demanda aduzindo ser filho de José Dib, o qual foi homenageado pelo Município de Campo Grande em dezembro de 2004, atribuindo-se seu nome para o viaduto que passa sobre os trilhos do trem na BR-163, saída para São Paulo/Dourados, km 466 da BR-163.

Destacou que a ré retirou a placa fixada no local e os contatos extrajudiciais realizados para contornar a situação restaram infrutíferos, o que implicou danos à memória de José Dib e, por consequência, de seus sucessores, no caso o autor.

Pois bem.

Analisando detidamente os autos, observa-se que a recorrente, por ocasião da sua defesa, alegou que a placa com o nome do viaduto foi retirada do local por manifestantes do Movimento Sem Terra quando houve um acampamento nas proximidades.

Posteriormente, na manifestação de p. 116/117, sustentou que a placa foi retirada foi determinação da Agência Nacional de Transportes Terrestres porque não apresentar as informações técnicas adequadas.

Como se vê, a concessionária apelante apresentou justificativas distintas e dissociadas entre si para tentar explicar a razão da retirada da placa do viaduto. Nesse sentir, destaca-se que a invasão do MST ocorreu no ano de 2014 (p. 93/96), enquanto que o termo de registro de ocorrência foi lavrado pela ANTT em 30/11/2016 (p. 118).

Com relação à suposta depredação pelos trabalhadores do movimento, tal não afasta a responsabilidade da ré pela manutenção do local, já que se trata de concessionária de serviço público que sagrou vencedora para a exploração da rodovia, de modo que sua responsabilidade é objetiva.

No que tange à notificação da ANTT, infere-se desta que não há especificação de que a irregularidade se refira ao nome do viaduto. Pelo contrário, pelo que se dessume, a agência de regulação advertiu que a placa afixada não apresentava informações técnicas adequadas, nada mencionando sobre o nome atribuído ao bem público, devendo ser layout ser revisto e aprovado por fiscal (p. 118).

Portanto, a toda evidência, a responsabilidade pela retirada da placa do local e pela nova afixação é da recorrente, a quem compete a administração e conservação daquele trecho da rodovia.

Por fim, não cabe discussão nestes autos acerca da competência para legislar sobre o viaduto em questão, interesse dos entes estatais e a quem pertence o bem público, já que estas questões não foram ventiladas nestes autos e não estão compreendidas no objeto da lide, mormente porque há leis municipal desde 2004 instituindo o nome do referido viaduto.

Com efeito, é inócua, para o caso dos autos, a discussão a respeito da competência do Município de Campo Grande/MS, por intermédio da Lei n.º 4.256/2004, para empregar o nome de "José Dib" ao viaduto, pois não há informação de qualquer tipo de medida judicial perpetrada pela União para tal finalidade.

Dever de indenizar

Deduz a apelante que não é possível manter a condenação ao pagamento de indenização pois inexiste um mínimo indício sequer que o recorrido tenha sofrido mal ou passado por circunstancias vexatórias em razão da retirada da placa por terceiros.

Não lhe assiste razão.

A própria ré em sua defesa e na peça recursal não nega os contatos extrajudiciais efetuados pelo autor no intento de recolocação da placa com o nome de seu genitor, bem como que o local permaneceu por dois anos sem a identificação, ou seja, desde a ocupação das margens da rodovia, ocorrida em agosto de 2014, até junho de 2016, quando cumpriu a obrigação.

Ora, é inafastável que durante este período a família do homenageado passou por angústia e dissabor por não estar sendo cumprida a lei municipal que visava prestigiar os trabalhos realizados pelo falecido.

A ofensa está embasada na omissão culposa que extrapolou a razoabilidade e os limites impostos pela boa-fé, já que a ré se omitiu por quase dois anos e não trouxe aos autos provas idôneas para demonstrar a impossibilidade material do cumprimento de sua obrigação.

Por conseguinte, com sua conduta a requerida desrespeitou o nome e a memória daquele que fora homenageado no ato simbólico perpetrado pelo Poder Legislativo Municipal, e que representa abalo não quantificável dos descendentes que carregam o mesmo nome de família, ou que se vinculem à história de José Dib.

Valor dos danos morais

Subsidiariamente, deverá ser reduzida a indenização para o importe de R$ 2.000,00, pois não há nos autos nada que justifique o valor de R$ 10.000,00, estipulado na sentença.

Prefacialmente, importante estabelecer que a indenização por danos morais, além de servir como uma punição ao seu agressor, não deve ocasionar o enriquecimento sem causa da vítima.

Neste rumo, na apuração da indenização por dano moral, deve o julgador, atendendo-se às específicas condições do caso concreto, fixar o valor mais justo para o ressarcimento, lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

É sabido que, na quantificação da indenização por dano moral, deve o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitrar, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial.

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

A dúplice natureza da indenização por danos morais vem ressaltada na percuciente lição de Caio Mário, citado por Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil:

> *Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (v. II, n.176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I - punição ao infrator por haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual*

> *ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo da vingança* (*in* Programa de Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.108/109, grifei).

Assim, impõe-se sejam observadas as condições do ofensor e do ofendido, assim como a intensidade do sofrimento, o grau de reprovação da atuação do agente ativo da ilicitude, bem como a finalidade de impor ao executor o caráter punitivo da condenação para que não seja reincidente nesta conduta.

Na espécie, demonstrada a abusividade do ato praticado pela demandada, e levando em conta as condições econômicas e sociais do ofendido, sendo o autor psicólogo; e a agressora, concessionária de rodovia de grande porte e de âmbito nacional; a falta cometida e o tempo para solução da pendenga; os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado; impõe-se a manutenção do montante indenizatório no importe R$ 10.000,00; *quantum* que se revela suficiente e condizente com as peculiaridades do caso.

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

Nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, fixo honorários recursais de 5 % (cinco por cento) do valor da condenação, a ser pago pela recorrente em prol do patrono do recorrido e acrescido à verba honorária estabelecida na sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 13 de dezembro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801496-11.2012.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE – PERMISSÃO PARA USO DO IMÓVEL – PRAZO INDETERMINADO – PERFURAÇÃO DE POÇO ARTESIANO – FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL AOS MORADORES DO LOTEAMENTO E DE PARTE DA CIDADE DE CAARAPÓ – ALEGADO COMODATO VERBAL – NÃO COMPROVAÇÃO – USUCAPIÃO UTILIZADA APENAS COMO TESE DE DEFESA – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO PARA DECLARAR – SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL – O DOMÍNIO DO IMÓVEL – RITOS CONFLITANTES – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS NOS TERMOS DO ARTIGO 85, § 11, CPC – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de outubro de 2017.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nélida Maria Fernandes Capilé contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Caarapó, nos autos da ação de imissão de posse movida contra a Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. (Sanesul), que julgou improcedente o pedido inicial, acolhendo a exceção de usucapião extraordinário formulada pela Empresa requerida, declarando-lhe o domínio do imóvel em litígio. Condenou a requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00, restando suspensa a exigibilidade, por conceder à autora-apelante, os benefícios da assistência judiciária.

A apelante alega que a sentença merece reforma. Aduz que o imóvel foi cedido em forma de comodato verbal para a Sanesul realizar testes e, após captação de água, realizar a comprova do imóvel. Afirma que não houve doação do imóvel. Aduziu que o então proprietário faleceu sem que o contrato fosse entabulado. Que diversas foram as tentativas de negociação do imóvel, sem sucesso. Aduziu, também, que não há verdade na informação da apelada quando afirma que invadiu o terreno e que, não mais tendo interesse em manter o "comodato verbal", notificou a apelada para desocupação, sem que fosse atendida. Aduziu, ainda, que as testemunhas foram calaras ao afirma a existência do contrato de comodato verbal. Postula

pela reforma da sentença, julgando-se procedente o pedido inicial, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Em contrarrazões, a Sanesul argumenta que a sentença deve ser mantida, porque, diferentemente do alegado, não houve realização de qualquer contrato. Que a empresa de saneamento ocupou o terreno sem o consentimento do então proprietário e lá perfurou e construiu um reservatório de água, estando na posse há mais de 30 anos, o qual atualmente responde pelo abastecimento de 15% da população de Caarapó. Também menciona que sua posse é ininterrupta, além de ser cadastrada como contribuinte na Prefeitura Municipal e ser responsável pelo pagamento das faturas de energia e que a apelante, ainda que tenha o título de proprietária registrado em 1991, somente em 2009 insurgiu-s contra a ocupação do imóvel. Entende que o Magistrado agiu com acerto declarar o domínio do imóvel à apelada. Requer a manutenção da sentença em todos os seus termos.

VOTO (EM 12/09/2017)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Consta dos autos que a apelante é proprietária de imóvel e que aquele está há vários anos ocupado pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul. Afirmou que a posse foi cedida à empresa, na forma de "comodato verbal" e que não houve regularização formal ante o falecimento do então proprietário do imóvel. Pretendendo vendê-lo, notificou a ocupante para desocupação ou manifestação no interesse na aquisição. Após as formalidades de praxe e a vinda de informações outras, inclusive contestação e realização de audiência, houve prolação de sentença, julgando improcedente o pedido inicial de imissão de posse, todavia acolhendo a exceção de usucapião extraordinário formulada pela empresa apelada, declarando àquela o domínio do imóvel, razão do apelo.

A apelante pretende a reforma da sentença, insistindo na tese de que seu pai, então proprietário do imóvel, cedeu aquele à Empresa de Saneamento, por comodato, por período determinado, porém em razão de seu falecimento não houve oportunidade para regularização do contrato com suas especificações. Em seus argumentos afirma que aquele proprietário em nenhum momento tinha a intenção de doar à Sanesul o terreno.

Pois bem.

A irresignação é parcialmente procedente.

Pelos documentos trazidos aos autos, inclusive depoimentos prestados, ainda que como informantes do Juízo, é possível aferir que a sentença deve ser mantida parcialmente. Ainda que a apelante afirme que o imóvel foi ocupado pela Sanesul, por "comodato verbal", nada veio que comprove suas afirmações. O que se extrai dos autos é que, após o falecimento de Teodoro Capilé, há mais de 30 anos, o imóvel foi registrado em nome da apelante ainda no ano de 1991, ou seja, há mais de 25 anos sem que qualquer providência fosse tomada por aquela quanto à desocupação do imóvel. Exceção foi a mencionada notificação encaminhada em 2009, porém ainda assim, decorrido mais de três anos até a distribuição da presente ação, nenhuma outra providência houve por parte da apelante, o que demonstra ausência de interesse pela área em litígio.

De mais a mais, como bem destacado pela magistrada, a alegação de que o imóvel teria sido apenas cedido não se sustenta. Isso porque, mesmo não trazendo provas do inusitado "comodato verbal", por óbvio que era interesse do então proprietário a instalação do poço artesiano naquela área, exatamente porque naquele período houve um loteamento de área maior, também de propriedade do pai da apelante, e, por certo, a instalação do poço facilitou a venda dos demais lotes, mesmo porque, até a presente data, aquele abastece todo o loteamento Jardim Capilé, e, por certo demais regiões do Município de Caarapó, não sendo crível que autorizaria a perfuração e instalação de um poço artesiano apenas para venda dos lotes e depois

a Empresa de Saneamento deveria deixar o local (!). Não consta dos autos qualquer informação segura nesse sentido. As pessoas ouvidas em Juízo, descompromissadas, não participaram de eventual acordo ou negociação realizado à época.

E nesse sentido a sentença bem analisou os fatos e provas carreadas - ou sua inexistência. Cuja parte que interessa transcrevo:

> *(...) Do exame dos autos, verifica-se que o pedido de imissão na posse baseia-se na alegação de que a requerente herdou de seu genitor um lote de terreno urbano que, segundo ela, por força de um contrato verbal de comodato, fora cedido o uso à requerida, enquanto esta alega ter ocorrido usucapião.*
>
> *Assim, observa-se que a solução da controvérsia depende de saber se a requerida tem direito de usucapir o bem.*
>
> *Nesse contexto, a requerida comprovou que permaneceu no imóvel por mais de 30 anos de forma mansa e pacífica, fato corroborado pelas testemunhas ouvidas em juízo e, até, reconhecido pela autora.*
>
> *Por outro lado, o contrato verbal de comodato além de ter sido refutado pela requerida, não foi comprovado pela autora, que se restringiu ao campo das argumentações e de prova testemunhal descompromissada (parente).*
>
> *Deste modo, alegado pela autora a figura do comodato verbal, competia-lhe provar posteriormente à tese defensiva de usucapião, sendo insuficiente neste comenos provar a propriedade e notificar a requerida, decorrendo imprescindível que se prove, antes, a existência contratual do comodato.*
>
> *Observe-se que não é crível que tenha ocorrido tão-somente a permissão do uso do imóvel por parte do proprietário à requerida, pois, conforme a própria requerente aduziu em suas alegações finais, a cedência do bem à empresa de saneamento seria uma atrativo à venda dos lotes, pois, caso contrário, os adquirentes não seriam servidos pelo fornecimento de água. Ademais, não se espera que depois de haver a cedência do imóvel para a exploração de água e realizadas obras de perfuração de poço e construção de reservatório, tenha a empresa que desocupar a área, isto após o transcurso de trinta anos sem nenhuma oposição.*
>
> *Neste sentido, é o julgado:*
>
> *EMENTA - RECURSO DE APELAÇÃO - IMISSÃO DE POSSE - IMÓVEL ADQUIRIDO DA AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS - AGESUL - USUCAPIÃO ALEGADA EM MATÉRIA DE DEFESA - POSSIBILIDADE - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESSENCIAIS - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. 1. Imóvel destinado à implementação de política pública de moradia das pessoas carentes, por não estar vinculado diretamente ao serviço público, pode ser usucapido, especialmente quando serve de moradia do usucapiente e de sua família, por cumprir relevante função social. 3- O pedido de imissão de posse é improcedente quando o réu consegue demonstrar a aquisição, por usucapião, do domínio do imóvel em discussão. 4- Litigância de má-fé não se presume, cabe a quem alega demonstrar a ocorrência de algum dos fatos caracterizadores. Não produzida essa prova, a multa se torna indevida. Recurso conhecido parcialmente e, na parte conhecida, provido parcialmente.* (Relator(a): Des. Vilson Bertelli; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 27/07/2016; Data de registro: 28/07/2016).

Deste modo, é evidente que, para o loteamento do Jardim Capilé, era necessário e costumeiro

disponibilizar o abastecimento de água potável, somente sendo possível realizá-lo com a prestação de serviço da requerida, que além de ter atendido aos moradores do loteamento, também pôde disponibilizar o serviço público para uma parcela da população de Caarapó. Portanto, era do interesse do genitor da requerente que a requerida ocupasse o imóvel em questão, diante da necessidade de ali ser perfurado um poço para a construção do reservatório de água, os quais ainda são de extrema importância para a continuidade da prestação do serviço público.

Em suma, não há duvida que, no caso em exame, demonstrou a requerida a sua posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de 30 anos sobre o bem objeto desta ação, o que lhe autoriza a obstar a pretensão da autora de ser imitida na posse do imóvel, uma vez que restaram configurados os pressupostos da usucapião extraordinária prevista no artigo 1.238 do CC (15 anos), ou mesmo do art. 550 do CC de 1916 (20 anos).

Por fim, cumpre registrar que a Súmula n.º 237 do STF assim dispõe: *"O usucapião pode ser arguido em defesa"*.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido inicial, acolhendo a exceção de usucapião extraordinária formulada pela requerida, o que faço com fulcro no art. 1.238 do Código Civil, para o fim de declarar-lhe o domínio do imóvel discriminado às f. 1-2 dos autos.

Em razão da sucumbência da parte requerente, condeno-a ao pagamento das custas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00, com fincas no art. 85, § 8º, do CPC. No entanto, tais pagamentos ficarão sobrestados, por deferir à requerente os benefícios da justiça gratuita.

> *De ver-se que não há elementos substanciais para alterar completamente o que decidido. Em seu recurso, a própria apelante não tem certeza se houve ou como houve qualquer contrato quando menciona. É provável que o intuito do pai da genitora fosse tornar mais atrativo o local onde fracionou e urbanizou uma área maior destinada a um loteamento, isso até que o comodante optasse por alienã-la, quem sabe a própria comodatária, ora apelada (SIC).*
>
> *O que se tem de concreto é que a área passou a ser utilizada pela Empresa de Saneamento ainda nos idos de 1980, informação não refutada pela apelante, cuja posse perdura até os dias atuais. De destaque que por volta de 1980 o loteamento já possuía água fornecida pela Sanesul e que o então proprietário veio a falecer em 1983, não constando dos autos qualquer manifestação nesse período que viesse a indicar, minimamente, se havia contrato entre as partes. De ver-se que não há razões para alteração da sentença quando julga improcedente o pedido inicial.*
>
> *Quanto à declaração de domínio do imóvel pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul – Sanesul, ainda que possível alegar Usucapião como tese de defesa, não é possível acolher a exceção de usucapião extraordinária e declarar tal domínio para fim de registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis, por ser a presente demanda possessória pela Autora, não sendo possível declaratória constitutiva em favor da Requerida. Isso porque, para que a Usucapião seja julgada procedente, há necessidade de ação própria, cujo procedimento conflita com o rito empregado nos presentes autos, uma vez que aqui apenas houve discussão quanto a posse e não quanto à propriedade. Ademais, não houve reconvenção, de sorte que o pedido pode ser julgado improcedente quanto a Autora, mas não procedente ao inverso em favor da Requerida.*

Nesse sentido:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – OFERECIMENTO DE RECONVENÇÃO ALEGANDO USUCAPIÃO – DECISÃO QUE NÃO RECEBE A RECONVENÇÃO – EXPRESSA PREVISÃO LEGAL – RECURSO DESPROVIDO. A usucapião pode ser alegada como matéria de defesa,*

> *mas não pode ser arguida em sede de reconvenção, ante a incompatibilidade de ritos, identidade de sujeitos e causa de pedir, haja vista que a ação de usucapião necessita da citação de confrontantes, tornando inviável seu rito no bojo da ação reivindicatória* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1402810-60.2017.8.12.0000, Ponta Porã, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 15/08/2017, p: 18/08/2017).

Havendo o provimento do recurso de apelação, ainda que em parte, é de se aplicar o disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Destarte, considerando o trabalho adicional exercido pelo patrono do apelante em sede recursal, fixo a verba honorária deste no percentual de 2 % (cinco por cento) sobre o valor atualizado a causa.

Assim, a sentença deve ser reformada, em pequena parte.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Nélida Maria Fernandes Capilé Bueno, porém dou-lhe provimento parcial, apenas para reformar a sentença na parte que acolheu a exceção de usucapião extraordinário por não ser possível nestes autos. Por conseguinte, fica sem efeito a determinação para expedição de mandado ao Cartório de Registro de Imóveis. Como consequência as custas e despesas processuais serão rateadas entre as partes, na proporção de 50 % para cada um, mantendo suspensa a exigibilidade em relação ao apelante, por ser beneficiário da assistência judiciária. Ao teor do § 11, do art. 85, do Código de Processo Civil, fixo honorários recursais em 2 % sobre o valor atualizado da causa.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Fernando), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

V O T O (EM 17/10/2017)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º Vogal)

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Nelida Maria Fernandes Capilé, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Caarapó, nos autos de ação de imissão de posse, movida em face da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A – Sanesul, que julgou improcedente o pedido inicial, acolhendo a exceção de usucapião extraordinária, formulada pela requerida como matéria de defesa, com base no art. 1.238 do Código Civil, declarando por consequência o domínio do imóvel descrito nos autos.

Iniciado o julgamento do recurso em 12.09.2017, o insígne relator votou pelo provimento parcial do recurso, motivo por que pedi vista, para uma análise mais detida dos autos.

Como considerado pelo douto relator, trata-se de ação de imissão de posse, onde a autora afirma ser proprietária do imóvel urbano determinado pelo Lote n.º 10, da Quadra 01, localizado no Jardim Capilé, com área de 432 m², registrado no CRI da Comarca de Caarapó-MS, sob a matrícula n.º 06.2019.

Segundo alegou em sua inicial, o referido imóvel foi cedido em comodato verbal pelo seu genitor, já falecido, à recorrida, para a construção de um poço artesiano, a fim de abastecer de água potável parte da Cidade de Caarapó, até que o comodante optasse por lhe dar objetivo diverso. Com o falecimento do comodante ela herdou o bem mencionado e pretendendo aliená-lo, enviou correspondência à requerida em 29.07.2009, com a proposta de venda. Como não houve resposta, ultrapassados 30 dias, ingressou com a presente ação de imissão de posse.

A recorrida, por sua vez, asseverou em contestação que não houve a contratação verbal alegada pela autora, e que o imóvel se encontrava abandonado, sendo ocupado por ela há mais de 33 anos, pedindo o reconhecimento da usucapião extraordinária.

O julgador singular julgou improcedente o pedido da autora e acolheu a exceção de usucapião extraordinária, sendo tal decisão objeto deste recurso.

O insígne relator deu parcial provimento ao recurso, sob o fundamento de que, embora autora não tenha comprovado o comodato verbal e o imóvel tenha permanecido ocupado pela recorrida por mais de 25 anos, sem qualquer providência para sua desocupação, demonstrando o desinteresse daquela pela área em litígio, não há como acolher a exceção de usucapião extraordinária e declarar o domínio do bem em favor da recorrida, para fim de registro no CRI, já que se trata de ação possessória, onde se discutiu somente a posse e não a propriedade, havendo necessidade de ação própria para tanto.

Considerado tal, tenho que a ação de imissão de posse se qualifica como real e petitória, não tendo portanto caráter possessório, uma vez que nela se pede a coisa e não o cumprimento de uma obrigação. De um modo geral, visa à aquisição da posse fundada no direito de propriedade, ou seja, é movida por quem adquire o domínio contra quem tem o dever de lhe transmitir a posse. Dessa forma, cabe ao adquirente de bem que objetive haver a respectiva posse, que não lhe foi devidamente transferida.

É ação similar à reivindicatória, já que ambas detêm natureza petitória. Na primeira, discute-se a posse, enquanto na segunda, trata-se da propriedade. Compartilham, entretanto, dos requisitos essenciais de admissibilidade, quais sejam: a titularidade do domínio pelo autor sobre a coisa reivindicada; a individuação da coisa; a posse injusta pelo réu.

A defesa em ação de imissão de posse, por sua vez, consiste, basicamente, no ataque ao título que embasa o ajuizamento, ou por ser ineficaz ou por outra razão que afaste o domínio alegado pelos proponentes.

Sobre o tema já se posicionaram os tribunais pátrios:

> *AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE NATUREZA PETITÓRIA CC/02, ART. 1228AÇÃO PROPOSTA PELO NOVO ADQUIRENTE DO IMÓVEL EM FACE DOS OCUPANTES PROPRIETÁRIO SEM POSSE EM FACE DE POSSUIDORES NÃO PROPRIETÁRIOS AÇÃO PROCEDENTE RECURSO PROVIDO.* ***A ação de imissão de posse, que possui caráter petitório e não possessório,*** *é facultada àquele cuja pretensão é haver a posse de bens móveis ou imóveis adquiridos, contra quem os detenha, seja o alienante ou terceiros (CC/02, art. 1228, CC/16, art. 524). É legítimo o pedido petitório de imissão na posse formulado por proprietário não possuidor em face de meros ocupantes do imóvel (possuidores não proprietários). Recurso provido.* (TJ SP - Apelação Cível n. 0022395-35.2007.8.26.0068, Rel. Des. Clóvis Castelo) (destaquei).
>
> *DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. AÇÃO PETITÓRIA FUNDADA NO DIREITO DE PROPRIEDADE. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA ALEGADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO. JURA NOVIT CURIA. MIHI FATUM DABO TIBI JUS. APLICAÇÃO. REQUISITOS. CÓDIGO CIVIL DE 1916. INCIDÊNCIA. ART. 550 DO CC/16. NÃO OCORRÊNCIA. IMISSÃO NA POSSE DEFERIDA. INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUNBÊNCIA. RECURSO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME. 1. A* ***Ação de Imissão de Posse constitui demanda petitória fundada no direito de propriedade, pela qual se pretende haver a posse do bem adquirido contra o alienante ou terceiro que o detenha. Imprescindível a demonstração da propriedade sobre o imóvel cuja posse é pleiteada, como no caso dos autos.*** *2. No Direito brasileiro, aplica-se a teoria da substanciação,*

> *segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fruto dos brocardos iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius. 3. Apreciação acerca dos requisitos da usucapião extraordinária do imóvel arguida como defesa, ainda que não pleiteada expressamente pelo réu. Matéria que configura fato extintivo do direito do autor. 4. Pretensão de incidência do art. 2.028 do Código Civil de 2002 c/c art. 553 do Código Civil de 1916. Aplicação do prazo de prescrição aquisitiva de 20 (vinte anos), previsto no art. 550 do Código Civil de 1916. 5. Insuficiência de provas para caracterizar o exercício da posse pelo prazo necessário. Ônus que incumbe ao réu quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme o art. 333, II, do CPC. 6. Recurso de apelação provido por unanimidade. Honorários advocatícios de sucumbência fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), aplicado o art. 20, § 4º do Código de Processo Civil.* (TJ-PE - APL: 2982192 PE, Relator: Eurico de Barros Correia Filho, Data de Julgamento: 10/10/2013, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 22/10/2013) (destaquei).

Como explicita a autorizada lição de Pontes de Miranda: *"A defesa tem de consistir nas afirmações sobre a ineficácia do título. Naturalmente, o réu pode discutir a existência e extensão do direito do autor à posse ou à posse direta, inclusive no tempo e no espaço. A própria eficácia do título pode ser atacada. Não só quanto à forma; também quanto ao fundo*".

Por outro lado, a recorrida alega usucapião como matéria de defesa.

A usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada, na forma da lei, tendo como objetivo acabar com a incerteza da propriedade, assim como assegurar a paz social pelo reconhecimento da propriedade com relação àquela pessoa que de longa data é o seu possuidor.

Ocorre na usucapião, simultaneamente, a perda do direito do antigo proprietário e a aquisição de um novo direito por parte do usucapiente. Esta nova relação jurídica não deriva da anterior. É uma forma originária de aquisição da propriedade.

Nesse viés, não há dúvida quanto à possibilidade de arguição de usucapião como matéria de defesa mas como já consignado pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo o magistrado acolhendo a arguição de defesa, não pode declarar a aquisição do domínio, mas apenas julgar improcedente a o pedido de reinvindicação.

Assim se posicionou a Corte Superior: "*dúvida não há sobre a possibilidade de arguição de usucapião como matéria de defesa. Todavia, nesse caso, o magistrado, acolhendo a arguição da defesa, não pode emitir julgado declarando a aquisição do domínio, mas, apenas, julgar improcedente o pedido de reinvindicação"* (STJ-RT 760/214).

No mesmo sentido: STJ 3ªT. Resp. 652.449, Min. Massami Uyeda, j. 15.12.09, DJ 23.3.10).

Do mesmo modo a jurisprudência pátria:

> **Não** ***obstante a presença dos requisitos necessários à caracterização da prescrição aquisitiva, o direito de propriedade, para ser reconhecido, depende do ajuizamento de Ação de Usucapião, com rito próprio a ser observado****. Demonstrado que os réus possuem imóvel ininterruptamente e sem oposição por mais de 20 (vinte) anos, e que, durante este lapso, possuíam o bem como se fossem proprietários, deve-se reconhecer a aquisição do domínio por meio de usucapião extraordinário.* (TJ-MG AC 10511060092208001- Relator Rogério Medeiros, 17.01.2013). (Destaquei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REIVINDICATÓRIA - USUCAPIÃO COMO

MATÉRIA DE DEFESA – IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE DOMÍNIO- RECURSO IMPROVIDO. I – Não é possível deferir a aquisição de domínio por decurso de tempo sem o procedimento próprio da ação de usucapião. A sentença da ação reivindicatória que reconhece usucapião em matéria de defesa não é suficiente para a transcrição no Registro Geral de Imóveis. Para isso, as partes necessitam ingressar com ação específica de usucapião. II- Recurso improvido – unanimidade. (TJ-ES- AI 35020193922 – Relatora Catharina Maria Novaes Barcellos -10.05.2005).

Assim, sem mais delongas, acompanho o insígne Relator, para dar parcial provimento ao recurso.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Eduardo), após o relator e o 1º vogal darem parcial provimento ao recurso.

VOTO (EM 31/10/2017)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão e não tenho dúvidas em acompanhar o e. relator.

Isso porque, é possível a alegação de usucapião como matéria de defesa na ação de imissão de posse, porém o preenchimento dos seus requisitos apenas acarreta a improcedência do pedido principal, não sendo capaz de ensejar a declaração do domínio.

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO EM DEFESA – REQUISITOS DA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA PROVADOS PELO RÉU – IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO AUTORAL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A reivindicatória permite ao proprietário do imóvel reaver a posse de quem injustamente o detém. Entretanto, comprovada a aquisição originária da propriedade pelo terceiro, impõe-se o reconhecimento do fato extintivo do direito do requerente. 2. Demonstrada a posse mansa e pacífica, com ânimo de proprietário, por mais de 25 anos, e com o estabelecimento de moradia no imóvel, impõe-se o reconhecimento dos requisitos da usucapião pelo réu, fato impeditivo do direito reivindicatório do autor. (TJMS. Apelação n. 0014652-08.2011.8.12.0008, Corumbá, Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 10/08/2017, p: 14/08/2017).

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – REIVINDICATÓRIA – USUCAPIÃO ALEGADO COMO MATÉRIA DE DEFESA – POSSIBILIDADE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESSENCIAIS – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Conforme dispõe a Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal, é possível alegar usucapião como matéria de defesa na reivindicatória. 2. O pedido reivindicatório é improcedente quando a parte ré demonstra aquisição originária do domínio do imóvel em discussão por meio de usucapião extraordinária. Recurso não provido. (TJMS. Apelação n. 0550329-83.2004.8.12.0009, Costa Rica, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 12/07/2017, p: 16/07/2017).

Pelo exposto, acompanho o e. relator para dar parcial provimento ao recurso.

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. 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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 31 de outubro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0802590-24.2016.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ABRIGAMENTO DE IDOSA – DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE E PELO ESTATUTO DO IDOSO – REDUÇÃO DA MULTA APLICADA – INDEVIDA – APLICADA DENTRO DO RAZOÁVEL – DEVIDA A UTILIZAÇÃO DE 30% DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DA IDOSA – RECURSOS CONHECIDOS – DESPROVIDO PARA O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E PROVIDO PARA O MUNICÍPIO DE LADÁRIO.

O acolhimento de idoso é obrigação do Estado e da sociedade prevista constitucionalmente e pelo estatuto do idoso.

No caso em tela, a idosa além de não possuir familiar, é portadora de necessidades especiais, sendo cadeirante, necessitando de auxílio para o desenvolvimento de suas atividades básicas como higiene e alimentação.

A multa tem a intenção de compelir os apelantes ao cumprimento da determinação judicial, sendo o valor imposto em primeira instância razoável para o caso posto.

Por outro lado, considerando que a idosa percebe auxílio assistencial, é justo que parte desse valor, qual seja, 30% (trinta por cento) seja repassado a instituição de seu acolhimento, devendo o município de Ladário ser responsável por sua complementação.

Recursos conhecidos. Desprovido para o Estado de Mato Grosso do Sul e provido para o Município de Ladário.

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 apelo do Estado de Mato Grosso do Sul. Por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, deram provimento ao apelo do Município de Ladário, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 3º vogais, que lhes negavam provimento. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação, com pedido de efeito suspensivo, interpostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul e Município de Ladário em face da Sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, nos autos de ação civil pública - aplicação de medida de proteção com pedido de tutela antecipada movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, em substituição a Geralda de Almeida, que julgou procedente o pedido formulado para o fim de determinar a ambos recorrentes o abrigamento da substituída em entidade pública ou filantrópica conveniada ou em instituição particular, às suas expensas, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 para cada um, limitada a 30 dias, sem prejuízo de outras providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

O apelante Estado de Mato Grosso do Sul requer concessão de efeito suspensivo sob argumento de que a situação de risco não se configura nos presentes autos, eis que toda assistência foi prestada à idosa, encontrando-se atualmente abrigada na Associação Beneficente de Proteção aos Idosos de Miranda - Lar dos Idosos São João (15/07/2016). Alega que não cabe ao Judiciário obrigar o Poder Executivo a remanejar verba destinada ao atendimento da coletividade para custeio de interesse individualizado da demandante, havendo assim ofensa ao princípio da separação de poderes e reserva do possível. Da mesma forma, aduz que a multa fixada no valor de R$ 1.000,00 (mil) reais diários é desacertada, ofendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser afastada integralmente. Requer o recebimento de referido recurso também em seu efeito suspensivo, dando-se provimento ao final para reformar inteiramente a sentença, desobrigando o Estado, ora apelante, ao acolhimento em instituição particular, devendo ser fixada a obrigação de acolhimento no mesmo local onde esta está abrigada ou em outra equivalente.

O apelante Município de Ladário alega que o juízo *a quo* desconsiderou o fato de a substituída já perceber benefício assistencial suficiente para custear, ao menos em parte, o valor necessário ao pagamento da instituição de acolhimento de idosos, de modo que caberia ao Estado e ao Município tão somente providências à complementação do valor necessário. Assim, requer reforma da sentença no sentido de adequar a obrigação imposta ao município à real necessidade da pessoa beneficiada.

Em contrarrazões de apelação o apelado pugna pela mantença da sentença recorrida. No tocante à apelação do Estado aduz "*que os fatos narrados foram devidamente comprovados, uma vez que a idosa encontra-se em situação de risco em razão de não possuir moradia nem familiares interessados e aptos a acolhê-la e prestar cuidados de que necessita, tendo em vista sua condição de portadora de deficiência*" Assevera que *" não merecem prosperar a alegação aduzida pelo apelante no sentido de inexiste situação de risco a ser tutelada. Tal situação só não existe atualmente justamente em razão da presente ação judicial, que culminou no deferimento judicial da demanda"*. No que concerne a aplicação da pena de multa, alega que sua finalidade destina-se a convencer o réu a adimplir com a obrigação a que fora imposta e a qual se nega a executar.

Todavia, alega assertiva com relação ao apelo do Município de Ladário uma vez que o benefício assistencial percebido pela idosa deve ser utilizado pela instituição de acolhimento para sua manutenção no local, bem como para cobrir as despesas inerentes aos seus cuidados.

Requer assim, o provimento quanto ao recurso interposto pelo Município de Ladário e seu improvimento quanto ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opina no mesmo sentido da manifestação exposta pelo Ministério Público de primeiro grau.

VOTO (EM 31/10/2017)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Por primeiro, ressalvo meu entendimento de não reconhecer a legitimidade do Ministério Público Estadual para promover ação civil pública em favor de uma única pessoa em casos como o dos autos, visto que o direito à saúde não é nem pode ser considerado como sendo direito individual indisponível do cidadão. Entretanto, deixo de arguir a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para mover a ação, tendo em vista não ser este o posicionamento dos demais membros deste Tribunal de Justiça.

Anoto ainda que, recebi o apelo do Estado de Mato Grosso do Sul em seu efeito devolutivo, concedendo efeito suspensivo ao apelo do Município de Ladário.

No tocante ao mérito, há previsão constitucional que assegura amparo às pessoas idosas, mormente em seu artigo 230.

> *Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.*

Da mesma forma, o estatuto do idoso em seu artigo 10 e seu § 3º prevê que

> *"É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis". (...)*
>
> *§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".*

Verifica-se dos autos que por certo que a substituída, Geralda de Almeida, necessita de abrigamento em local apropriado, considerando a sua condição de pessoa portadora de necessidades especiais, cadeirante, fato que dificulta a realização de suas atividades básicas (higiene e alimentação), bem como o fato de não possuir familiar que lhe possa abrigar.

Assim, evidente está sua necessidade e seu direito ao abrigamento.

No que concerne ao pedido de redução da multa diária, face ao eventual não cumprimento da medida, tenho que não há razão. A multa tem função coercitiva e acaso haja redução de seu valor diário perderia-se sua identificação, possibilitando eventual descumprimento por parte dos apelantes. Assim, reputo razoável e devido o valor estabelecido em primeira instância (R$ 1.000,00) limitados a trinta dias.

Desta forma, tenho não assiste razão ao apelo do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por outro norte, com relação à apelação do Município de Ladário, tenho assiste razão no que concerne a utilização do benefício assistencial percebido pela idosa, devendo ser utilizado pela instituição de acolhimento para sua manutenção no local, bem como para cobrir as despesas inerentes aos seus cuidados.

Ante o exposto, conheço dos reexames necessários e dos recursos de apelação interpostos. Pelo Estado de Mato Grosso do Sul nego-lhe provimento e pelo Município de Ladário dou-lhe provimento no que concerne a utilização de 30% (trinta por cento) do benefício assistencial percebido por Geralda de Almeida para a instituição de acolhimento para sua manutenção no local, devendo o apelante Município de Ladário proceder a complementação do valor necessário para o pagamento de referida instituição. Mantem-se a sentença *a quo* quanto aos demais termos.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º vogal)

Conforme relatado trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, em favor de Geralda de Almeida, para o fim de aplicação de medida protetiva com pedido de tutela de urgência, em face do Município de Ladário e do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que a substituída é pessoa idosa, deficiente, que se encontra em situação de risco, necessitando assim de abrigamento em entidade pública ou filantrópica conveniada, ou em instituição particular, já que não tem familiares que possam cuidar dela, não tem onde morar, depende de cadeira de rodas para se locomover e do auxílio de terceiros para realizar tarefas básicas, como higiene e alimentação.

Considerados todos os elementos dos autos, o julgador singular concedeu a tutela provisória de urgência em favor da substituída, determinando aos requeridos que providenciassem vaga, ainda que em estabelecimento particular, às suas expensas, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada, inicialmente, a 30 dias. (f. 13-16).

A substituída foi abrigada na Associação Beneficente de Proteção aos Idosos de Miranda - Lar dos Idosos São João, na data de 15/07/2016. (f. 28)

A tutela provisória foi confirmada por sentença, onde o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido, para o fim determinar que os requeridos promovam o abrigamento da substituída em entidade pública ou filantrópica conveniada, ou em instituição particular, às suas expensas, sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (mil reais) para cada um dos requeridos, limitada a 30 (trinta) dias, sem prejuízo da adoção de outras providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (artigo 536, § 1º, do Código de Processo Civil/2015, decretando ao final a extinção do feito, com resolução do mérito nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil/2015.

Desta decisão os requeridos interpuseram recurso de apelação.

O insígne relator votou pelo desprovimento do recurso interposto pelo Estado e Mato Grosso do Sul e pelo provimento daquele manejado pelo Município de Ladário, para o fim autorizar a utilização de 30 % (trinta por cento) do benefício assistencial percebido por Geralda de Almeida, destinando o valor correspondente à instituição de acolhimento, para custear parte de suas despesas naquele local, devendo o Município de Ladário proceder à complementação do valor necessário para o pagamento de referida instituição, mantendo a sentença *a quo* nos demais termos.

Nesse contexto, em que pesem os judiciosos fundamentos do douto Relator, peço vênia para divergir de parte de seu posicionamento sobre as questões aqui tratadas.

De início ressalto que o acompanho para negar provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, mas abro divergência quanto ao provimento do apelo aviado pelo Município de Ladário.

No caso entendo que a falta de local apropriado para internação/abrigamento de idoso viola não só a disposição contida no art. 196 da Constituição Federal, como também o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, e 230 da Carta Magna, além da legislação infraconstitucional que determina o tratamento digno do idoso, garantindo-lhe o direito à preservação da vida e da saúde, tanto pela sociedade, como pelo Poder Público, conforme art. 3º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Mais à frente, o mesmo diploma, em seu art. 9º, prescreve que constitui obrigação do Estado concretizar *"políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade"*.

A Lei n.º 8.842, de 04 de janeiro de 1994, ao tratar da Política Nacional do Idoso, de símile modo, dispôs que:

> *Art. 10. Na implementação da política nacional do idoso, são competências dos órgãos e entidades públicos: I - na área de promoção e assistência social: a) prestar serviços e desenvolver ações voltadas para o atendimento das necessidades básicas do idoso, mediante a participação das famílias, da sociedade e de entidades governamentais e não-governamentais. b) estimular a criação de incentivos e de alternativas de atendimento ao idoso, como centros de convivência, centros de cuidados diurnos, casas-lares, oficinas abrigadas de trabalho, atendimentos domiciliares e outros;*

Diante desse quadro, mister que o Poder Público Municipal assuma seu encargo jurídico-constitucional e garanta o direito subjetivo das pessoas idosas a uma vida digna, de sorte a lhes assegurar condições mínimas de existência, por meio da criação de uma rede efetiva de acolhimento institucional.

A propósito já se posicionou o STJ:

> *A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.* (REsp 1041197 / MS, Relator Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, Data de Julgamento 25/08/2009).

Sendo assim, evidenciada a existência de um direito subjetivo que decorre da patente omissão do Poder Público municipal em garantir o mínimo necessário à subsistência da pessoa idosa em situação de risco, cabe ao Poder Judiciário determinar seja implementada uma política pública eficaz de acolhimento institucional, seja pela prestação direta do serviço, seja pela contratação de terceiros, seja pelo repasse a entidades privadas outras, segundo o seu juízo de discricionariedade.

No caso, cumprindo o Município de Ladário a ordem judicial, procedeu ao abrigamento da idosa na instituição mencionada, mas pediu que ela contribuísse com o valor que recebe de benefício assistencial.

O insígne relator entendeu que a substituída tem sim necessidade de ser abrigada, mas acolhendo o pedido do Município, determinou que a substituída contribua com 30% de seu benefício assistencial, para o custeio de suas despesas no local, devendo o Município de Ladário arcar com o restante, complementando os custos apurados.

No entanto, entendo que tal responsabilidade não pode ser repassada à idosa deficiente, que não possui familiares para ajudá-la nos cuidados diários, tampouco para atendê-la nas suas necessidades básicas de saúde, higiene, vestuário, dentre outros, já que se encontra em situação de pobreza, percebendo apenas parcos rendimentos advindos de benefício assistencial.

O direito a receber o beneficio assistencial decorre de lei e a condição de acolhimento em instituições de longa permanência, assim entendido como hospital, abrigo ou instituição congênere não prejudica o direito do idoso ao recebimento do benefício, já que lhe servirá para atender a necessidades outras, não custeadas pela instituição de acolhimento, não podendo, portanto, ser-lhe imposto abdicar-se de parte desse rendimento para custear seu abrigamento, cujo dever é do Poder Público.

O abrigamento em instituição não conveniada, como no caso, deve ser custeada pelo Município que não promoveu políticas públicas para atender pessoas idosas na condição da substituída, a fim de cumprir sua obrigação constitucional de assegurar condições mínimas de existência, por meio da criação de uma rede efetiva de acolhimento institucional.

Por tais considerações, com vênia do insígne Relator, divirjo em parte do seu posicionamento, somente para também negar provimento ao recurso interposto pelo Município de Ladário, mantendo a sentença objurgada em todos os seus termos em reexame necessário.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao apelo do Estado de Mato Grosso do Sul. Por maioria e com o parecer, deram provimento ao recurso do Município de Ladário, nos termos do voto do relator, vencido o 1.º vogal, que lhe negava provimento. Adiada a conclusão de julgamento, nos termos do artigo 942 do CPC, em face da necessidade de convocação de novos membros.

VOTO (EM 28/11/2017)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1° Vogal.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (4º Vogal)

Trata-se de reexame obrigatório e de recursos de apelação, interpostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Município de Ladário, contra a sentença que julgou procedente a ação ordinária para aplicação de medida protetiva, requerida pelo Ministério Público Estadual, que atua como substituto processual da idosa Geralda de Almeida.

O Estado de Mato Grosso do Sul requer o improvimento do recurso, sob a alegação de que não está comprovada a situação de risco no caso dos autos, porquanto a substituta já se encontra abrigada.

Sustenta, outrossim, afronta aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível, bem como a impossibilidade de imposição de multa cominatória.

O Município de Ladário, por sua vez, pede a redução da obrigação de fazer que lhe foi imposta, limitando-a ao dever de complementar o valor necessário ao pagamento da instituição de acolhimento, com base no desconto do benefício assistencial recebido pela substituída.

O Ministério Público Estadual, em suas contrarrazões (fls. 139-158), requer do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, e pelo provimento do apelo do Município de Ladário; o parecer da Procuradoria de Justiça é no mesmo sentido (f. 169-179).

O relator, Des. Nélio Stábile, vota pelo improvimento do reexame necessário e do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, e pelo provimento do apelo interposto pelo Município de Ladário, por entender que é admissível o repasse de 30% do benefício assistencial recebido pela substituta, para o custeio das despesas na instituição que a abriga.

O 1º vogal, Des. Fernando Moura Marinho, diverge, para negar provimento a ambos os recursos e ao reexame necessário, mantendo-se integralmente a sentença.

A divergência está limitada pelo conteúdo do recurso interposto pelo Município de Ladário, o qual versa sobre a possibilidade de que o custeio do abrigamento da idosa (substituída), possa ser feito também com a complementação de apenas 30% do benefício assistencial por ela recebido.

Ao compulsar os autos e analisar a sentença proferida na ação ordinária para aplicação de medida protetiva ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do Município de Ladário e do Estado de Mato Grosso do Sul, não resta dúvida de que a idosa, Sra. Geralda de Almeida, encontra-se em situação de risco e de desamparo, cabendo ao Poder Público a sua proteção.

Entretanto, a solução encontrada pelo e. relator, ao possibilitar que 30% do benefício assistencial recebido pela substituída seja utilizado como complementação dos custos da sua estadia na instituição particular que a recebeu (Associação Beneficente de Proteção aos Idosos de Miranda - Lar dos Idosos São João), não implica em menosprezo ou violação à ideia de que os rendimentos são impenhoráveis, indisponíveis, ou algo do gênero, pois, no caso concreto, trata-se do direcionamento dos valores justamente para o próprio benefício da pessoa, e não de um terceiro.

De asseverar, ainda, que o benefício assistencial (LOAS), nada mais é do que uma renda mínima garantida aos idosos e pessoas desamparadas, ou com rendimentos ínfimos, cujos valores presumem-se destinados à manutenção do cidadão beneficiado, o que se amolda à solução aplicada pelo i. relator, a qual encontra amparo, inclusive, em diversos julgamentos de casos semelhantes, citados nas contrarrazões (f. 156-157).

Diante disso, pelas razões acima enumeradas, acompanho o relator, Des. Nélio Stábile, para, de acordo com o parecer, negar provimento ao reexame necessário e ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, e dar provimento ao recurso do Município de Ladário, nos termos do voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao apelo do Estado de Mato Grosso do Sul. Por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, deram provimento ao apelo do Município de Ladário, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 3º vogais, que lhe negaram provimento. Decisão com o parecer.

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, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1409671-62.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PARA O FIM DE DETERMINAÇÃO DE DILAÇÃO DE PRAZO PARA ADITAMENTO DE CONTRATO JUNTO AO FIES E MATRÍCULA EM CURSO UNIVERSITÁRIO – TUTELA DE URGÊNCIA INDEFERIDA NA ORIGEM – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA – NÃO HÁ PLAUSIBILIDADE DO DIREITO QUANDO A MEDIDA DEPENDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA SE DEFINIR SE A CULPA PELA FALTA DE ADITAMENTO AO FIES SE DEU POR DESÍDIA DO ALUNO OU POR NEGLIGÊNCIA DA UNIVERSIDADE OU DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – TAMBÉM NÃO HÁ MÍNIMA EVIDÊNCIA DE FALHA DO SISTEMA DO FIES NOS *PRINTS* DE TELA DE COMPUTADOR JUNTADOS NOS AUTOS ORIGINÁRIOS – AUSÊNCIA DO PERIGO DA DEMORA – ALUNO CONTINUA FREQUENTADO AULAS E REALIZANDO AS RESPECTIVAS PROVAS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de outubro de 2017.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Diogo Borges de Arruda contra a decisão proferida pelo juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande na ação de procedimento comum movida contra Banco do Brasil S.A. e Anhanguera Educacional Ltda., que indeferiu a tutela de urgência, que consiste em requerimento de determinação à instituição bancária de aditamento das matrículas dele agravante no curso de medicina veterinária que cursa perante a instituição de ensino, bem como para que esta última providencie a regularização de sua matrícula no referido curso e exclusão de seu nome dos cadastros de proteção ao crédito.

Alega que é estudante e não possui meios de arcar com as mensalidades, sendo certo que os agravados estão efetuando cobrança e mantendo seu nome no cadastro de restrição ao crédito, com o que se denota o fato de ele agravante ficar sem chances de finalizar seu curso e, ainda, obter dívida impagável, já que esta vem sendo corrigida e acrescida de juros constantemente. Aduz que o fato de a universidade estar permitindo que ele recorrente frequente as aulas do curso e realize as provas não corrobora o dito na decisão

agravada, que concluiu não estar havendo prejuízo em sua grade curricular; isso porque não lhe é repassada qualquer informação, sendo que no sistema é como se ele recorrente não estivesse realmente matriculado, como se fosse um "aluno fantasma" (*sic* – f. 3). Assevera que o *periculum in mora* está demonstrado, já que não está havendo validação dos atos decorrentes de sua matrícula, apesar de estar frequentando as aulas. Afirma que, por tal fato, não pode esperar até o final da demanda para ter suas notas e frequências validadas e, principalmente, para ter seu nome retirado do cadastro de inadimplentes.

Em contrarrazões, a agravada Anhanguera Educacional Ltda. pugna pelo desprovimento do recurso, ao argumento de que não estão preenchidos os requisitos para concessão da tutela de urgência. Aduz que não restou demonstrada a plausibilidade do direito na medida em que em 2016/2 o FIES do agravante não foi aditado, conforme pactuado entre ele e o FNDE, sendo certo que tal fato ocorreu porque o recorrente perdeu o prazo para tanto, não comparecendo à instituição financeira para proceder ao referido aditamento. Assevera que a ausência de cumprimento de obrigação por parte do aluno (aditamento contratual) foi o que impediu a recorrida de efetuar a matrícula do aluno no semestre subsequente. Afirma, também, que não restou demonstrado o *periculum in mora*, haja vista que, conforme relatado pelo próprio recorrente, aquele está frequentando as aulas, realizando as provas e obtendo suas notas.

Por outro lado, o agravado Banco do Brasil S.A. apresentou contrarrazões a f.168/177, ocasião em que alega ser parte ilegítima na ação originária, já que atua somente como agente financeiro do Programa do Ministério da Educação, sendo que o agente operador de tal programa é o FNDE, que efetivamente financia a graduação na educação superior de estudantes matriculados em instituições de ensino não gratuitas, e é quem deveria figurar no polo passivo da ação. Aduz que sua conduta é lícita, já que atuou no exercício regular de um direito que lhe assiste. Pugna pelo desprovimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Primeiramente, o agravado Banco do Brasil S.A. alega ser parte ilegítima na ação originária, já que atua somente como agente financeiro do Programa do Ministério da Educação, sendo que o agente operador de tal programa é o FNDE, que efetivamente financia a graduação na educação superior de estudantes matriculados em instituições de ensino não gratuitas, e é quem deveria figurar no polo passivo da ação.

Na Decisão Monocrática a f. 159/160, ressalvei meu entendimento de que as causas que tenham como objeto financiamento concedido pelo FIES devem ser conhecidas pela Justiça Federal, eis que seu gestor imediato, o FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação) se trata de autarquia federal, sendo evidente, portanto, a competência constitucional da referida Justiça para conhecer de ações de tal jaez. Esclareci que, entretanto, deixava de suscitar de ofício referida questão preliminar, uma vez que este Tribunal de Justiça, por seus diversos órgãos julgadores, possui entendimento diverso ao acima explanado.

Agora, ratifico minha ressalva, tanto porque seria inócuo, por não ser este o posicionamento deste Tribunal de Justiça, quanto por não ter sido referida questão conhecida em primeiro grau de jurisdição, sendo que o conhecimento somente nessa ocasião importaria em supressão de instância, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico. Assim, afasto a questão preliminar arguida.

Estando presentes os requisitos processuais, conheço do presente agravo de instrumento. Analisando o processado neste agravo, concluo que o recurso deve ser desprovido.

Isso porque não vislumbro razões para revogar a decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência no feito de origem.

Com efeito. O agravante não logrou êxito em demonstrar a probabilidade de seu direito, posto que os documentos acostados aos autos originários, que são *prints* de tela de computador, não evidenciam que tenha havido erro no sistema de aditamento de contratos do FIES, mas apenas apontam que o prazo para referido aditamento havia se esgotado, por ocasião do acesso ao sistema em questão.

Pontuo que a agravada Anhanguera Educacional Ltda., em suas contrarrazões de f. 164/167, atribui ao recorrente a impossibilidade de renovação do financiamento à suposta desídia daquele, que teria deixado transcorrer *in albis* o prazo para proceder ao aditamento no sistema do FIES, sendo certo que, se tal situação efetivamente ocorreu, realmente não há qualquer direito à tutela de urgência requerida. No mesmo sentido:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL – INOCORRÊNCIA – INCUMBÊNCIA DA ALUNA EM ADERIR AO PROGRAMA DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES) – INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO EM CUSTEAR OS ESTUDOS DA ALUNA QUE NÃO REGULARIZOU SUA SITUAÇÃO JUNTO AO PROGRAMA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1415026-58.2014.8.12.0000. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relatora: Des. Tânia Garcia de Freitas Borges. Julgamento: 10.03.2015).
>
> *RECURSO DE APELAÇÃO – DEVER DE FAZER E DANOS MORAIS – RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA EM CURSO SUPERIOR FINANCIADO PELO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FIES) - AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO PRATICADO PELA RÉ – DESÍDIA DO ESTUDANTE EM VALIDAR O ADITAMENTO DO CONTRATO – PROVAS CONTRÁRIAS AO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR.*
>
> *A desídia do estudante em validar o aditamento do contrato de Financiamento Estudantil (FIES) e a presença de provas contrárias ao fato constitutivo do direito do autor evidenciam a ausência de ato ilícito praticado pela ré e implicam a improcedência do pedido. Recurso conhecido e não provido.* (TJMS. Apelação nº 0806745-28.2015.8.12.0001. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Vilson Bertelli. Julgamento: 05.07.2016).

Destaco que não se está atribuindo, nesse momento, culpa ao Agravante pela não renovação do aditamento ao contrato do FIES. Entretanto, como não há certeza ou evidência de que referido aditamento não ocorreu por sua desídia, ou por negligência da instituição de ensino ou da instituição financeira, não resta comprovada a plausibilidade do direito alegado, uma vez que a demonstração de tal culpa depende, justamente, da instrução do feito, razão pela qual não se pode, num primeiro momento, deferir a tutela pleiteada sem que ao menos haja evidência, mínima que seja, do direito requerido.

Ressalto, também, que não há urgência na medida requerida, uma vez que o agravante continua frequentando as aulas e realizando as provas junto à Universidade, ainda que sem efetuar o pagamento das mensalidades ou regularizar sua situação junto ao FIES.

Dessa feita, não estando demonstrados os requisitos legais, entendo não ser cabível a reforma da decisão recorrida, razão pela qual o recurso não merece provimento.

Ante o exposto, conheço do presente agravo de instrumento aviado por Diogo Borges de Arruda para o fim de negar-lhe provimento, e manter a decisão recorrida em seus 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. 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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 31 de outubro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n º 0800556-04.2012.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADA – AUMENTO DE SUBSÍDIOS DE PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E SECRETÁRIOS MUNICIPAIS – VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 21 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – NULIDADE DE ATO QUE RESULTE EM AUMENTO DE DESPESAS COM PESSOAL EXPEDIDO NOS 180 DIAS ANTERIORES AO FINAL DO MANDATO – ATOS QUE CAUSARAM DANO AO ERÁRIO – PRAZO APLICÁVEL À AGENTES PÚBLICOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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).

Não há qualquer distinção entre a espécie de alteração no erário público, bastando que com a edição de ato normativo, haja exasperação do gasto público com o pessoal ativo ou inativo do ente público. Assim, o prazo previsto no parágrafo único do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal é aplicável tanto aos servidores públicos como aos agentes políticos, nos termos do artigo 1º da mesma lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 29 de novembro de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Daltro Fiúza, Nilo Cervo, Rosângela Vargas Cassola, Miguel Ângelo Lescano, Tânia Maria Pastório Rossato, Rosimeire Aparecida Garcia de Brito, Paulo Atílio Pereira, Antonio Alves Fagundes, Ilson Fernandes Barbosa Júnior, Ilson Peres de Souza, Antonio Galdino de Oliveira, Nelson da Silva Feitosa, Nilton Lopes Moraes, Ângela Aparecida Barbosa da Silva, Haroldo Calves Dias, Rosângela Rodrigues dos Santos, Roberta Zeni Stefanello, Waldemar Acosta, Jean César França de Nazareth, Jurandir Candido da Silva, Carlos Tadeu Henrique do Carmo, César Wilson dos Santos e Jonas Rodrigues Barbosa, interpuseram

recurso de apelação em face da sentença (f. 901-916) proferida em 26 de agosto de 2016 por Fábio Henrique Calazans Ramos Juiz da 1ª Vara Cível da comarca de Sidrolândia-MS que na ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual, julgou procedentes os pedidos para o fim de declarar inconstitucionais e, em consequência, nulos de pleno direito os atos administrativos e legislativos havidos no âmbito da Câmara Municipal de Sidrolândia e sancionados pelo chefe do Executivo, que tiveram por objeto a fixação de subsídios ao prefeito, vice-prefeito, secretários e vereadores, com fundamento nas Leis Municipais 1389/2008 e 1391/2008. Condenou os réus ao dever de ressarcimento dos valores por eles recebidos a mais, com base nas Leis Municipais 1398/2008, 1390/2008 e 1391/2008. Foram ainda condenados por ato de improbidade administrativa os réus Ilson Fernandes Barbosa Júnior, Nelson da Silva Feitosa, Nilton Lopes Moraes, Angela Aparecida Barbosa da Silva, Haroldo Calves Dias, Ilson Peres de Souza, Rosangela Rodrigues dos Santos e Daltro Fiúza.

Em razões recursais, Daltro Fiúza e Nilo Cervo (f. 923-947), arguiram em preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, afirmando que as leis que fixaram os subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais atenderam aos requisitos constitucionais atinentes. No mérito, sustentam que não se aplica o artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal no caso de fixação de subsídios dos agentes políticos, e que a realização de atos administrativos nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato, somente se revela ilícito se extrapolar os limites orçamentários, assim afirmam que restou comprovado que a majoração dos vencimentos respeitou o orçamento e limite de gastos, pois só entraria em vigor na legislatura seguinte.

Argumentam que o reajuste dos subsídios somente objetivou a correção do índice inflacionário do tempo que ficaram sem a atualização da remuneração, nos termos do artigo 37, X da Constituição Federal. Por fim, alegam que não houve má-fé, não havendo que se falar em ato de improbidade administrativa ou nulidade dos atos.

Rosangela Vargas Cassola apresentou razões recursais ás f. 952-958, sustentando que não há violação ao artigo 21 da LRF, pois não houve efetivo aumento de despesa, tratando-se apenas de reajuste remuneratório dos agentes políticos, que encontra-se respaldado na Constituição Federal.

Em razões recursais de f. 963-967, Miguel Ângelo Lescano, Tânia Maria Pastório Rossato, Rosimeire Aparecida Garcia de Brito, Paulo Atílio Pereira e Antônio Alves Fagundes, afirmam que não havia outra conduta a seguir, a não ser exercer seus cargos e assim, perceber os salários fixados pelas Leis.

Ilson Fernandes Barbosa Júnior e outros apresentaram suas razões às f. 971-999, aduzindo que não houve ofensa ao art. 21, parágrafo único, da Lei n.º 101/2000, tendo em vista que tal dispositivo veda que ocorra aumento das despesas dentro dos 180 dias anteriores ao término da legislatura em que foi produzido. Ressaltam que o referido dispositivo não se aplica a agentes políticos, pois não pertencem aos quadros do funcionalismo público, desse modo, assevera que ocorreu fixação de subsídios de agentes políticos, nos termos do artigo 29, VI da Constituição Federal. Em conclusão, declara que não houve afronta aos princípios da Administração Pública não caracterizando assim qualquer ato de improbidade.

Nas razões recursais acostadas às f. 1001-1018, Nelson da Silva Feitosa, argui que não agiu com dolo ou má-fé, pois não se beneficiou do novo subsidio, vez que não foi reeleito, afirma que era obrigatoriedade dos vereadores legislar sobre o aumento para o próximo mandato, nos termos do artigo 29, da Constituição Federal. No mesmo sentido, relata que não houve ato de improbidade administrativa, pois o ato se deu nos termos dos dispositivos constitucionais.

O Ministério Público Estadual de primeira instância contrarrazou às f. 1027-2036, pugnando pelo improvimento dos recursos.

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo conhecimento e desprovimento dos recursos interpostos.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Daltro Fiúza, Nilo Cervo, Rosângela Vargas Cassola, Miguel Ângelo Lescano, Tânia Maria Pastório Rossato, Rosimeire Aparecida Garcia de Brito, Paulo Atílio Pereira, Antonio Alves Fagundes, Ilson Fernandes Barbosa Júnior, Ilson Peres de Souza, Antonio Galdino de Oliveira, Nelson da Silva Feitosa, Nilton Lopes Moraes, Ângela Aparecida Barbosa da Silva, Haroldo Calves Dias, Rosângela Rodrigues dos Santos, Roberta Zeni Stefanello, Waldemar Acosta, Jean César França de Nazareth, Jurandir Candido da Silva, Carlos Tadeu Henrique do Carmo, César Wilson dos Santos e Jonas Rodrigues Barbosa, objetivando a reforma da sentença proferida em 26 de agosto de 2016 pelo Juiz da 1ª Vara de Sidrolândia-MS que na ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual, julgou procedentes os pedidos para o fim de declarar inconstitucionais e, em consequência, nulos de pleno direito os atos administrativos e legislativos havidos no âmbito da Câmara Municipal de Sidrolândia e sancionados pelo chefe do Executivo, que tiveram por objeto a fixação de subsídios ao prefeito, vice-prefeito, secretários e vereadores, com fundamento nas Leis Municipais 1389/2008 e 1391/2008. Condenou os réus ao dever de ressarcimento dos valores por eles recebidos a mais, com base nas Leis Municipais 1398/2008, 1390/2008 e 1391/2008. Foram ainda condenados por ato de improbidade administrativa os réus Ilson Fernandes Barbosa Júnior, Nelson da Silva Feitosa, Nilton Lopes Moraes, Angela Aparecida Barbosa da Silva, Haroldo Calves Dias, Ilson Peres de Souza, Rosangela Rodrigues dos Santos e Daltro Fiúza.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 901-916:

> *Diante do exposto e, por tudo mais que dos autos consta, com fundamento no disposto no art. 21 da Lei Complementar 101/2000 e artigos 11, incisos I c/c art. 12, inciso III da Lei nº 8.429/92, julgo PROCEDENTE o pedido inicial desta Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Estadual em desfavor de Angela Aparecida Barbosa da Silva e outros, já qualificados, para o fim de:*
>
> *1) declarar inconstitucionais e, assim, nulos de pleno direito os atos administrativos/legislativos havidos no âmbito da Câmara Municipal de Sidrolândia/MS e sancionados pelo chefe do Executivo, que tiveram por objeto a fixação de subsídios ao Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários e Vereadores, com fundamento nas Leis Municipais 1389/2008, 1390/2008 e 1391/2008;*
>
> *2) impor ao Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários e aos Vereadores de Sidrolândia/MS ora réus o dever de ressarcimento dos valores por eles recebidos a mais, com base nas Leis Municipais 1389/2008, 1390/2008 e 1391/2008, valores estes a serem individualizados em liquidação de sentença, por simples cálculos aritmético, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora;*
>
> *3) condenar, por ato de improbidade administrativa, os réus Ilson Fernandes Barbosa Júnior, Nelson da Silva Feitosa, Nilton Lopes Moraes, Angela Aparecida Barbosa da Silva e Haroldo Calves Dias à sanção de suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos e proibição temporária, pelo mesmo prazo, de contratar com o Poder Público, e aos réus Ilson Peres de Souza, Rosangela Rodrigues dos Santos e Daltro Fiúza a sanção de suspensão dos direitos políticos por 05 (cinco) anos e proibição temporária, pelo mesmo prazo, de contratar com o Poder Público.*
>
> *Nos termos do disposto no artigo 20 da Lei nº 8.429/92, a suspensão dos direitos políticos efetivar-se-á com o trânsito em julgado da presente.*
>
> *Condeno, pois, os requeridos, no pagamento das custas e despesas processuais, nos termos do artigo 91 do Código de Processo Civil.*

Sem honorários.

Transitada em julgado, oficie-se à Justiça Eleitoral para os efeitos da suspensão dos direitos políticos e, oportunamente, arquive-se o presente, com as cautelas legais.

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

Sidrolândia, 26 de agosto de 2016.

Razões recursais:

Em razões recursais, Daltro Fiúza e Nilo Cervo (f. 923-947), arguiram em preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, afirmando que as leis que fixaram os subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais atenderam aos requisitos constitucionais atinentes. No mérito, sustentam que não se aplica o artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal no caso de fixação de subsídios dos agentes políticos, e que a realização de atos administrativos nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato, somente se revela ilícito se extrapolar os limites orçamentários, assim afirmam que restou comprovado que a majoração dos vencimentos respeitou o orçamento e limite de gastos, pois só entraria em vigor na legislatura seguinte.

Argumentam que o reajuste dos subsídios somente objetivou a correção do índice inflacionário do tempo que ficaram sem a atualização da remuneração, nos termos do artigo 37, X da Constituição Federal. Por fim, alegam que não houve má-fé, não havendo que se falar em ato de improbidade administrativa ou nulidade dos atos.

Rosangela Vargas Cassola apresentou razões recursais ás f. 952-958, sustentando que não há violação ao artigo 21 da LRF, pois não houve efetivo aumento de despesa, tratando-se apenas de reajuste remuneratório dos agentes políticos, que encontra-se respaldado na Constituição Federal.

Em razões recursais de f. 963-967, Miguel Ângelo Lescano, Tânia Maria Pastório Rossato, Rosimeire Aparecida Garcia de Brito, Paulo Atílio Pereira e Antônio Alves Fagundes, afirmam que não havia outra conduta a seguir, a não ser exercer seus cargos e assim, perceber os salários fixados pelas Leis.

Ilson Fernandes Barbosa Júnior e outros apresentaram suas razões às f. 971-999, aduzindo que não houve ofensa ao art. 21, parágrafo único, da Lei n.º 101/2000, tendo em vista que tal dispositivo veda que ocorra aumento das despesas dentro dos 180 dias anteriores ao término da legislatura em que foi produzido. Ressaltam que o referido dispositivo não se aplica a agentes políticos, pois não pertencem aos quadros do funcionalismo público, desse modo, assevera que ocorreu fixação de subsídios de agentes políticos, nos termos do artigo 29, VI da Constituição Federal. Em conclusão, declara que não houve afronta aos princípios da Administração Pública não caracterizando assim qualquer ato de improbidade.

Nas razões recursais acostadas às f. 1001-1018, Nelson da Silva Feitosa, argui que não agiu com dolo ou má-fé, pois não se beneficiou do novo subsidio, vez que não foi reeleito, afirma que era obrigatoriedade dos vereadores legislar sobre o aumento para o próximo mandato, nos termos do artigo 29, da Constituição Federal. No mesmo sentido, relata que não houve ato de improbidade administrativa, pois o ato se deu nos termos dos dispositivos constitucionais.

O Ministério Público Estadual de primeira instância contrarrazou às f. 1027-2036, pugnando pelo improvimento dos recursos.

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo conhecimento e desprovimento dos recursos interpostos.

Breve relato dos fatos:

O Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação civil pública em face dos apelantes, ao argumento de que os projetos de lei que tinham como objeto o aumento dos subsídios do prefeito, vice-prefeito, vereadores e secretários municipais, foram aprovados após a eleição municipal de 2008, realizada em 05/10/2008, quando já se sabia quem exerceria a legislatura seguinte.

Ressaltou que o prefeito Daltro Fiúza sancionou as Leis n.º 1389/2008, 1390/2008 e 1391/2008, as quais aumentavam os subsídios dos secretários, do prefeito e vice-prefeito e dos vereadores, respectivamente.

Sustentou que *"afora a impropriedade temporal da legislação (após sabença do resultado dos 'vencedores e vencidos') o extraordinário reajuste ocorrido nos subsídios do prefeito e vice-prefeito que de R$ 9.500,00 e 4.200,00, respectivamente, saltaram para R$ 14.250,00 e 6.300,00, um aumento de 50 % !!!"*.

Informou que referidas leis foram discutidas e aprovadas em plenário realizado em 03 de novembro de 2008, aproximadamente 03 (três) semanas após as eleições.

Aduziu que *"na Ata n. 036/2008 (fl. 32), do dia 03 de novembro de 2008, onde consta a discussão dos projetos de Lei 009/2008, 010/2008 e 011/2008, há o rol de vereadores que votaram a favor e contra, merecendo especial atenção, a justificativa apresentada pelo Vereador Dr. Marcelo Ascoli para não aprovar tais projetos: '... a aprovação fere a Lei de Responsabilidade Fiscal por estar sendo votado fora do prazo estabelecido na referida lei'"*.

Afirmou que mesmo cientes da vedação contida em lei, os vereadores aprovaram os projetos de lei.

Pugnou:

> *a) seja a presente ação civil pública autuada e processada;*
>
> *b) seja deferida, em caráter liminar, inaudita altera pars , o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, para o fim de se suspender o pagamento dos subsídios dos requeridos nos termos das Leis Municipais n. 1389/2008, 1390/2008 e 1391/2008, devendo ser mantido o subsídio fixado para a legislatura de 2005/2008 para Prefeito, Vice Prefeito, Vereadores e Secretários municipais;*
>
> *c) seja determinada a notificação dos Requeridos para que, querendo, ofereçam resposta a presente ação no prazo legal, sob pena de revelia e confissão quanto a matéria de fato;*
>
> *d) seja nomeado um contador judicial para a conferência e a individualização dos cálculos, indicando o montante que cada um dos réus deve restituir (proporcionalmente ao período em que receberam os subsídios), tendo em vista que os cálculos ora apresentados foram feitos por pessoa de formação jurídica e não contábil;*
>
> *e) Após, seja recebida a inicial e citados os réus;*
>
> *f) Ao final, seja julgada totalmente procedente a presente ação civil pública para o fim de:*
>
> *f. 1) declarar inconstitucionais e, assim, nulos de pleno direito os atos administrativos/legislativos havidos no âmbito da Câmara Municipal de Sidrolândia/MS e sancionados pelo chefe do Executivo, que tiveram por objeto a fixação de subsídios ao Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários e Vereadores, com fundamento nas Leis Municipais 1389/2008, 1390/2008 e 1391/2008.*
>
> *f. 2) impor ao Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários e aos Vereadores de Sidrolândia/MS ora réus o dever de ressarcimento dos valores por eles recebidos a mais, com base nas*

Leis Municipais 1389/2008, 1390/2008 e 1391/2008, valores estes a serem individualizados, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora;

f. 3) tornar definitiva a liminar ora requerida, impondo aos requeridos o dever de se absterem de receber subsídio no montante estabelecido nas Leis Municipais 1389/2008, 1390/2008 e 1391/2008, sob pena de multa diária em valor a ser fixado por este juízo em montante suficiente para garantir o cumprimento desta obrigação, retornando o valor dos subsídios ao quantum fixado para a legislatura de 2005/2008;

f. 4) condenar por ato de improbidade administrativa os réus Ilson Fernandes Barbosa Júnior, Ilson Peres de Souza, Nelson da Silva Feitosa, Nilton Lopes Moraes, Ângela Aparecida Barbosa da Silva, Haroldo Calves Dias e Rosangela Rodrigues dos Santos e Daltro Fiúza, eis que, de má-fé, violaram princípios da administração pública (incidindo na conduta ilícita do art. 11 da Lei de Improbidade), como narrado aprofundadamente no item III. , subitem C. , impondo-se a eles as sanções do art. 12 da Lei 8429/92.

Os requeridos apresentaram manifestação à f. 403-430, pugnando pela rejeição da ação.

As defesas prévias foram apresentadas à f. 457-476, 475-488, 492-500 e 539-548.

O magistrado de primeiro grau recebeu a petição inicial à f. 550-555, determinando a citação dos requeridos e indeferindo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Em contestações (f. 573-597, 702-731, 733-745 e 748-761), os requeridos sustentaram a inexistência de ato ímprobo, ilegal ou inconstitucional capaz de ensejar a presente ação civil pública.

Ressaltaram que dos oito vereadores que votaram pela aprovação das leis, apenas um foi reeleito, os demais alcançaram o número de votos somente para ocupar os cargos de suplência, outro sequer solicitou sua candidatura para o pleito de 2008.

Arguiram preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que não há limitação quanto à competência para fixação dos subsídios dos vereadores.

Alegaram a constitucionalidade das leis municipais, pelo atendimento as normas constitucionais e direito ao reajuste de subsídios.

Pugnaram pela improcedência dos pedidos iniciais.

Impugnação às contestações apresentada pelo representante do Ministério Público Estadual à f. 802-806.

Alegações finais à f. 845-880.

A sentença recorrida foi proferida à f. 901-916.

Os recursos serão analisados conjuntamente.

O Ministério Público Estadual tipifica a conduta dos apelantes no art. 11[1] da LIA, requerendo lhes sejam aplicadas as sanções do art. 12 da Lei n.º 8.429/92, ao argumento de que violaram princípios da administração pública.

Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido

1 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:

Em razões recusais, os apelantes Daltro Fiúza e Nilo Cervo arguem preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que não há imposição de respeito a qualquer anterioridade quanto à fixação dos subsídios do prefeito, vice-prefeito e secretários municipais.

Contudo, a questão discutida se confunde com o mérito, e será analisada conjuntamente.

Do mérito

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).

Na lição de Waldo Fazzio Júnior (p. 77):

> *O ato de improbidade é o agir ou o não agir, isto é, a conduta comissiva ou omissiva do agente público, que investe contra a probidade administrativa. Enriquecimento ilícito (no art. 9º) é seu efeito subjetivo, a saber, sobre o agente público. Negativo, porque o agente público coloca interesse particular (seu ou de outrem) acima do interesse público. Lesão ao erário (no art. 10) é o efeito objetivo, de natureza econômica, ou seja, o prejuízo para o patrimônio público econômico.*
>
> *Assim, qualquer ato de improbidade administrativa atenta contra a probidade administrativa, entendida como síntese coordenada dos princípios constitucionais da Administração Pública.*
>
> *Vale considerar que o ato de improbidade administrativa é, sobretudo, um ilícito, uma conduta comissiva ou omissiva adversa a um dever.*

Consoante entendimento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a modalidade culposa é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (artigos 9º e 11 da LIA), que exigem a modalidade dolosa.

Confira-se julgado abaixo:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO. FUNASA. APLICAÇÃO IRREGULAR DE VERBAS. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DO ACORDO. ATO ÍMPROBO POR DANO AO ERÁRIO CARACTERIZADO. DOLO CARACTERIZADO. ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES DA LEI N. 8.429/92. CABIMENTO. 1. A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Logo,* ***para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do art. 10****. 2. No caso dos autos, ficou comprovada a má utilização de recursos públicos oriundos de convênio com a FUNASA. Assim, além de proceder à alteração unilateral do objeto conveniado, também não comprovou a utilização do percentual de 51% das verbas em finalidades públicas no município, ficando, portanto, demonstrado o dolo do agente e o prejuízo ao erário, seja pelo descumprimento do pactuado, seja pela má gestão administrativa. 3. Caracterizado o ato de improbidade administrativa por dano ao erário, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, já que, para enquadramento de conduta no citado artigo, é dispensável a configuração do dolo, contentando-se a norma com a simples culpa. O descumprimento do convênio*

com a não aplicação das verbas ao fim destinado, foi, no mínimo, um ato negligente. 4. Evidenciada no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-probatórias descritas pelo tribunal de origem, a culpa por parte do recorrente, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei n. 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12 do mesmo diploma, como bem determinou o tribunal de origem. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no AREsp 532421 / PE n.º 2014/0142733-0. Ministro Humberto Martins. DJe 28/08/2014) (Destaquei)

Maria Sylvia Zanella di Pietro[2] pondera que:

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.

E mais (p. 689):

A aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre os meios e os fins.

Confira-se, a respeito, recente julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. ELEMENTO VOLITIVO. CULPA RECONHECIDA PELA IMPETRANTE. SANÇÃO. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Trata-se de Mandado de Segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Justiça, com o fim de anular Portaria que demitiu a impetrante do cargo de Técnico de Contabilidade do Quadro de Pessoal da Fundação Nacional do Índio, e, posteriormente, cassou a sua aposentadoria, tendo em vista a prática de ato de improbidade administrativa causadora de prejuízo ao erário. 2. Na hipótese dos autos, quando da apuração da infração, a Comissão Processante atestou que houve prejuízo para a administração e dolo na conduta da impetrante, reverberando o seguinte (fls. 7822 e 7880/e-STJ): "Desta forma, dando por concluído o presente trabalho, após cautelosa análise dos depoimentos, provas coligidas e argumentos de defesa, esta Comissão, com amparo legal nos parágrafos 1o e 2° do Art. 165 da Lei 8112/90 por unanimidade de seus pares, conclui que ficou cabalmente comprovado que quando a servidora GEISA MARIA TENÓRIO BRITO matricula SIAPE n° 0 446 699 solicitou auxilio financeiro, realizou o empenho e pagamento no sistema SIAFI/SIASG como usuária do sistema, requisitou autorização para pagamento com irregularidades nos processos de concessão de auxilio financeiro ao índio, enviou a ordem bancária no dia 20 de janeiro de 2012 no valor de R$27.000,00 (vinte e sete mil reais) para pagamento sem assinatura do gestor financeiro, demonstrando descaso com o recurso publico (...) infringiu o artigo 116, incisos I, III e IX, artigo 117, inciso IX todos da Lei 8112/90 e artigo 10, incisos VIII e IX da Lei 8.429/92, atestou alguns recibos de auxilio financeiro antes ou durante a realização do evento, sem comprovação da utilização do auxilio financeiro (...) apropriou-se de um aparelho de telefonia móvel IPHONE 46 1608, adquirido pela Fundação Nacional do índio/MJ (...) recebeu diárias

2 PIETRO. Maria Sylvia di. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas. P. 686.

> *para deslocamento com o objetivo de realizar levantamento patrimonial em outro município, entretanto, retomava todos os dias à cidade de Fortaleza/CE e na prestação de conta omitiu a informação (...) não realizou o ressarcimento ao erário (...)". 3. No que diz respeito ao elemento volitivo cumpre registrar que em peça vestibular a impetrante aduz não ter agido com dolo, e que ocorrera "mero descuido no trato da coisa pública" (fls. 5-6/e-STJ). Assim, conquanto alegue inexistir dolo, confessa a impetrante ter agido com culpa. 4. O prejuízo ao erário é incontroverso (elemento objetivo), e existe ao menos culpa (elemento subjetivo), visto que confessada pela própria impetrante. JURISPRUDÊNCIA DO STJ 5. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa. (AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 30/6/2015). Por via de consequência, in casu, ainda que se afastasse o dolo na conduta, permaneceria a culpa, estando evidenciada a improbidade administrativa. GRAVIDADE DA INFRAÇÃO 6. Quanto à gravidade da infração, as condutas reprovadas e os prejuízos causados foram os seguintes: irregularidades nos processos de concessão de auxílio financeiro ao Índio no valor de R$ 27.000, 00; realização de eventos sem comprovação da utilização do referido auxílio financeiro; apropriação de um aparelho de telefonia móvel IPHONE 46 1608 adquirido pela FUNAI; e recebimento irregular de diárias (fl. 7.822/e-STJ). Logo, não se pode considerar irrisório o prejuízo causado e nem mesmo leve a gravidade da conduta. CAPITULAÇÃO LEGAL DA CONDUTA 7. Incursa a impetrante nos preceitos constantes dos artigos 117, IX, XVI, 132, IV, da Lei 8.112/90, a pena de demissão escapa a qualquer conceito de teor discricionário, revelando estrita observância do princípio da legalidade, importando na aplicação obrigatória da penalidade de demissão. 8. Ademais, as provas constantes dos autos indicam, e a conclusão da Comissão Processante ratifica (fl. 7822/e-STJ), que a pena aplicada à impetrante não foi influenciada pelas atitudes e comportamentos de seu marido. 9. Segurança denegada. (*MS 21.715/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 02/02/2017).

Pois bem, não obstante a advertência do vereador Marcelo Ascoli de que violariam a Lei de Responsabilidade Fiscal, em 03 de novembro de 2008, os membros da Câmara Municipal de Sidrolândia, ora requeridos, aprovaram projeto de lei n.º 009/2008, o qual dispõe (f. 49):

> *Art. 1º. Fica o subsídio mensal do Prefeito e do Vice-Prefeito do Município de Sidrolândia-MS, fixados em R$ 14.250,00 (quatorze mil duzentos e cinquenta reais) e R$ 6.300,00 (Seis mil e trezentos reais) respectivamente, a contar de janeiro de 2.009.*
>
> *Art. 2º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.*

Na mesma data, foram aprovados o projeto de lei n.º 010/2008 que aumentou o subsídio dos Secretários Municipais e o projeto de lei n.º 011/2008 que também majorou o subsídio dos Vereadores do Município de Sidrolândia, nos seguintes termos:

> *Art. 1º. Fica o subsídio mensal dos Secretários Municipais do Município de Sidrolândia – MS, fixados em R$ 5.250,00 (cinco mil e duzentos e cinquenta reais) a contar de janeiro de 2.009.*
>
> *Art. 2º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. (Projeto de lei n.º 010/2008 – f. 52).*
>
> *Art. 1º. Fica o subsídio mensal dos Vereadores do Município de Sidrolândia – MS para a legislatura de 2.009 à 2.012, fixado no importe de 3.715,22 (Três mil, setecentos*

e quinze reais e vinte e dois centavos), obedecerá o limite máximo de 30% (trinta por cento) dos subsídios dos Deputados Estaduais da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Art. 2º. O subsídio dos Vereadores não poderá ultrapassar ao índice percentual de 5% da receita do Município, observando ainda o Duodécimo Mensal deste Poder Legislativo e as disposições insertas na Lei Complementar Federal nº 101 e demais normas legais pertinentes.

Art. 3º. Fica instituída a verba indenizatória no exercício parlamentar no importe de até 50% (cinquenta por cento) do subsídio dos vereadores.

Parágrafo Único – A verba que trata o art. 3º será regulamentada através de Resolução.

Art. 4º. A ausência do vereador à sessão ordinária, ou a sua não participação na ordem do dia da sessão legislativa realizada, implicará no desconto de 1/4 do valor do seu subsídio mensal para cada falta verificada, salvo justificativa apresentada tempestivamente ou consoante permissão regimental.

Art. 5º. No período do recesso legislativo, os subsídios mensais serão pagos de forma integral.

Art. 6º. O comparecimento efetivo as sessões extraordinárias realizadas no período de recesso legislativo será remunerado na proporção de 1/4 do subsídio mensal para cada sessão, até o máximo de quatro, observada a disponibilidade efetiva de recursos para a realização das despesas com a finalidade.

Art. 7º. As despesas decorrentes do subsídio dos vereadores correrão a conta da seguinte dotação orçamentária: 3.1.90.11 - Vencimentos e vantagens fixas - pessoal civil, consignada no Orçamento do Poder Legislativo Municipal em cada exercício financeiro.

Art. 8º. Esta Lei entrará em vigor a partir de 1.º de janeiro de 2009, revogadas as disposições em contrário. (projeto de lei n.º 011/2008 – f. 55-56).

Conforme ata da sessão ordinária da Câmara Municipal de Sidrolândia realizada em 03.11.2008, a aprovação dos projetos de lei se deu da seguinte forma (f. 60-61):

Pereceres (sic) favoráveis ao Projeto de Lei nº. 009/2008, autoria da Mesa Siretora que Fixa subsídios do Prefeito e do Vice-Prefeito do Município de Sidrolândia-MS, aprovados, Ato contínuo, o presidente colocou em discussão e votação todo o Projeto, discutiram o Projeto os vereadores Dr. Marcelo, Peres e Drª. Rosângela, aprovado com dois votos contra do vereador Peres por orientação de seu partido e do vereador Dr. Marcelo alegando que a aprovação fere a Lei de Responsabilidade Fiscal por estar sendo votado fora do prazo estabelecido pela referida Lei; Prosseguindo, o presidente colocou em discussão e votação os pareceres favoráveis ao Projeto de Lei nº. 010/2008 autoria da Mesa Diretora que fixa subsídios dos Secretários Municipais, aprovados; Em discussão e votação todo o Projeto, aprovado com um voto contra do vereador Dr. Marcelo; Ato contínuo colocou em discussão e votação os pareceres favoráveis ao Projeto de Lei n.º 011/2008 autoria da Mesa Diretora que Fixa o subsídio dos vereadores do Município de Sidrolândia-MS, aprovados, em discussão e votação todo o Projeto, aprovado com um voto contra do vereador Dr. Marcelo (...)

Em 07 de novembro de 2008, as leis n.º 1391/2008, 1390/2008 e 1389/2008 foram sancionadas pelo então prefeito municipal, Daltro Fiúza (f. 118-220).

Ocorre que consoante disposto no parágrafo único do artigo 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o aumento de despesa com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular é nulo de pleno direito.

Confira-se:

> *Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:*
>
> *I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;*
>
> *II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.*
>
> ***Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20***. (destaquei)

Não há dúvidas de que referidas leis foram aprovadas fora do prazo estabelecido no parágrafo único do artigo 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal (aproximadamente 60 dias antes do final do mandato de 2008), restando controverso se tal prazo seria aplicável ao aumento de subsídio de agentes políticos ocupantes de cargo de natureza política.

Da aplicabilidade do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal aos Agentes Políticos:

Entende-se por despesa de pessoal, conforme disposto no art. 18, da LRF:

> *O somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos civis, militares e de membros de Poder com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e varáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões.*

Da análise do dispositivo citado, verifica-se que não há qualquer distinção entre a espécie de alteração no erário público, bastando que com a edição de ato normativo, haja exasperação do gasto público com o pessoal ativo ou inativo do ente público. Assim, o prazo previsto no parágrafo único do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal é aplicável tanto aos servidores públicos como aos agentes políticos, nos termos do artigo 1º da mesma lei.

Confira-se:

> *Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.*
>
> *§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.*
>
> *§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.*
>
> *§ 3º Nas referências:*

> *I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:*
>
> *a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;*
>
> *b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;*
>
> *II - a Estados entende-se considerado o Distrito Federal;*
>
> *III - a Tribunais de Contas estão incluídos: Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado e, quando houver, Tribunal de Contas dos Municípios e Tribunal de Contas do Município.*

Não se desconhece posicionamentos de membros deste Tribunal, em sentido contrário (4010026-28.2013.8.12.0000, 2005.015957-3/0000-00, 2007.002063-2/0001-00), contudo, filio-me a corrente que entende ocorrer violação ao art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o ato expedido por agente político dentro do prazo de 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder, que resulte aumento da despesa com pessoal.

Acerca da questão, os ministros do Superior Tribunal de Justiça já decidiram:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. SUJEIÇÃO AO REGIME DA LEI 8.429/1992. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. LEIS E RESOLUÇÃO MUNICIPAIS.* ***REAJUSTE DE SUBSÍDIOS (PREFEITOS, VICE-PREFEITO, SECRETÁRIOS E VEREADORES) PARA A MESMA LEGISLATURA. CONDUTAS PREVISTAS NO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. REQUISITOS.*** *ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO CAUSA DE PEDIR. VIABILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. CUMULAÇÃO DE SANÇÕES. POSSIBILIDADE. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULA 7/STJ, SALVO FLAGRANTE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. Trata-se, na hipótese, de Ação Civil Pública proposta contra prefeito, vice-prefeito, secretários e vereadores do Município de Chapadão do Sul/MS que editaram resolução e leis municipais para aumentar seus subsídios. 2.* ***Os ora agravantes foram condenados pela prática de atos de improbidade administrativa (arts. 11 da Lei 8.429/1992), consistentes no vício de iniciativa de lei municipal, inobservância do prazo de 180 dias do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal e atribuição de efeito financeiro do reajuste dos subsídios para a mesma legislatura (arts. 21 da LRF; 29, V e VI; 39, § 4º, e 37, X e XI, da CF).*** *3. A penalidade imposta resultou no "ressarcimento integral do valor recebido a maior decorrente das Leis Municipais n. 503/2004, 507/2004 e Resolução n. 98/04, devidamente corrigido, com aplicação de multa civil no montante de uma vez o valor da remuneração recebida pelo agente" (fl. 949/STJ). 4. Acerca da incompetência do membro do Ministério Público que determinou a petição inicial para propor ação contra Prefeito, não houve combate a fundamento autônomo do acórdão recorrido, que assentou que "Em que pese o julgamento da ADI 1916/MS pelo STF declarando a constitucional idade do artigo 30, inciso X da LC 72/94, certo é que à época da propositura da ação civil pública, em 09/06/2006, encontravam-se suspensos os efeitos do referido artigo desde 26/10/2001, por força de liminar concedida na Medida Cautelar da ADI 1916/MS. Note-se que a liminar deferida na cautelar, suspendeu com eficácia ex nunc, até decisão final da ação direta, a execução e a aplicação da expressão "e a ação civil pública" do referido dispositivo. Logo, a vigência*

da norma que legitima tão somente o Procurador- Geral do Justiça para a propositura da Ação Civil Pública encontrava-se suspensa, não havendo portanto, falar em defeito de representação do Ministério Público no presente caso".Incide, por analogia, a Súmula 283/STF. 5. O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que a Lei 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos. 6. Ademais, o STJ entende ser possível a análise de constitucionalidade de norma como fundamento para decidir matéria ventilada em Ação Civil Pública. 7. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é 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 8. É pacífico a orientação do STJ 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. 9. Sobre o elemento subjetivo, o Tribunal de origem consignou: "Além de atentarem contra os princípios que devem embasar a atuação dos agentes públicos, é inegável que geraram dano ao erário. E certo que os réus agiram em desconformidade com os princípios que regem a administração pública. Além disso, restou comprovado a conduta ímproba, porque se beneficiaram diretamente com o recebimento dos valores indevidos - indevidos porque só se tornaram possíveis diante de procedimento que não obedeceu as disposições legais -, e assim efetivamente causaram prejuízo ao erário. Agiram dolosamente os réus, visando à prática do ato lesivo à Administração Pública, o que ocorreu, ainda que por tempo certo. Então, o ato praticado é ilegal, imoral, é ímprobo. Os requeridos, conhecedores da ilegalidade que praticavam, já que ninguém pode se escusar do cumprimento da lei, mesmo assim, instituíram o aumento dos subsídios e houve recebimento, por parte destes, dos valores acima do permitido, contrariamente às normas legais. Ademais, a existência do recebimento de valores com violação de dispositivos legais e constitucionais, faz militar em desfavor dos requeridos a presunção de conhecimento da ilicitude, invertendo-se o ônus da prova, cabendo aos demandados provarem sua inocência, no caso ausente" 10. Verifica-se que o Tribunal de origem foi categórico ao afirmar a existência do elemento subjetivo. Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 11. Consoante orientação sedimentada neste Tribunal Superior, não ocorre julgamento ultra petita se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial. O pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento do pedido extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento extra petita. 12. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 exige que o magistrado considere, no caso concreto, "a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente" (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. 13. Ademais, é pacífico no âmbito no STJ o entendimento de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente sanção, mas apenas consequência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo, razão pela qual não pode figurar isoladamente como penalidade. Dessa forma, não prospera a alegação dos agravantes de que houve violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação cumulativa das penas de ressarcimento de danos e de multa civil. 14. O STJ estabeleceu que não é possível, em exame de Recurso Especial, redefinir a dosimetria da pena em ação de improbidade administrativa, sob pena de revolvimento fático-probatório vedado pela Súmula 7/STJ. Por outro lado, ressalva-se a hipótese de desproporcionalidade flagrante, como nas penalizações ínfimas ou exorbitantes, o que não se afigura no presente caso. 15. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 173.860/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/02/2016, DJe 18/05/2016). Destaquei.

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "A". AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSIDERADO VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N. 284 DO STF. CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ.* ***LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS. NULIDADE DA EXPEDIÇÃO DE ATO NORMATIVO QUE RESULTOU NO AUMENTO DE DESPESA COM PESSOAL NOS 180 DIAS ANTERIORES AO FINAL DO MANDATO DO TITULAR DO RESPECTIVO PODER.*** *1. Não se pode conhecer do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional no que tange à sustentada falta de adequação da ação civil pública para veicular o pedido formulado na inicial. A ausência de indicação do dispositivo considerado violado atrai a aplicação analógica da Súmula n. 284 do STF. 2. Quanto ao apontado desrespeito ao art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/00, sob o aspecto (i) da aludida possibilidade de, com base no citado dispositivo, haver aumento de despesas com pessoal no período cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato, bem como (ii) do argumento de que, no presente caso, a fixação dos subsídios dos agentes políticos deu-se em harmonia com o orçamento e aquém dos limites impostos pela lei, a análise de tal questão importaria rever a premissa de fato fixada pelo Tribunal de origem, soberano na avaliação do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é vedado aos membros do Superior Tribunal de Justiça por sua Súmula n. 7. 3. No mais, note-se que a LC n. 101/00 é expressa ao vedar a mera expedição, nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder, de ato que resulte o aumento de despesa com pessoal. 4. Nesse sentido,* ***pouco importa se o resultado do ato somente virá na próxima gestão e, por isso mesmo, não procede o argumento de que o novo subsídio "só foi implantado no mandato subsequente, não no período vedado pela lei". Em verdade, entender o contrário resultaria em deixar à míngua de eficácia o art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois se deixaria de evitar os riscos e de corrigir os desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas na próxima gestão.*** *5. E mais:* ***tampouco interessa se o ato importa em aumento de verba paga a título de subsídio de agente político, já que a lei de responsabilidade fiscal não distingue a espécie de alteração no erário público, basta que, com a edição do ato normativo, haja exasperação do gasto público com o pessoal ativo e inativo do ente público. Em outros termos, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em respeito ao artigo 163, incisos I, II, III e IV, e ao artigo 169 da Constituição Federal, visando uma gestão fiscal responsável, endereça-se indistintamente a todos os titulares de órgão ou poder, agentes políticos ou servidores públicos, conforme se infere do artigo 1º, §1 e 2º da lei referida.*** *6. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.* (REsp 1170241/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010). Destaquei.

Nesse sentido, também os desembargadores deste Tribunal de Justiça já decidiram:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO POPULAR –* ***AUMENTO DO SUBSÍDIO DOS VEREADORES POR MEIO DE RESOLUÇÃO – OFENSA A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – RESOLUÇÃO EDITADA DENTRO DO PRAZO DE VEDAÇÃO LEGAL*** *– ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 80 DO CPC – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO DESPROVIDO. Presentes os requisitos previstos no art. 300 do NCPC, impõe-se a manutenção da decisão agravada que suspendeu os efeitos da legislação municipal que concedia aumento aos vereadores da Comarca de Ribas do Rio Pardo, sem observância à lei de responsabilidade fiscal.* ***De acordo com o artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/2000, é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido no prazo de cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou Órgão.*** *Verificado que a conduta da parte não incidiu em nenhuma das hipóteses do art. 80 do Código de Processo Civil, não há falar em litigância de má-fé. 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. Agravo de Instrumento n. 1400309-36.2017.8.12.0000, Ribas do Rio Pardo, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 09/05/2017, p: 10/05/2017). Destaquei.

APELAÇÃO CIVEL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SENTENÇA EXTRA PETITA - NULIDADE DECLARADA - PRELIMINAR ACOLHIDA - PROCESSO PRONTO PARA JULGAMENTO - APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA - ILEGALIDADE DE NORMAS QUE AUMENTAM OS SUBSÍDIOS DOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS - PROVIMENTO. É extra petita a sentença que decide fato diverso do pedido formulado na inicial, impondo-se no reconhecimento de sua nulidade. Versando a causa somente sobre matéria de direito ou dispensando dilação probatória, cabe julgamento no estado em que se encontra, aplicando a teoria da causa madura. A lei que aumenta os subsídios de agentes políticos municipais sem observância de Normas de regência é nula de pleno direito. (TJMS. Apelação n. 0000123-71.2005.8.12.0047, Terenos, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 16/11/2010, p: 22/11/2010). Destaquei.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ILEGALIDADE DOS AUMENTOS CONCEDIDOS NOS SUBSÍDIOS DE AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS - ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF OU DO TJ PELA DECLARAÇÃO INCIDENTER TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AFASTADAS - ***APLICABILIDADE DA LRF - FIXAÇÃO DOS SUBSÍDIOS COM BASE NO MENOR VALOR ENCONTRADO EM OBSERVÂNCIA ÀS LIMITAÇÕES DA CF E LEI LRF - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPARCIALIDADE - PROIBIÇÃO DE FIXAÇÃO DE SUBSÍDIOS NOS 180 DIAS DO ÚLTIMO ANO DO MANDATO*** *- VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PEDIDOS POSTERIORES AO RECURSO - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.* (TJMS. Apelação n. 0000769-77.2006.8.12.0037, Itaporã, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 18/08/2009, p: 25/08/2009). Destaquei.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI MUNICIPAL QUE FIXA O VALOR DOS SUBSÍDIOS DOS VEREADORES PARA A LEGISLATURA SEGUINTE - NÃO-OBSERVÂNCIA À NORMA CONTIDA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 21 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.' Deve ser mantida a decisão do juízo a quo, que julga procedente o pedido formulado em Ação Civil Pública movida em face de Município que, por meio da Lei Municipal, eleva os subsídios dos agentes públicos, em afronta ao art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal. (TJMS. Apelação n. 0003604-37.2006.8.12.0005, Aquidauana, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Rêmolo Letteriello, j: 24/06/2008, p: 08/07/2008). Destaquei.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINARES - ILEGITIMIDADE - CÂMARA MUNICIPAL - ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO - AUSÊNCIA DE CAPACIDADE PROCESSUAL E PERSONALIDADE JURÍDICA - ACOLHIDA - INTERESSE PROCESSUAL - RECURSO ÚTIL E NECESSÁRIO AO MUNICÍPIO - REJEITADA - MÉRITO - LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DE DESPESA COM O PESSOAL ATIVO - ABRANGÊNCIA DOS AGENTES POLÍTICOS - LIMITE TEMPORAL - 180 DIAS ANTES DO TÉRMINO DO MANDATO -

INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 21 - RECURSO IMPROVIDO. No processo civil brasileiro, a legitimidade ad causam reserva-se, em regra, as pessoas (físicas ou jurídicas). Na ação em que se argüi nulidade de ato emanado de Câmara de Vereadores, a relação processual trava-se entre o autor e o Município. O interesse recursal deve ser analisado segundo o binômio necessidade-utilidade e, analisado segundo a proteção do suposto interesse substancial invocado pelo recorrente. É nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal ativo ou inativo da municipalidade expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato, independentemente de se tratar de verba que exaspera o subsídio do agente político para a próxima legislatura. (TJMS. Apelação n. 0000043-58.1940.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 14/11/2006, p: 12/12/2006). Destaquei.

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO . AÇÃO POPULAR . CERTAME PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. PRELIMINAR AFASTADA. ATOS NORMATIVOS QUE ELEVAM O NÚMERO DE VAGAS ORIGINALMENTE OFERTADAS. AUMENTO DE DESPESA COM PESSOAL NOS 180 (CENTO E OITENTA DIAS) ANTERIORES AO FINAL DO MANDATO DO PREFEITO MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 21 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio passivo necessário suscitada, porquanto tal providência deve ser tomada na ação principal, não em sede agravo de instrumento. Mantém-se a decisão que concedeu a tutela de urgência pretendida, quando presentes os requisitos que a autorizam, contidos no art. 300, do Código de Processo Civil de 2015. Conforme o art. 21, da Lei de Responsabilidade Fiscal, é nulo de pleno direito o ato que resulte em aumento de despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1414368-63.2016.8.12.0000, Ponta Porã, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 09/05/2017, p: 19/05/2017).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO C/C REINTEGRAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE ANULOU A NOMEAÇÃO DE SERVIDOR OCORRIDA NOS ÚLTIMOS 180 DIAS DO MANDATO DO PREFEITO ANTERIOR - VIOLAÇÃO AO ART. 121, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA - OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - ANULAÇÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. A Administração Pública tem o poder-dever de anular atos ilegais por ela mesma praticados, em observância ao princípio da legalidade. É nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal, expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder, ex vi do art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Não há que se falar em nulidade de decisão administrativa que, no exercício da autotutela, embora prejudicando direito de terceiro, tenha respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa. (TJMS. Apelação n. 0000008-96.2008.8.12.0030, Bataguassu, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 16/04/2013, p: 22/04/2013).

Ressalto, por oportuno, que em recente julgado do Órgão Especial, de relatoria do e. Des. Dorival Renato Pavan, foi deferida medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1408516-58.2016.8.12.0000, para suspender a aplicabilidade da Lei Municipal n.º 4.596, de 22.06.2016, em face de indevida invasão de competência em matéria de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo Municipal (aumento de despesas) e também por se tratar de emenda aprovada em ano eleitoral, malferindo o disposto no § 3º do art. 158 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Assim, considerando-se que, ao contrário do que alega os apelantes, o prazo de 180 dias previsto na LRF é aplicável aos ocupantes de cargo de natureza política, deve ser afastada a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e, consequentemente, mantida a sentença de primeiro grau, diante do evidente dano ao erário causado pela aprovação das leis, configurando-se ato de improbidade administrativa dos requeridos.

Do aumento das despesas:

Também não prospera a alegação de que não há vedação legal quanto ao aumento dos subsídios ao argumento de que o valor dos subsídios só seria implementado no ano seguinte, uma vez que a finalidade da norma é impedir a criação de despesas para a gestão subsequente.

É certo que a Constituição Federal, assegura o reajuste dos subsídios de prefeitos, vice prefeitos e vereadores, contudo, devendo ser observados os limites impostos por lei, o que inclui o prazo previsto no parágrafo único do artigo 21 da LRF.

Do dolo da conduta:

Na hipótese, restou demonstrado o dolo na conduta dos apelantes, uma vez que tinham conhecimento da limitação temporal imposta pela lei de responsabilidade fiscal, contudo, aprovaram os projetos de lei, em total afronta ao dispositivo legal, o que demonstra o dolo na conduta dos apelantes.

Aliás, conforme consignado anteriormente, em 03 de novembro de 2008, o vereador Marcelo Ascoli advertiu todos os membros da Câmara Municipal de que violariam a Lei de Responsabilidade Fiscal, contudo aprovaram os projetos de lei sem ao menos deliberar sobre a questão.

Confira-se (f. 61):

> *(...) o presidente colocou em discussão e votação todo o Projeto, discutiram o Projeto os vereadores Dr. Marcelo, Peres e Drª Rosângela, aprovado com dois votos contra do vereador Peres por orientação de seu partido e do vereador Dr. Marcelo alegando que a aprovação fere a Lei de Responsabilidade Fiscal por estar sendo votado fora do prazo estabelecido pela referida Lei; (...)*

Dessa forma, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Dispositivo.

Diante do exposto, conheço dos recursos de apelação interpostos, rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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, 29 de novembro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n º 0830203-40.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO DE CONTEÚDO ADULTO EM JORNAL – DIVULGAÇÃO DO NÚMERO DE TELEFONE DA AUTORA – DEVER DA EMPRESA DE AFERIR A TITULARIDADE DA LINHA TELEFÔNICA – VIOLAÇÃO AO DIREITO À IMAGEM – DANO MORAL – CONFIGURADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – MANTIDO – DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Configura ato ilícito a divulgação de anúncio de conteúdo adulto em jornal de grande circulação, sem a aferição da titularidade da linha telefônica indicada.

É presumido o dano moral decorrente da violação à imagem da requerente.

A indenização por danos morais deve ser fixada observando-se os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com as peculiaridades do caso.

Nos termos do enunciado da súmula n.º 326 do STJ, *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca"*.

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 novembro de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Jornal O Estado de Mato Grosso do Sul Ltda interpôs recurso de apelação em face da sentença (f. 100-109) proferida em 10 de agosto de 2017 por Ariovaldo Nantes Corrêa, Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por danos morais proposta por Luciene Martins, julgou procedente o pedido, condenando o requerido ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais).

Em razões recursais (f. 112-120), afirma que não há irregularidade no anúncio do jornal, pois foi realizado da forma contratada e pelo prazo estipulado, não havendo ilicitude no ato.

Alega que a apelada não juntou documentos que comprovem a titularidade da linha telefônica.

Destaca que a recorrida sofreu mero aborrecimento, não passível de indenização por dano moral.

Requer a reforma da sentença, a fim de que o pedido seja julgado improcedente.

Subsidiariamente, pugna pela redução do valor da indenização.

A apelada apresentou contrarrazões de apelação (f. 127-137), pugnando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jornal O Estado de Mato Grosso do Sul Ltda, objetivando a reforma da sentença proferida em 10.08.2017 pelo Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por dano moral proposta por Luciene Martins, julgou procedente o pedido inicial.

Confira o dispositivo da sentença de f. 100-109:

> *Destarte, em razão dos argumentos expostos, julgo procedente o pedido formulado na inicial e condeno o requerido a indenizar a requerente pelo dano moral no valor fixado em R$ 7.000,00 com correção monetária e juros de mora pela taxa Selic por mês a partir da publicação desta sentença. O requerido arcará com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, em atenção ao que dispõe o artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, especialmente considerando a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Conflito dirimido com resolução de mérito e fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo para eventual recurso, com o pagamento das custas, arquivem-se.*
>
> *P.R.I.C.*
>
> *Campo Grande (MS), 10 de agosto de 2017.*

Das razões recursais

Em razões recursais (f. 112-120), afirma que não há irregularidade no anúncio do jornal, pois foi realizado da forma contratada e pelo prazo estipulado, não havendo ilicitude no ato.

Alega que a apelada não juntou documentos que comprovem a titularidade da linha telefônica.

Destaca que a recorrida sofreu mero aborrecimento, não passível de indenização por dano moral.

Requer a reforma da sentença, a fim de que o pedido seja julgado improcedente.

Subsidiariamente, pugna pela redução do valor da indenização.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 127-137), pugnando pelo improvimento do recurso.

Breve relato dos fatos.

Luciene Martins ajuizou ação de indenização por dano moral em face de Jornal O Estado de Mato Grosso do Sul Ltda, ao argumento de que nos dias 30/05/2016 e 31/05/2016 foram publicados anúncios de conteúdo erótico no Jornal O Estado de Mato Grosso do Sul, vinculados ao número de telefone celular 9114-9167, de sua titularidade.

Alegou que, após as publicações, passou a receber diversas mensagens e ligações indecentes.

Ressaltou que é casada, na ocasião estava grávida e que ficou nervosa com a situação, entrando em trabalho de parto pré-termo.

Requereu a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em contestação (f. 70-79), o requerido sustentou que a publicação ocorreu da forma contratada, e que não houve conduta ilícita.

Alegou que a requerente não comprovou que é titular da linha telefônica, portanto não há dano moral.

Impugnação à contestação à f. 85-90.

Os litigantes não pleitearam a produção de provas.

Por fim, sobreveio a sentença recorrida.

Mérito.

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão culposa, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador do dano.

Nesse sentido o teor do art. 186 e 927, ambos do CC/2002:

> *Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*
>
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Há, porém, casos em que a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) é dispensada, sendo adotada a responsabilização na modalidade objetiva[1].

Na hipótese, a autora comprovou que a linha telefônica móvel n. (67) 9114-9167 é utilizada na empresa Dress Doctor, o que é facilmente aferível em pesquisa na internet (f. 19).

De acordo com o que sustentou o magistrado, *"não é crível que a requerente tivesse acesso a tais mensagens caso o celular nº 91149167 não fosse dela"* (f. 105).

Além disso, a requerente juntou aos autos o anúncio erótico publicado nos dias 30 e 31.05.2016 no jornal requerido, que divulgou o mesmo número de telefone, de titularidade da apelada (f. 21-22).

Conforme imagens de f. 24-32, a autora recebeu mensagens por meio de um aplicativo de mensagens, solicitando os serviços oferecidos no anúncio de jornal.

1 Art. 927 - Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, evidente a falha na prestação do serviço da requerida, porque antes de divulgar anúncio com este teor, tinha o dever de aferir a titularidade da linha telefônica.

Embora se admita que a contratante do anúncio (Laura Márcia Costa, conforme documento de f. 80) pode ter fornecido número de telefone equivocado para o anúncio, é certo que, nos termos do enunciado da Súmula n.º 221 do Superior Tribunal de Justiça, *"são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito, quanto o proprietário do veículo de divulgação"*.

Portanto, evidenciada a falha na prestação do serviço pela requerida, está presente o dever de indenizar o dano moral causado à autora.

Do dano moral

Segundo Maria Helena Diniz[2], os danos morais, pela sua natureza de extrapatrimonialidade, são aqueles que atingem a esfera subjetiva da pessoa, cujo fato lesivo macula o plano dos valores da mesma em sociedade ou a sua própria integridade físico-psíquica, atingindo a sua honra, reputação, afeição, integridade física etc.

Na espécie, a autora sofreu dano moral em razão da publicação do anúncio, pois sua imagem foi prejudicada pelo conteúdo da veiculação.

A respeito[3]:

> *Se a informação veiculada pela imprensa vulnera a privacidade ou a imagem de alguém, estará desvirtuando o exercício do direito à notícia, caracterizando verdadeiro abuso de direito, prontamente reparável. É o caso da veiculação de notícia fazendo referência desabonatória a alguém, sem qualquer cunho jornalístico.*

O dano à imagem trata-se, assim, de dano presumido, a respeito do qual discorrem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[4]:

> *No que concerne à caracterização dos danos não-patrimoniais (chamados comumente de danos morais), sobreleva destacar a inexistência de qualquer necessidade de prova da dor, sofrimento, vexame, humilhação, tristeza ou qualquer sentimento negativo. Configura-se o dano moral pela simples e objetiva violação a direito da personalidade. Por isso, afirma-se que a prova desse dano moral é in re ipsa, isto é, ínsita no próprio fato, caracterizada pela simples violação da personalidade e da dignidade do titular.*
>
> *Até mesmo porque a dor, a vergonha, o desgosto, a aflição etc, é a eventual consequência do dano extrapatrimonial e não a sua essência, o seu conteúdo.*

Bem deliberou o Superior Tribunal de Justiça que, no sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, a imagem, a honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado.

> *Confira-se a lição de Sérgio Cavalieri Filho[5]:*
>
> *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*

2 DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**,7º Vol., Saraiva, 14ª ed., São Paulo, 2000, p. 80.
3 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB.** 10. ed., 1, v., Salvador: JusPodivm, 2012, p. 184.
4 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB.** 10. ed., 1, v., Salvador: JusPodivm, 2012, p. 189.
5 CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 116.

in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum.

No Superior Tribunal de Justiça já se decidiu pela existência do dever de indenizar o dano moral decorrente da divulgação de anúncios em jornais de grande circulação:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO FALSO EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL CONFIGURADO. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO NÃO DEMONSTRADA. MODIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. VALOR INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não há vício consistente em omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional. 2. Revela-se inviável alterar o entendimento das instâncias ordinárias que, analisando o conjunto fático-probatório dos autos, afastaram a alegação de culpa exclusiva de terceiro e concluíram pela ocorrência do dano moral, tendo em vista o óbice da Súmula n. 7 do STJ. 3. Da mesma forma, também não se revela possível alterar o valor fixado a título de danos morais sem esbarrar no óbice do referido verbete sumular, valendo ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, nesses casos, apenas atua na hipótese de manifesta desproporcionalidade, o que não ocorre na espécie. 4. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 790.619/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 05/02/2016).

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. JORNAL. PÁGINA DE CLASSIFICADOS. ANÚNCIO COM TELEFONE DE PESSOA ALHEIA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR QUE NÃO SE MOSTRA EXCESSIVO. JURISPRUDÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que entendeu ser a empresa jornalística civilmente responsável por danos causados a outrem pela divulgação de anúncios com informações incorretas, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado, nesta instância superior, pela Súmula nº 7 desta Corte. 2. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que arbitrada indenização no valor de R$10.000,00 (dez mil reais). Referida quantia sequer se aproxima dos parâmetros adotados por esta Corte em casos análogos. 3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no Ag 1227481/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/06/2013, DJe 02/10/2013).

No mesmo sentido, o julgado proferido neste Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL –AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ANÚNCIO ERÓTICO VINCULADO INDEVIDAMENTE A CELULAR DE TERCEIRA PESSOA – DEVER DE CUIDADO NÃO VERIFICADO – DANO MORAL IN RE IPSA – CONFIGURADO – QUANTUM MANTIDO – JUROS DE MORA – DATA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA Nº 54 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.* ***Tratando-se de publicação de anúncio de qualidade moral duvidosa (com finalidade erótica), o fornecedor dever redobrar sua atenção para que não ocorram prejuízos a terceiros, circunstância não verificada na espécie****. 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. Consoante Súmula nº 54 do STJ: "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.* (TJMS, Apelação Cível nº 0809366-97.2012.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Eduardo Machado Rocha; Data do julgamento 08/09/2015; Data da publicação 08/09/2015.).

Caracterizado o dano moral, resta estabelecer a sua quantificação.

Valor da indenização.

A questão atinente à quantificação do dano moral é tema de diversas discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente porque o sistema jurídico não traz parâmetros legais para a determinação do *quantum*.

Tem prevalecido o posicionamento de se tratar de questão subjetiva que deve obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Também tem destaque o entendimento no sentido de que o valor do dano deve atender a dupla finalidade: reparar o ofendido e desestimular a conduta do ofensor. Vale registrar recentes julgados do TJMS em que referido entendimento foi externado:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DANO MORAL INCONTROVERSO – QUANTUM INDENIZATÓRIO EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – É incontroverso nos autos o ato ilícito praticado pela instituição de ensino que obstaculizou à autora o acesso às notas e provas em decorrência de débitos pretéritos. Entretanto, as circunstâncias que entremeiam a lide demonstram que o valor arbitrado pelo juízo de origem encontra-se em desarmonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e demais decisões em casos análogos. Precedentes desta Câmara. I –* ***Necessária, portanto, a adequação da verba condenatória para valor que atenda satisfatoriamente a dupla finalidade da indenização por danos morais, qual seja, confortar a vítima pelo prejuízo e punir seu causador.*** (TJMS - Apelação - n.º 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, o valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais) é suficiente e razoável para reparar o dano moral sofrido pela autora.

Dos ônus sucumbenciais.

No que se refere à distribuição dos ônus sucumbenciais, o Novo 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.*

Para estabelecer a proporção da responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, faz-se necessário o cotejo entre os pedidos iniciais e a condenação.

A requerente pleiteou na inicial (f. 1-16):

> *a) Receber a presente inicial;*
>
> *b) Determinar a citação da Parte Requerida, conforme previsto no art. 246, do CPC, no endereço preambularmente aposto, para que apresente contestação nos moldes exigidos, bem como caso haja a necessidade de citação via oficial que este tenha por prerrogativa os direitos inerentes ao artigo 252;*
>
> *c) Julgue procedente os pedidos formulados nesta inicial, a fim de:*
>
> *I - Condenar a Parte Requerida ao pagamento dos danos morais, R$ 100.000,00 (cem mil reais) ou quantia arbitrada pelo MM. Juiz;*
>
> *d) Condenar a Parte Requerida ao pagamento de custas processuais e demais consectários legais, de igual sorte ao pagamento dos honorários advocatícios, a serem arbitrados por este juízo, consoante dispõe o art. 85 e seguintes, do Código de Processo Civil;*
>
> *e) Requer a tramitação do presente pleito seja processada em segredo de justiça, em razão as fotos anexadas.*

A sucumbência da autora, como se vê, reside no valor da indenização, que foi fixada em R$ 7.000,00 (sete mil reais), e não em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

> *Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: (...)*
>
> *V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido.*

Embora o valor da indenização fixado na sentença não seja o valor pretendido pela requerente, não há falar em sucumbência material para fins de distribuição da responsabilidade pelas despesas processuais.

Nos termos do enunciado da Súmula n.º 326 do Superior Tribunal de Justiça *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca"*.

A respeito, recente informativo de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ADESIVO PARA MAJORAR QUANTIA INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE DANO MORAL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). TEMA 459. O recurso adesivo pode ser interposto pelo autor da demanda indenizatória, julgada procedente, quando arbitrado, a título de danos morais, valor inferior ao que era almejado, uma vez configurado o interesse recursal do demandante em ver majorada a condenação, hipótese caracterizadora de sucumbência material. O CPC trata do recurso adesivo em seu art. 500, do qual se depreende, pela*

interpretação teleológica, que o cabimento do recurso adesivo pressupõe a constatação da "sucumbência recíproca", expressão a ser compreendida sob o enfoque da existência de interesse recursal da parte. O interesse recursal exsurge em face da constatação da utilidade da prestação jurisdicional concretamente apta a propiciar um resultado prático mais vantajoso ao recorrente. Nessa ordem de ideias, considerar-se-á vencida a parte que tenha obtido prestação jurisdicional aquém do que pretendia, tanto quanto aquelas efetivamente prejudicadas ou colocadas em situação desfavorável pela decisão judicial. A propósito, importante destacar lição doutrinária acerca da existência de distinção entre "sucumbência formal" e "sucumbência material" para fins de aferição do interesse recursal das partes: (a) "Por sucumbência formal se entende a frustração da parte em termos processuais, ou seja, a não obtenção por meio da decisão judicial de tudo aquilo que poderia ter processualmente obtido em virtude do pedido formulado ao órgão jurisdicional. Nesse sentido, será sucumbente formal o autor se este não obtiver a procedência integral de seu pedido e o réu se não obtiver a improcedência integral do pedido do autor. Na parcial procedência do pedido haverá sucumbência formal recíproca"; e (b) "A sucumbência material, por sua vez, se refere ao aspecto material do processo, verificando-se sempre que a parte deixar de obter no mundo dos fatos tudo aquilo que poderia ter conseguido com o processo. A análise nesse caso nada tem de processual, fundando-se no bem ou bens da vida que a parte poderia obter em virtude do processo judicial e que não obteve em razão da decisão judicial. Essa discrepância entre o desejado no mundo prático e o praticamente obtido no processo gera a sucumbência material da parte". A doutrina ainda conclui que: "Verificando-se a sucumbência formal, em regra, também haverá sucumbência material, sendo presumível que, não obtendo processualmente tudo o que o processo poderia lhe entregar, a parte também não obterá tudo o que poderia obter no plano prático. É até possível estabelecer uma regra de que, sempre que exista sucumbência formal, haverá também a material, mas essa vinculação entre as duas espécies de sucumbência nem sempre ocorrerá, havendo casos excepcionais nos quais não haverá sucumbência formal, mas ocorrerá a material". Assim, a procedência integral da pretensão deduzida na inicial, conquanto configure a sucumbência formal apenas da parte ré, pode vir a consubstanciar a chamada sucumbência material inclusive do autor da demanda, quando obtido provimento jurisdicional em extensão inferior a tudo aquilo que se almejava obter do ponto de vista prático. É o que ocorre nos casos de pretensão indenizatória calcada em dano moral. Isto porque a procedência da demanda configura, sem sombra de dúvidas, sucumbência formal e material do réu. Contudo, o arbitramento judicial de quantum indenizatório tido por irrisório, porque inferior aos parâmetros jurisprudenciais ou ao pedido constante da inicial, caracteriza frustração da expectativa do autor, sobressaindo seu interesse em ver majorada a condenação, hipótese caracterizadora, portanto, da sucumbência material viabilizadora da irresignação recursal. Dada a premissa anteriormente lançada, cumpre afastar a aparente dissonância com a orientação jurisprudencial cristalizada na Súmula 326 do STJ, segundo a qual: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca". Deveras, o aludido verbete sumular funda-se em jurisprudência voltada à definição da responsabilidade pelo pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios devidos em razão da procedência de ação de indenização por danos morais, quando fixada quantia inferior à desejada pelo autor, tendo em vista os critérios delineados notadamente nos arts. 20 e 21 do CPC. Desse modo, a exegese consolidada na Súmula 326 do STJ não pode servir de amparo para a verificação da existência de interesse recursal do autor da demanda ressarcitória, porque adstrita ao exame da sucumbência recíproca sob as perspectivas formal e econômica, vale dizer, tão-somente tornando defesa a imputação do ônus sucumbencial à parte que obteve provimento jurisdicional de procedência da pretensão deduzida. Assim, constatado o interesse recursal do autor da ação de indenização por danos morais, quando arbitrada quantia inferior ao valor desejado, a decisão será apelável, embargável ou extraordinariamente recorrível. Consequentemente, uma vez cabida a interposição de recurso independente pelo autor materialmente sucumbente (a

despeito da ausência de sucumbência formal), não se pode tolher seu direito ao manejo de recurso adesivo em caso de impugnação principal exclusiva da parte adversa. Outrossim, como reforço de argumento, cumpre assinalar a afirmação doutrinária de que "o interesse em recorrer adesivamente afere-se à luz da função processual do recurso adesivo, que é a de levar à cognição do órgão ad quemmatéria ainda não abrangida pelo efeito devolutivo do recurso principal, e que, portanto, ficaria preclusa em não ocorrendo a adesão. Precedentes citados: AgRg no AREsp 189.692-MG, Terceira Turma, DJe 7/11/2012; AgRg no Ag 1.393.699-MS, Quarta Turma, DJe 28/3/2012; e REsp 944.218-PB, Quarta Turma, DJe 23/11/2009. REsp 1.102.479-RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, Corte Especial, julgado em 4/3/2015, DJe 25/5/2015.

Portanto, não há falar em redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por jornal O Estado de Mato Grosso do Sul Ltda, mas nego-lhe provimento.

Majoro os honorários em favor do apelado para 15 % (quinze por cento) sobre o valor da condenação, com base nos §§ 2º e 11, do CPC[6].

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 novembro de 2017.

***

6 § 2o Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:I - o grau de zelo do profissional;II - o lugar de prestação do serviço;III - a natureza e a importância da causa;IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.(...)§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2o a 6o, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2o e 3o para a fase de conhecimento.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0801156-36.2017.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONTINUIDADE A CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE – FILHO DO FALECIDO CURSANDO ENSINO SUPERIOR – EDUCAÇÃO – ARTIGOS 6.º E 205 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI FEDERAL N.º 9.250/95 – LIMITE DE IDADE – 24 ANOS – RECURSO DESPROVIDO.

Nos termos do artigo 1º da Lei Estadual 3.545/08, que criou a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, esta, apesar de ser dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, é vinculada à Secretaria de Estado e Administração, sendo legítima a inclusão do Estado no polo passivo da ação.

Em cumprimento ao que dispõe os artigos 6º e 205 da Constituição Federal e aplicando-se analogicamente o artigo 35 da Lei Federal n.º 9.250/95, que prevê a hipótese de o dependente estar cursando estabelecimento de ensino superior, restabelece-se e prorroga o pagamento da pensão por morte ao filho do segurado até que complete 24 anos de idade, se cursar ensino superior.

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, 27 de setembro de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV interpôs Apelação em face da sentença (f. 76/81) proferida em 12/6/2017 por Ellen Priscile Xandu Kaster Franco, Juíza da 1ª Vara Cível, que no mandado de segurança impetrado em desfavor da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV, concedeu a ordem para determinar o reestabelecimento da pensão por morte percebida pelo autor.

Em razões recursais (f. 93/116) o apelante alega que a lei estadual previdência prevê que a pensão por morte é concedida aos filhos do segurado, até os 18 anos e, caso entenda seja prorrogado o direito do impetrante, que lhe seja garantido pagamento do benefício até os 21 anos.

Contrarrazões à f. 118/124.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV, objetivando a reforma da sentença proferida em 12 de junho de 2017 pela Juíza da 1ª Vara Cível de Nova Andradina que, no mandado de segurança impetrado em desfavor da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV, concedeu a ordem para determinar o reestabelecimento da pensão por morte percebida pelo autor.

Confira o dispositivo da sentença (f. 76/81):

> *Ante o exposto, concedo a medida liminar e, no mérito, concedo a ordem impetrada, para o fim de determinar que a autoridade coatora restabeleça a pensão por morte percebida por Roberto Caetano Lopes de Lima e Silva (Matrícula: 84538021 f. 12), no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a partir da data da cessação do benefício (18-1-2017) até que o impetrante complete 24 (vinte e quatro) anos de idade, contados do momento de sua intimação pessoal, sob pena de multa de R$10.000,00 (dez mil reais) pelo descumprimento e demais sanções legais.*
>
> *Sem custas e honorários advocatícios, tendo em vista o teor das Súmulas nº 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.*
>
> *Tendo em vista a concessão de segurança, remetam-se ao e. TJMS. (art. 14, §1º, da Lei 12.016/2009).*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

Em razões recursais (f. 93/116) o apelante alega que a lei estadual previdência prevê que a pensão por morte é concedida aos filhos do segurado, até os 18 anos e, caso entenda seja prorrogado o direito do impetrante, que lhe seja garantido pagamento do benefício até os 21 anos.

Breve relato dos fatos.

O impetrante alega ser beneficiário de pensão por morte, cujo instituidor era seu genitor, Osvaldo Lopes da Silva, que ocupava o cargo de assistente de serviços em saúde, no âmbito da administração pública estadual.

Aduz que percebeu o benefício desde 16.1.2013 até 18.1.2017, data em que completou 18 (dezoito) anos de idade, quando foi cessado o benefício.

Assevera que está cursando a faculdade (Medicina Veterinária) e por tais motivos perfaz a qualidade de dependente até quando completar 24 (vinte e quatro) anos de idade.

Pleiteia o restabelecimento do benefício até a idade supracitada ou a conclusão do curso superior.

Foram prestadas informações (f. 39-44) e contestou o pedido arguindo que o limite entabulado para percepção do benefício em comento se limita a 18 (dezoito) anos e que não cabe ao Poder Judiciário usurpar função legislativa, admitindo a concessão do benefício quando ausentes os pressupostos legais.

Parecer parcialmente favorável do Ministério Público (f. 71/75).

Sobreveio a sentença de procedência do pedido.

Pois bem.

Dispondo sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, a Lei Federal n.º 9.717/98 em seu artigo 5º estabelece:

> *Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal* ***não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991****, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.* (negritei)

Por sua vez, o inciso I, do artigo 16, da Lei Federal n.º 8.213/91 dispõe:

> *Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:*
>
> *I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o* ***filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos*** *ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;* (negritei)

A Lei Estadual n.º 1.102/90, referente ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul, preconiza:

> *Art. 213. Acarretará perda da qualidade de beneficiário:(...) IV - a maioridade de filho, irmão, órfão ou pessoa designada, aos vinte e um anos de idade;*

Da mesma forma, a previsão do Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul – MSPREV, instituído pela Lei Estadual n.º 2.207/00, foi atualizado e consolidado pela Lei Estadual 3.150, de 22/12/05, norma vigente na data do óbito da mãe do autor (16/1/2013), que assim preconiza:

> *Art. 13. São beneficiários do MSPREV, na condição de dependente do segurado:*
>
> *I - o cônjuge, a companheira, o companheiro, a pessoa do mesmo sexo que mantém união homo-afetiva pública e duradoura com o segurado, e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de dezoito anos ou inválido; (alterado pela Lei nº 3.591, de 9/12/2008 DOMS, de 11/12/2008.)*
>
> *Art. 15. A perda da qualidade de dependente ocorre: (...)*
>
> *III - para o filho e o irmão, de qualquer condição, ao completarem dezoito anos de idade, salvo se inválido ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior;*

Por fim, a Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça preleciona o seguinte:

> *A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.*

No caso dos autos, o apelante nasceu em 18/11/1998 (f. 11), e o óbito do pai do apelante ocorreu em 16/1/2013, conforme certidão de f. 18, durante, pois, a vigência da Lei Estadual n.º 3.150/05, a qual prevê o encerramento de benefício aos 18 anos de idade do filho do segurado.

O pagamento do benefício foi encerrado em 18/1/2017, quando o impetrante havia completado 18 anos, motivo pelo qual ingressou em juízo requerendo o pagamento do benefício até completar 24 anos, pois está cursando o ensino superior.

Segundo o artigo 5º da Lei Federal n.º 9.717/98, os regimes próprios dos servidores públicos do Estado não poderão conceder benefícios distintos dos previstos na Lei n.º 8.213/91, que prevê o pagamento de benefício previdenciário até o limite de 21 anos de idade, independente de cursar nível superior ou escola técnica.

Por seu turno a Constituição Federal em seus artigos 6º e 205 prevê a educação como direito social de todos, estabelecendo que:

> *Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*
>
> *Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

Neste sentido os ensinamentos de José Afonso da Silva[1]:

> *A norma – assim explicitada: 'A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, (...)' (art. 205; v. também art. 227) – significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que se aparelhar para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição sobre educação e ensino hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização(...).*

Assim, dando cumprimento ao que dispõe a Constituição Federal sobre educação, à hipótese dos autos é aplicável, por analogia, o § 1º do artigo 35 da Lei Federal 9.250/95, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas físicas, considerando como dependente, para fins de dedução do imposto de renda, o filho(a) até 24 anos de idade, se ainda estiver cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.

Confira-se:

> *Art. 35. Para efeito do disposto nos arts. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes:*
>
> *(...)*
>
> *III - a filha, o filho, a enteada ou o enteado, até 21 anos, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;(...)*
>
> *V - o irmão, o neto ou o bisneto, sem arrimo dos pais, até 21 anos, desde que o contribuinte detenha a guarda judicial, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;(...)*
>
> ***§ 1º Os dependentes a que se referem os incisos III e V deste artigo poderão ser assim considerados quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.*** (negritei)

1 DA SILVA, José Afonso da Silva. **Comentário Contextual à Constituição.** 5 ed. São Paulo. Melheiros. 2009. Pg. 184.

Destaco que a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Incidente de Recurso Repetitivo no REsp nº 1.369.832-SP, em que pese ter estabelecido, em síntese, que a pensão por morte deve-se aos filhos menores de 21 anos, aplicando-se o limite da Lei Federal n.º 8.213/91, não analisou a questão sob o enfoque trazido nesta decisão, qual seja, aplicação analógica da Lei Federal n.º 9.250/95 em consonância com o que dispõe a Constituição Federal sobre a educação.

Também não se desconhece a decisão do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no MS 4012453-95.2013.8.12.0000 – Relator Des. Divoncir Schreiner Maran, em 20/08/2014, que procederam revisão de posicionamento, aplicando a Lei Federal n.º 8.213/91, resguardando a percepção de pensão previdenciária por morte, até que o dependente complete 21 anos de idade, embora o voto vista lançado pelo Desembargador Sideni Soncini Pimentel, 3º vogal, tenha concedido o benefício até os 24 anos, sendo acompanhado pelo 1º, 4º, 7º e 8º, respectivamente os Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Dorival Renato Pavan, Claudionor Miguel Abss Duarte e Oswaldo Rodrigues de Melo. Confira-se:

> *Frise-se que os artigos 4º e 8º fazem referência aos dependentes para fins de dedução do imposto de renda. Ora, se o maior de até 24 anos, desde que dependente economicamente e cursando nível superior, pode ser deduzido para fins de abatimento do imposto de seu genitor ou responsável legal, o que, aliás, constitui em benefício ao contribuinte, atentaria contra a lógica negar ao filho de até 24 anos que cursa nível superior o benefício da continuidade do recebimento de pensão por morte, pois, se vivo estivesse seu genitor, estaria este aferindo o abatimento de valores em razão dessa mesma dependência econômica. (...)*
>
> *Daí que, estando a impetrante a cursar nível superior, mostra-se razoável garantir a continuidade do pagamento da pensão por morte, mesmo já tendo completado 18 anos, uma vez que desta forma estar-se-ia dando cumprimento ao que dispõe o art. 205 da CF, e, por analogia, o disposto no art. 35 da Lei 9.250/95, sem que com isso possa se falar em ofensa a Lei Estadual, já que a extensão do benefício deve-se à manutenção da sua condição de dependência econômica. Ademais, não se pode olvidar que uma vez completado os estudos, estará a autora apta a competir no mercado de trabalho, cada vez mais exigente, o que certamente lhe assegurará uma vida mais digna (art. 1º, III, da CF).*

Após a revisão do posicionamento antes mencionado, resguardam o direito do recebimento de pensão por morte ao estudante de curso superior até que complete 24 anos de idade, os julgados abaixo:

> *EMENTA - AGRAVO INTERNO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PENSÃO POR MORTE - ENSINO SUPERIOR - POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO ATÉ 24 ANOS - RETORNO DOS AUTOS PARA REAPRECIAÇÃO - ART. 543-C, § 7º, INCISO I, DO CPC - JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. Tendo em vista que os fundamentos utilizados na decisão monocrática, mantida por esta Câmara, de aplicação analógica da Lei Federal 9.250/95 e observância aos artigos 6º e 205 da Constituição Federal, não foram objeto de análise no Recurso Especial paradigma 1.369.832/SP, não há de ser exercido o juízo de retratação.* (0060598-24.2011.8.12.0001 Agravo Regimental Relator(a): Juiz Vilson Bertelli Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data do julgamento: 09/09/2014).
>
> *EMENTA-AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PREVIDENCIÁRIO. MSPREV. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. EX-POLICIAL MILITAR ESTADUAL. DEPENDENTE QUE COMPLETOU 21 ANOS E ESTÁ CURSANDO ENSINO SUPERIOR. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO QUE IMPOSSIBILITA O PRÓPRIO SUSTENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESÃO DA TUTELA ANTECIPADA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. RECURSO PROVIDO. Para a concessão liminar da antecipação dos efeitos da tutela é necessária a comprovação dos requisitos da plausibilidade do direito alegado e perigo na demora*

do provimento jurisdicional não surtir efeito, caso seja concedido somente ao final. A plausibilidade do direito reside no fato do ordenamento jurídico estabelecer, em diversas situações, v.g. art. 35, § 1º, da Lei 9.250/95 (IRPF), art. 7º, inciso I, alínea 'd', da Lei n. 3.765/60 (Pensões Militares), arts. 6º e 205 e ss., da Constituição Federal, a proteção do dependente econômico até a conclusão de seus estudos. O risco de ineficácia do provimento está consubstanciado no fato da agravante, dependente econômica, deixar de dar continuidade aos seus estudos, enquanto pendente a lide. (1410071-81.2014.8.12.0000 Agravo de Instrumento Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 4ª Câmara Cível Data do julgamento: 16/09/2014).

Dispositivo:

Diante do exposto, com fulcro no § 1º do art. 35 da Lei n.º 9.250/95, c/c os artigos 6º e 205 da Constituição Federal, conheço do recurso de apelação interposto por Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 27 de setembro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0054928-05.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ALEGADA VIOLAÇÃO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO – EXTINÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA – IMPOSSIBILIDADE – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

Discute-se no presente recurso a possibilidade de extinção do cumprimento de sentença devido à longa duração do processo, ou seja, por violação ao princípio da razoável duração do processo.

Há uma relação lógica de coexistência entre o princípio da razoável duração do processo e o instituto da prescrição, na medida em que o princípio constitucional, por si só, não é capaz de dar cabo da pretensão executiva, mesmo porque tem natureza jurídica de norma imperfeita, que não é dotada de eficácia plena, capaz de conferir direito subjetivo à parte, ante a sua alegada violação.

Não se nega a força normativa dos princípios constitucionais, sobretudo aqueles elencados no art. 5º, da CF/88, contudo não se pode olvidar que os princípios, como norma jurídica, constituem apenas "*proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico"* (FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB, Vol. 1, 14ª ed., Salvador : Juspodivm, 2016, pg. 84), não tendo, pois, a característica *an all or nothing*; clássica expressão cunhada por Ronald Dworkin para definir a determinabilidade *prima facie* inerente às regras, as quais contém mandado de definição, e não de otimização, como ocorre com os princípios.

Assim, considerando-se que ocorre a prescrição intercorrente se o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, e não tendo ocorrido esse fenômeno na espécie, conforme concluiu decisão interlocutória – não impugnada – proferida no curso do processo, não há se falar em extinção do feito executivo, em razão, pura e simples, da conclusão do devedor de que o processo já dura mais tempo do que seria, a seu juízo, a sua duração razoável.

Apelação conhecida e não 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de novembro de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta pelo Edificio Centro Comercial Campo Grande contra sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS, que, nos embargos à execução opostos pelo apelante contra a Águas Guariroba S/A, julgou improcedente o pedido inicial.

Sucumbência atribuída ao embargante, com honorários fixados em R$ 1.000,00 (f. 312-315).

Embargos de declaração opostos pelo Edifício Centro Comercial Campo Grande, foram rejeitados pelo juiz *a quo* (f. 319-321 e 322-323).

Apelação interposta pelo Edifício Centro Comercial Campo Grande, sustentando a extinção da execução devido à ofensa ao princípio da duração razoável do processo (f. 327-332).

Contrarrazões em síntese, refuta os argumentos do recorrente (f. 347-357).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso a possibilidade de extinção do cumprimento de sentença devido à longa duração do processo, ou seja, por violação ao princípio da razoável duração do processo.

Direito intertemporal – lei processual aplicável

Registro que a sentença recorrida foi disponibilizada nos autos em 20/07/2012 (f. 315), tendo a respectiva intimação da decisão integrativa ocorrido em 18/02/2013 (f. 324), enquanto que o presente recurso foi interposto em 26/02/2013 (f. 327).

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. 242, CPC/73), na forma do art. 184.

Extinção do cumprimento de sentença por ofensa à razoável duração do processo.

O devedor-apelante sustenta, em suma, a necessidade de extinção do cumprimento de sentença, em razão da violação ao princípio da razoável duração do processo, já que tramita o processo desde 2004, sem ter havido ainda solução final.

Explica que a sentença que julgou improcedente os embargos à execução confundiu os conceitos de prescrição com razoável duração do processo, sendo certo que, pelo raciocínio do Juiz prolator da sentença, baseado na correlação com a prescrição, *"a duração razoável do processo, no caso vertente, depende do decurso do prazo de 10 (dez) anos"* (f. 332).

A sentença, afirmando que a prescrição é a manifestação concreta do princípio da razoável duração do processo, e observando que eventual suspensão *sine die* não pode se dar *in aeternum*, sujeitando-se esta ao mesmo prazo da prescrição; concluiu que, na hipótese dos autos, não houve causa extintiva da pretensão (prescrição intercorrente), *verbis*:

> *[...]*
>
> *Nota-se que, no caso dos autos, o título executado é judicial e refere-se à cobrança de tarifa de água e esgoto, cuja cobrança prescreve em 10 (dez) anos, conforme decidido na audiência de conciliação (f. 243-245).*
>
> *Não obstante o Código de Processo Civil não definir um prazo para referida suspensão/paralisação do processo de execução, dizer que tal prazo é sine die afronta os princípios da duração razoável do processo e da segurança jurídica. Não pode um processo de execução se arrastar indefinidamente.*

A maioria da doutrina se inclina para esse sentido. Vejamos:

> *A suspensão, todavia, não pode ocorrer por prazo indeterminado. Assim, a suspensão da execução por prazo superior ao da exigibilidade do direito importa prescrição intercorrente. O art. 40 da Lei 6.830, de 1980, regula a espécie na execução fiscal. "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente" (Súmula 314, STJ). A prescrição intercorrente aplica-se à execução civil. Aplica-se à prescrição intercorrente o mesmo prazo prescricional que disciplina o prazo para acionabilidade da pretensão em juízo. Tem-se decidido que a prescrição intercorrente pressupõe inação do exequente. Vale dizer: flui "se o credor não atender às diligências necessárias ao andamento do feito, uma vez intimado a realizá-las".* (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo. São Paulo: RT, 2010, p. 741).
>
> *Temos de advertir que a suspensão não é garantida por prazo indeterminado, inclinando-se a jurisprudência para reconhecer a prescrição intercorrente em algumas situações específicas.* (MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas S.A, 2006, p. 520).
>
> *Em primeiro lugar, a suspensão indefinida se afigura ilegal e gravosa, porque expõe o executado, cuja responsabilidade se cifra ao patrimônio (art. 591), aos efeitos permanentes da litispendência. Mesmo que a responsabilidade respeite a bens futuros, eles servirão ao processo futuro, e não, necessariamente, ao atual.* (ASSIS, Araken de. Manual da Execução. São Paulo: RT, 2010, p. 546).

> *Tenho que ao estipular o prazo prescricional da pretensão como limite de duração da suspensão, atende-se ao princípio da razoável duração do processo, bem como garante-se a estabilidade da ordem jurídica.*
>
> *Assim, considerando-se que este Juízo posiciona-se no sentido de que tendo ou não bens penhoráveis, se não houver movimentação dos autos pelo prazo prescricional estabelecido em lei, que no caso de execução é o mesmo prazo de prescrição da ação (Súmula 150 do STF), a extinção do processo pela prescrição intercorrente é medida que se impõe, até porque nenhum prazo processual pode ser indefinido ou eternizado, sob pena de se ofender gravemente o princípio da duração razoável do processo.*
>
> *Entretanto, não é o que ocorreu no caso dos autos, face a rejeição da prejudicial de prescrição intercorrente na audiência de conciliação (f. 243-245).*
>
> *Posto isso, julgo improcedentes estes Embargos à Execução, ofertados por Edificio Centro Comercial Campo Grande em face de Aguas Guariroba SA.*

A sentença, de fato, procedeu à correlação do princípio da razoável duração do processo com o instituto da prescrição, pois há entre ambos uma relação lógica de coexistência, na medida em que o princípio constitucional, por si só, não é capaz de dar cabo da pretensão executiva, mesmo porque tem natureza jurídica de norma imperfeita, que não é dotada de eficácia plena, capaz de conferir direito subjetivo à parte, ante a sua alegada violação.

Não se nega a força normativa dos princípios constitucionais, sobretudo aqueles elencados no art. 5º, da CF/88, contudo não se pode olvidar que os princípios, como norma jurídica, constituem apenas *"proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico"* (FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB, Vol. 1, 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, pg. 84), não tendo, pois, a característica *an all or nothing*; clássica expressão cunhada por Ronald Dworkin para definir a determinabilidade *prima facie* inerente às regras, as quais contém mandado de definição, e não de otimização, como ocorre com os princípios.

Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *A interpretação da Constituição não é para ser procedida à margem da realidade, sem que se a compreenda como elemento da norma resultante da interpretação. A práxis social é, nesse sentido, elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorizações nutridas em idealismo que não a tome, a práxis, como seu fundamento. Ao interpretá-la, a Constituição, o intérprete há de tomar como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá.* (RE 433.512, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJE de 07/08/2009).

Assim, considerando-se que ocorre a prescrição intercorrente se o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado (*v.g.*, REsp 1.593.786/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016), e não tendo ocorrido esse fenômeno na espécie, conforme concluiu decisão interlocutória – não impugnada – proferida no curso do processo (f. 303-305), não há se falar em extinção do feito executivo, em razão, pura e simples, da conclusão do devedor de que o processo já dura mais tempo do que seria, a seu juízo, a sua duração razoável.

Assim, em não havendo margem para o provimento do recurso, impõe-se a manutenção da sentença recorrida.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Edifício Centro Comercial Campo Grande mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

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 novembro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0817463-16.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – POSSIBILIDADE.

Discute-se no presente recurso a possibilidade de extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, na hipótese de abuso do direito de ação, consistente no ajuizamento de três ações distintas em decorrência de fatos que, embora diversos, se interligam em um mesmo contexto fático, ensejando possivelmente um dano único, qualificado pela reiteração de condutas.

O exercício do direito de ação, e também de exceção (defesa), não enseja uma garantia absoluta de sua utilização indevida, de modo a conferir ao titular apenas direitos – ou supostos direitos – à míngua da observância, em contrapartida, de quaisquer obrigações e/ou deveres.

O manejo de qualquer instrumento processual no Direito Brasileiro, à luz dos princípios da razoabilidade e da boa-fé objetiva, ambos também decorrentes do princípio do devido processo legal (em sua face substancial ou material), pressupõe a existência de um componente ético, que molda e delimita o campo de incidência da garantia processual invocada pela parte, de modo a evitar a sua utilização abusiva e indevida, e que seria capaz de desvirtuar a real finalidade para a qual foi idealizada.

Nessa esteira, a teoria do abuso de direito tem sido utilizada também no Direito Processual exatamente para que se restrinja a utilização abusiva e indevida do processo, como meio, inclusive, de deturpação e de vilipêndio de direitos processuais.

A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça tem enfatizado que a concepção moderna do direito processual, atenta à efetividade e à razoabilidade, e sobretudo à boa fé, *"tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias"* (*v.g.*, EDcl no REsp 1.424.304/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/08/2014).

Hipótese bastante *sui generis*, e deveras muito peculiar, na medida em que se vê, claramente, a utilização do processo, e a invocação de garantias processuais, para apenas e tão somente se atender à avidez e à apetência da autora – ou de seu causídico – por uma série de compensações pecuniárias, na medida em que manejada três ações, praticamente idênticas, para a busca de reparação de três danos alegadamente distintos, mas que, em verdade, estão inseridos num mesmo contexto fático, e que podem ser considerados como um único ato ilícito, qualificado pela reiteração de condutas; mesmo porque ocorridas estas em datas relativamente próximas.

Nas três ações de indenização por danos morais propostas pela autora-apelante contra a ré – todas, inclusive, na mesma data: 13/06/2017 – a alegação é a mesma, no sentido de que, nos dias 17/09/2014, 14/04/2015 e 14/07/2015, o serviço de fornecimento de água foi suspenso – a par do incontroverso inadimplemento pela autora –, supostamente sem a prévia notificação acerca de possível corte. Apesar de distintas as datas, não são necessariamente autônomos e dissociados os fatos narrados, mesmo porque, ao que tudo indica, há a ocorrência de algum problema sistêmico, ou de inadimplemento contratual por parte da autora-apelante, ou de suspensão dos serviços pela ré sem a devida notificação prévia, conforme lhe é exigido pela Lei n.º 11.445, de 05/01/2007 (art. 40, inc. V, e § 2º), sendo de todo recomendável que estes fatos sejam averiguados conjuntamente.

Assim, salutar que, para melhor distribuição da Justiça, sejam mesmo reunidos os fatos num mesmo processo, à semelhança do que se autoriza o Juiz a fazer na hipótese do § 3º, do art. 55, do CPC/15.

O interesse de agir, como uma das condições da ação, deve ser analisado sob o aspecto da necessidade de obtenção da tutela jurisdicional pleiteada e da adequação da via eleita para alcançar aquele fim. Na espécie, evidente que não se faz necessário o ajuizamento de três ações distintas quando uníssono o ato ilícito ensejador do dano alegado. Por conseguinte, carente a autora da necessidade exigida para o ajuizamento da presente ação judicial, induvidosa a falta de interesse processual, a justificar a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inc. VI, do CPC/15.

Apelação conhecida e não 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de novembro de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta por Licilene Paiva Lescano contra sentença proferida pelo Juiz da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação de indenização por danos morais proposta pela apelante contra Águas Guariroba S/A, sustentando, em suma, que teve o fornecimento de água de sua casa suspenso em 14/04/2015, sem notificação alguma, devido a débitos referentes a janeiro e fevereiro de 2015. Aduz que quitou a dívida em 15/09/2015, quando houve o religamento em seguida.

Requereu, assim, a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (f. 01-16).

Sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito devido ao abuso de direito, por existirem três (3) demandas envolvendo o mesmo fato (f. 22-26).

Embargos de declaração opostos por Licilene Paiva Lescano, não foram conhecidos pelo Juízo *a quo* (f. 29-34 e f. 35-39).

Apelação interposta pela autora Licilene Paiva Lescano, sustentando que existe distinção entre as três demandas, pois tratam-se de três (3) suspensões diferentes, sendo, portanto, pretensões reparatórias com causas de pedir distintas; e a existência de interesse de agir, requerendo a reforma integral da sentença para o regular prosseguimento do feito (f. 41-50).

Contrarrazões em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 55-62).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso a possibilidade de extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, na hipótese de abuso do direito de ação, consistente no ajuizamento de três ações distintas em decorrência de fatos que, embora diversos, se interligam em um mesmo contexto fático, ensejando possivelmente um dano único, qualificado pela reiteração de condutas.

Preliminarmente, a par da omissão da sentença no particular, mas considerando que a autora requereu a gratuidade judiciária (f. 15 e f. 18), defiro-lhe, exclusivamente para este grau recursal, ou seja, apenas para fins de interposição desta apelação (art. 98, § 5º, CPC/15), a isenção de custas, sem prejuízo de nova e futura análise quanto ao merecimento da benesse em outro grau de jurisdição.

Direito intertemporal – lei processual aplicável

Registro que a sentença recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 13/07/2017 (f. 27), tendo a respectiva intimação da decisão integrativa ocorrido em 15/08/2017 (f. 40), enquanto que o presente recurso foi interposto em 31/08/2017 (f. 41).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/2015, razão pela qual são aplicáveis, desde logo, à espécie suas regras sobre o cabimento e a admissibilidade, bem ainda todas que dizem respeito ao procedimento recursal e respectivo julgamento (art. 1.046, CPC/15), respeitados, entretanto, eventuais atos processuais praticados e/ou situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei processual revogada (art. 14, CPC/15).

Nos termos do art. 1.003, § 5º c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto no artigo 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil/2015.

Interesse processual versus abuso do direito de ação.

O apelante sustenta, em suma, que propôs três ações indenizatórias (danos morais) contra a Águas Guariroba S/A (autos n.º 0817460-61.2017.8.12.0001; n.º 0817463-16.2017.8.12.0001 e n.º0817465-83.2017.8.12.0001), destacando que, apesar de serem as mesmas partes e pedidos, os fatos que fundamentaram as pretensões são totalmente distintos, na medida em que a apelante *"pleiteia a reparação de danos de 3 (três) suspensões do serviço de água e esgoto, as quais apresentam notável lapso temporal entre elas, sendo nos dias 17 de setembro de 2014, 14 de abril de 2015 e 14 de julho de 2015"* (f. 44).

Argumenta que, por essa razão, possui interesse processual no ajuizamento de três ações distintas, pois a causa de pedir é diversa.

Defende, ainda, que *"não há qualquer dispositivo que determine a necessidade de um ou mais suspensões no serviço de águas para que haja o ajuizamento da ação de indenização de danos morais"*, de modo que a sentença recorrida, ao extinguir as duas últimas ações, *"infringiu os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa"*, além de ter desrespeitado o *"princípio da inafastabilidade da jurisdição, eis que o direito de ação é tido como um direito público subjetivo"* (f. 47).

A sentença, ao extinguir o processo sem resolução de mérito por falta de interesse processual, o fez com base nos seguintes fundamentos, *verbis*:

> *[...] o manejo de três demandas distintas envolvendo praticamente a mesma situação é, pois temerário, tendo em vista que afronta fatalmente o ordenamento jurídico.*
>
> *A questão seria facilmente e sem qualquer esforço deduzida em uma simples demanda, não havendo justificativa para o exagero de ações manejadas. Ressalte-se que o mesmo ocorreu com outra parte, tendo o mesmo causídico manejado outras cinco demandas praticamente idênticas à esta e da mesma forma.*
>
> *É notório, nos dias de hoje, a dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário em combater a morosidade e o excesso de processos, buscando de diversas formas as soluções dos conflitos de forma célere, eficaz e justa. Várias medidas tem sido adotadas nesse sentido de forma administrativa, e a legislação vem caminhando, cada vez mais, para que situações que abarrotem os números e estatísticas do Judiciário sejam reduzidas a todo custo. Mesmo assim as dificuldades permanecem.*
>
> *A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, garante "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Esse princípio, que visa a garantia de direitos, deve ser observado não só pelo Estado (seja na figura do juiz ou como um todo), mas principalmente pelas partes, advogados e terceiros.*
>
> *Não é de forma inócua que o Código de Processo Civil deixou claro, em seu art. 1º, que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".*
>
> *Ademais, o CPC positivou que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva" (CPC 6º), prevendo a cooperação decorrente da boa-fé como princípio, devendo, como já dito, que todos colaborem para o resultado final, sem que se constituam protagonistas nos processos.*
>
> *Na espécie, o ajuizamento de três demandas envolvendo o mesmo fato, todavia apenas com datas distintas dos cortes de água, representa ofensa aos princípios infra e constitucionais, o que não se pode admitir, uma vez que é dever do julgador, atender "(...) aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência" (CPC 8º).*
>
> *Ademais, a medida adotada pela parte representa abuso de direito, uma vez que a teoria que o constitui funda-se em preceitos éticos morais de forma que as relações interpessoais busquem equilíbrio, e que o interesse coletivo se sobreponha aos interesses particulares.*
>
> *Do mesmo modo devem ocorrer as relações dentro do processo, não se podendo permitir que excessos, mesmo que resguardados em eventuais direitos subjetivos, ultrapassem os limites e as diretrizes do próprio direito, mormente quando aptos a contribuir com a derrocada da celeridade. [...]*
>
> *A lei civil também lembra que o abuso de direito excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, constituindo-se, muitas vezes, em ato ilícito (CC 187).*

> *É por essas razões que, repita-se, a adoção de cinco (sic) demandas, enquanto se poderia de forma simples manejar apenas uma, é temerária e afronta o direito pátrio. [...]*
>
> *Por fim, deixo claro que a medida ora adotada atende não só os fins comuns do ordenamento jurídico mas contribui para as próprias garantias que são asseguradas à autora no exercício de seus direitos, evitando que venha a ser prejudicada futuramente com a morosidade. (f. 23-25).*

A Constituição Federal/88 assegura, em seus incisos XXXV e LV, do art. 5º, que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*, bem como que, *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*.

Esses dispositivos garantem, como cediço, o livre acesso ao Poder Judiciário por qualquer pessoa que se julgue lesada em seus direitos, ou esteja na iminência de sê-lo, hipótese na qual, ao ajuizar uma ação judicial, terá assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O exercício do direito de ação, e também de exceção (defesa), não enseja, entretanto, uma garantia absoluta de sua utilização indevida, de modo a conferir ao titular apenas direitos – ou supostos direitos – à míngua da observância, em contrapartida, de quaisquer obrigações e/ou deveres.

O manejo de qualquer instrumento processual no Direito Brasileiro, à luz dos princípios da razoabilidade e da boa-fé objetiva, ambos também decorrentes do princípio do devido processo legal (em sua face substancial ou material), pressupõe a existência de um componente ético, que molda e delimita o campo de incidência da garantia processual invocada pela parte, de modo a evitar a sua utilização abusiva e indevida, e que seria capaz de desvirtuar a real finalidade para a qual foi idealizada.

Nessa esteira, a teoria do abuso de direito tem sido utilizada também no Direito Processual exatamente para que se restrinja a utilização abusiva e indevida do processo, como meio, inclusive, de deturpação e de vilipêndio de direitos processuais.

A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça tem enfatizado que a concepção moderna do direito processual, atenta à efetividade e à razoabilidade, e sobretudo à boa fé, *"tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias"* (*v.g.*, EDcl no REsp 1.424.304/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/08/2014).

Nesse mesmo sentido, já tive a oportunidade de afirmar que *"o direito processual hodierno, não por inovação, mas por simples obediência à carga valorativa que se extrai da Constituição da República, não permite que o processo seja utilizado como difusor de estratégias"* (Apelação n.º 0003264-74.2012.8.12.0008, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Alberto de Oliveira, DJe 17/03/2016).

A vedação ao abuso de direito está, inclusive, positivada no Código de Processo Civil/2015, tendo o art. 311, inc. I, estabelecido que *"a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando [...] ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte"*.

Válida a menção também ao disposto no art. 80, incisos IV a VII, do CPC/15, segundo o qual se considera litigante de má-fé aquele que: opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidente manifestamente infundado; interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Todas essas hipóteses contemplam, sem dúvidas, situações de abuso de direitos processuais.

Por certo, a proteção contra o abuso de direito, no campo processual, não está adstrita à utilização abusiva de instrumentos processuais de defesa, sendo também aplicável, sem dúvida alguma, ao autor que abusa de seu direito de ação, e, assim, indubitavelmente, o desvirtua.

Em recente precedente, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que *"a sôfrega e imprudente busca por um direito, em tese, legítimo, que, no entanto, faz perecer no caminho, direito de outrem, ou mesmo uma toldada percepção do próprio direito, que impele alguém a avançar sobre direito alheio, são considerados abuso de direito, porque o exercício regular do direito, não pode se subverter, ele mesmo, em uma transgressão à lei, na modalidade abuso do direito, desvirtuando um interesse aparentemente legítimo, pelo excesso"* (REsp 1.467.888/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 25/10/2016).

A hipótese dos autos é bastante sui generis, e deveras muito peculiar, na medida em que se vê, claramente, a utilização do processo, e a invocação de garantias processuais, para apenas e tão somente se atender à avidez e à apetência da autora – ou de seu causídico – por uma série de compensações pecuniárias, na medida em que manejada três ações, praticamente idênticas, para a busca de reparação de três danos alegadamente distintos, mas que, em verdade, estão inseridos num mesmo contexto fático, e que podem ser considerados como um único ato ilícito, qualificado pela reiteração de condutas; mesmo porque ocorridas estas em datas relativamente próximas.

Nas três ações de indenização por danos morais (autos n.º 0817463-16.2017.8.12.0001; n.º 0817460-61.2017.8.12.0001 e n.º 0817465-83.2017.8.12.0001) propostas pelas autora-apelante contra a ré Águas Guariroba S/A – todas, inclusive, na mesma data: 13/06/2017 – a alegação é a mesma, no sentido de que, nos dias 17/09/2014, 14/04/2015 e 14/07/2015, o serviço de fornecimento de água foi suspenso – a par do incontroverso inadimplemento pela autora –, supostamente sem a prévia notificação acerca de possível corte.

Apesar de distintas as datas, não são necessariamente autônomos e dissociados os fatos narrados, mesmo porque, ao que tudo indica, há a ocorrência de algum problema sistêmico, ou de inadimplemento contratual por parte da autora-apelante, ou de suspensão dos serviços pela ré sem a devida notificação prévia, conforme lhe é exigido pela Lei nº 11.445, de 05/01/2007 (art. 40, inc. V, e § 2º), sendo de todo recomendável que estes fatos sejam averiguados conjuntamente.

Assim, salutar que, para melhor distribuição da Justiça, sejam mesmo reunidos os fatos num mesmo processo, à semelhança do que se autoriza o juiz a fazer na hipótese do § 3º, do art. 55, do CPC/15, o qual assim dispõe:

> *Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. [...]*
>
> *§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.*

Sem dúvidas que a mesma autora, que agora alega violação ao princípio do contraditório, se insurgiria, inclusive com críticas à falta de uniformidade, se, uma vez julgados os três processos, obtivessem eles soluções distintas, acaso julgados, por qualquer razão, por juízes distintos, ou mesmo, por órgãos colegiados diversos (na hipótese de julgamento da causa em grau recursal).

Na hipótese dos autos, não se nega o acesso da autora ao Poder Judiciário, mesmo porque apenas se afirmou não haver interesse processual em duas das três ações propostas, tendo, inclusive, o juiz prolator da sentença recorrida tomado o cuidado de permitir a emenda da inicial da primeira ação proposta para serem incluídos todos os fatos.

É sabido que o interesse de agir, como uma das condições da ação, deve ser analisado sob o aspecto da necessidade de obtenção da tutela jurisdicional pleiteada e da adequação da via eleita para alcançar aquele fim.

Conforme a doutrina, *"haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário"*. (Daniel Amorim Assumpção Neves. Manual de Direito Processual Civil. 8ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 75).

Na espécie, evidente que não se faz necessário o ajuizamento de três ações distintas quando uníssono o ato ilícito ensejador do dano alegado.

Por conseguinte, carente a autora da necessidade exigida para o ajuizamento da presente ação judicial, induvidosa a falta de interesse processual, a justificar a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inc. VI, do CPC/15, conforme concluiu a pertinente e precisa sentença impugnada.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Licilene Paiva Lescano mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 29 de novembro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1402382-78.2017.8.12.0000 - Corumbá
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE – REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – IMPOSIÇÃO AO RÉU DO ENCARGO DE PRODUZIR PROVA QUE ALEGA SER DE IMPOSSÍVEL OBTENÇÃO SEM ANUÊNCIA DA PARTE ADVERSA E/OU REQUISIÇÃO DO JUÍZO – INVERSÃO PROBATÓRIA QUE NÃO SE JUSTIFICA NA ESPÉCIE – REQUISIÇÃO JUDICIAL DE PROVA RELATIVA A INFORMAÇÕES SEMELHANTES DA PARTE ADVERSA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – DEFERIMENTO DE IGUAL PROVIDÊNCIA EM FAVOR DO AGRAVANTE.

Discute-se no presente recurso a pertinência, ou não, da redistribuição do ônus da prova feita pela decisão agravada, ao impor ao réu a produção de prova documental que este alega ser impossível de produzir sem anuência da parte adversa e/ou requisição do Juízo.

O § 1º, do art. 373, do CPC/15, prevê que, 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.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, acolhida pela dispositivo citado, embora não expressamente prevista no CPC/73, já era admitida, em situações pontuais, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, *"embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso"*. (REsp 1.286.704/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 28/10/2013).

A imposição do ônus da prova, via aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova – se era essa mesmo a intenção do juízo *a quo* –, deve sempre ser fundamentada, como exige o § 1º, do art. 373, do CPC/15, calcando-se o Juiz, sobretudo, em razão concreta que justifique o porquê de a parte encarregada da produção da prova ter maior facilidade em sua obtenção; o que, entretanto, não ocorreu na espécie.

Com efeito, valendo-se da mesma base principiológica que fomentou a aceitação, ainda no regime do CPC/73, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, e invocando-se, em especial, os princípios da igualdade e do devido processo legal, tem-se que não se justifica a diferença de tratamento imposta pela decisão agravada, sobretudo quando o réu-agravante alega justamente a impossibilidade de produção da prova; escopo primeiro, como visto, para a construção e aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual não pode ser utilizada para produzir exatamente o resultado inverso.

Agravo de instrumento 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, 18 de dezembro de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 01/12/2017.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Antônio Fancelli contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá-MS.

Ação de manutenção de posse proposta por Elias Kassar e José Carlos Costa Kassar contra o apelante Antônio Fancelli (f. 01-09, autos na origem).

Decisão interlocutória agravada em audiência, redistribuiu o ônus da prova e determinou ao réu-agravante a comprovação *"da quantidade de animais (gado) registrada em nome das partes (devidamente anotadas na IAGRO)"* (f. 146, na origem, mencionada na decisão agravada, de f. 168-171, também na origem).

Agravo de instrumento: afirma o agravante que a decisão agravada impôs-lhe o ônus de produzir uma prova que lhe é impossível de ser obtida, já que o órgão administrativo não autoriza requerimento de particular para obter informação sobre propriedade de terceiro.

Requereu, assim, a concessão da antecipação da tutela recursal para determinar ao juízo de origem que expeça ofício à Agência Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal (Iagro) solicitando as informações quanto a quantidade de gado registrada em cada uma das duas propriedades rurais, as quais são objeto da controvérsia.

No mérito, requereu o provimento do recurso para reforma da decisão agravada, nos termos do pedido liminar (f. 01-09).

Despacho liminar do relator ante a inexistência de risco imediato de lesão grave de difícil ou impossível reparação, determinou tão somente a intimação do agravado para apresentação de contrarrazões (f. 214-216).

Contrarrazões em síntese, refutou os argumentos do agravante, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 220-223).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso a pertinência, ou não, da redistribuição do ônus da prova feita pela decisão agravada, ao impor ao réu a produção de prova documental que este alega ser impossível de produzir sem anuência da parte adversa e/ou requisição do juízo.

Direito intertemporal – lei processual aplicável

Registro que a decisão agravada foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 22/11/2016 (f. 159-162, na origem), com decisão integrativa proferida em 17/02/2017 (f. 182-183, na origem), cuja respectiva intimação ocorreu em 03/03/2017 (f. 185), enquanto que o presente recurso foi interposto em 17/03/2017 (f. 01-09).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/2015, razão pela qual são aplicáveis, desde logo, à espécie suas regras sobre o cabimento e a admissibilidade, bem ainda todas que dizem respeito ao procedimento recursal e respectivo julgamento (art. 1.046, CPC/15), respeitados, entretanto, eventuais atos processuais praticados e/ou situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei processual revogada (art. 14, CPC/15).

Nos termos do art. 1.070, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.015, inc. I, 1.016 e 1.017, todos do Código de Processo Civil/2015.

Redistribuição do ônus da prova

O agravante sustenta, em suma, que, *"tendo a decisão determinado a expedição de ofício para que fossem prestadas informações apenas sobre a quantidade de gado cadastrada apenas em nome do agravante, manteve um ônus sobre este que não poderá ser cumprido, eis que o agravante não tem autonomia para solicitar informações junto ao IAGRO de terceiros, de forma que este órgão as preste sem que seja apresentado mandato da parte adversa autorizando tal solicitação"* (f. 04).

A decisão agravada entendeu ser ônus do réu-agravante provar que *"a quantidade de animais registrada em nome das partes (devidamente anotadas na IAGRO)"* (ponto "e", da petição de f. 137-138, na origem), assim o fazendo porque, *"pelo critério da maior facilidade da obtenção da prova, a distribuição ora deferida contempla tal requisito, sobretudo porque, em última análise, referem-se à prova do fato constitutivo do direito do autor e dos fatos impeditivos e modificativos sustentados pelo demandado"* (f. 161, na origem).

Contudo, essa mesma decisão determinou a *"expedição de ofício ao IAGRO solicitando a informação da quantidade de gado cadastrado em nome do demandado"* (f. 161, na origem) e, em sede de embargos de declaração, o Juízo manteve a atribuição do referido ônus probatório para o réu-agravante, assim o fazendo nos seguintes termos:

> *Não se vislumbra qualquer erro material na decisão embargada, pois, conforme se verifica no despacho saneador (f. 159-62, item 03), o ônus da prova, no que toca à expedição de ofício ao IAGRO, restou distribuído à parte autora, ora embargada.*
>
> *Sendo assim, tendo sido deferida a expedição de oficio ao IAGRO, especificamente para solicitar a informação da quantidade de gado cadastrado em nome do demandado, tem-se que a decisão além de contém premissa verdadeira e conclusão inegavelmente válida, de modo a não merece qualquer alteração.* (f. 182-183, na origem)

O art. 373, do CPC/15, estabelece que o ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito (inc. I); ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inc. II).

Por sua vez, o § 1º, do art. 373, prevê que, 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.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, acolhida pela dispositivo citado, embora não expressamente prevista no CPC/73, já era admitida, em situações pontuais, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, *"embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso"*. (REsp 1.286.704/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013).

Em seu voto, no referido precedente, a Min. Nancy Andrighi assim pontuou, acerca do fundamento ético-jurídico que embasa a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, *verbis*:

> *45. [...] tem por fundamento a probatio diabolica, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o onus probandi , por assentar-se em regras rígidas e objetivas. Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.*
>
> *46. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia (arts. 5º, caput, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art, 5º XXXV, da CF) e da solidariedade (art. 339 do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC).*

Como se vê, há uma razão fático-jurídica para a distribuição dinâmica do ônus da prova, que consiste em aplicar o ônus probatório sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova.

Na hipótese, a prova pretendida (expedição de ofício ao Iagro para saber a quantidade de gado movimentado por ambas as partes) foi requerida pelo réu-agravante, no intuito de desconstituir, juntamente com outros elementos de prova, o argumento do autor-agravado de que houve esbulho, pois há décadas as áreas das fazendas de ambas as partes compartilhariam, segundo se alega, as áreas de invernada durante as cheias do Pantanal, misturando-se os rebanhos de ambas partes.

Como se vê, a prova pretendida interessa, de fato, ao réu-agravante, e por força do disposto no inc. II, do art. 373, do CPC/15, seria seu o ônus de produzi-la, por força da regra ordinária de ônus probatório.

Talvez por isso a decisão agravada tenha afirmado que *"a distribuição ora deferida contempla tal requisito, sobretudo porque, em última análise, referem-se à prova do fato constitutivo do direito do autor e dos fatos impeditivos e modificativos sustentados pelo Demandado"* (f. 161).

Contudo, a decisão agravada foi expressa em utilizar o termo "distribuição" do ônus em mais de uma oportunidade, sendo certo que, bem ou mal, o juízo *a quo* impôs ao réu a produção – de parte – da prova pretendida, sendo que, com relação à movimentação do rebanho do réu-agravante, a decisão agravada deferiu a expedição de ofício ao Iagro para saber a *"quantidade de gado cadastrado em nome do demandado"* (f. 161, na origem), mas não o fez com relação às informações do autor-agravado.

Não se sabe, entretanto, porque não explica a decisão agravada, porque entendeu o juízo *a quo* que apenas as informações do registro do rebanho do réu-agravante poderiam ser colhidas via ofício do

Juízo junto ao Iagro, ficando ao encargo daquele a diligência de pleitear junto àquele mesmo órgão as informações/registros quanto ao rebanho do autor-agravado.

A imposição do ônus da prova, via aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova – se era essa mesmo a intenção do juízo *a quo* –, deve sempre ser fundamentada, como exige o § 1º, do art. 373, do CPC/15, calcando-se o Juiz, sobretudo, em razão concreta que justifique o porquê de a parte encarregada da produção da prova ter maior facilidade em sua obtenção; o que, entretanto, não ocorreu na espécie.

Com efeito, valendo-se da mesma base principiológica que fomentou a aceitação, ainda no regime do CPC/73, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no STJ, invocando, em especial, os princípios da igualdade e do devido processo legal, tem-se que não se justifica a diferença de tratamento imposta pela decisão agravada, sobretudo quando o réu-agravante alega justamente a impossibilidade de produção da prova; escopo primeiro, como visto, para a construção e aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual não pode ser utilizada para produzir exatamente o resultado inverso.

Assim, para que não haja má aplicação da teoria em voga, bem como para que não seja o réu impedido de produzir a prova pretendida, e já que foi deferida diligência idêntica para apurar os registros do réu-agravante junto ao Iagro, entendo deva ser expedido ofício do juízo também para verificação da quantidade de gado cadastrado em nome do autor-agravado.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Antônio Fancelli e dou-lhe provimento, para determinar ao juízo *a quo* a expedição de ofício ao Iagro, para verificação também da quantidade de gado cadastrado em nome do autor-agravado junto ao referido órgão, conforme requerido pelo réu-agravante quando da fixação dos pontos controvertidos.

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. 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, 18 de dezembro de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000032-05.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CRIAÇÃO DE CARGOS PARA PROVIMENTO EM COMISSÃO SEM A RESPECTIVA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – PROCEDENTE.

Os cargos de provimento em comissão destinam-se única e exclusivamente para o desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento, afigurando-se inconstitucional a criação de referidos cargos sem a descrição das respectivas atribuições.

Ofende o art. 27, V, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, a criação de cargos em comissão cujas atribuições não se coadunam com o princípio da livre nomeação e exoneração que norteiam a investidura em comissão.

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 parecer, julgar procedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 20 de setembro de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul propõe ação direta de inconstitucionalidade em face do Município de Sidrolândia, buscando a declaração de inconstitucionalidade de parte da Tabela 5 do Anexo I, relativamente aos cargos de Coordenador Executivo, Coordenador Setorial, Chefe de Divisão, Chefe de Setor, Assessor Especial I, Assessor Especial II, Assessor Técnico I, Assessor Técnico II, e de da Tabela 01 do Anexo II, em relação ao cargo de Auditor em Serviços de Saúde, da Lei Municipal n.º 85, de 19 de dezembro de 2013, do Município de Sidrolândia/MS.

Alega, em síntese, que *"A Lei Complementar nº 85/2013, ao criar cargos em comissão sem a indispensável descrição de atribuições e responsabilidades, favorece o provimento comissionado para cargos que, por sua natureza, são de provimento efetivo, contrariando os artigos 25, caput, 27, inciso II e V, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul"* (fls. 2-3); e *"A Lei Complementar em referência limitou-se a descrever como requisitos para investidura conhecimento e capacidade pública comprovada e conduta ilibada , o que, além de não esclarecer o nível de escolaridade exigido, permite aferições subjetivas a viabilizar o estabelecimento de privilégios a correligionários e parentes"* (fls. 5-6).

Requer seja recebida a ação, bem como seja determinado *"o processamento da presente ação direta de inconstitucionalidade para, ao final, ser julgada procedente e declarar-se a inconstitucionalidade, em face da Constituição Estadual, de parte da Tabela 5 do Anexo I, em relação aos cargos de Coordenador Executivo, Coordenador Setorial, Chefe de Divisão, Chefe de Setor, Assessor Especial I, Assessor Especial II, Assessor Técnico I, Assessor Técnico II, e de da Tabela 01 do Anexo II, em relação ao cargo de Auditor em Serviços de Saúde, da Lei Municipal nº 85, de 19 de dezembro de 2013, do Município de Sidrolândia/MS"* (fls. 19-20).

Recebida a presente ação (fls. 761-762), a Câmara Municipal de Sidrolândia apresentou informações às fls. 769-775, ao passo que o Município de Sidrolândia manifestou-se às fls. 776-779, pugnando para que seja julgado improcedente o feito.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 784-794, opinando pela procedência da ação.

VOTO (EM 06/09/2017)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Justifico o pedido de vista na necessidade de exame detalhado dos elementos de convicção constantes dos autos.

Rememorando, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o Município de Sidrolândia, almejando a retirada do ordenamento de parte da Tabela 5 do Anexo I e parte da Tabela 1 do anexo II da Lei Complementar Municipal n.º 85/2013. Aponta como parâmetros os arts. 25, *caput*, e 27, II, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, na medida em que foram criados cargos públicos sem descrição de atribuições e responsabilidades, exigindo como requisitos de investidura *"conhecimento e capacidade pública comprovada e conduta ilibada"*, sem indicar escolaridade ou formação técnica. O eminente relator votou pelo julgamento de procedência do pleito.

Bem examinados os autos cheguei às mesmas conclusões exaradas pelo ilustre relator.

Com efeito, a regra estabelecida no art. 37, II, da Constituição Federal, repetida no art. 27, II, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, é no sentido de que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público. Determina o texto constitucional, ainda, seja observada a natureza e a complexidade do cargo, conforme previsão legal.

Vale dizer, que a lei que cria o cargo deve, também, tratar da natureza e complexidade do cargo, aferível única e exclusivamente a partir da descrição de atribuições e responsabilidades e dos requisitos de investidura. A questão ganha enorme relevância quando se trata de cargos de provimento em comissão, de nomeação e exoneração. Trata-se de exceção, portanto, à regra geral do provimento por concurso público.

Esses cargos destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, da CF; art. 27, II, da CE). Trata-se de atividades eminentemente técnicas, conforme lição de José dos Santos Carvalho Filho:

> *No que se refere aos cargos em comissão, impõe-se observar – já antecipamos – que, de acordo com o art. 37, II, da CF, suas funções limitam-se às de chefia, direção e assessoramento, funções essas que, em virtude de especificidades funcionais, ostentam certo destaque nos quadros de servidores. Assim, a lei não pode criar cargos dessa natureza para funções permanente ou de rotina administrativa, próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos. O desvio de finalidade da lei com essa configuração qualifica-a como inconstitucional, evidenciando indesejável burla ao mandamento constitucional*[1].

1 **Manual de Direito Administrativo**, 28ª ed., Atlas, São Paulo, p. 639

No mesmo sentido, a lição de Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra:

> *No que respeita aos cargos em comissão, adotou-se segunda ordem de providência, com o fim de conter a multiplicação desses cargos em todos os níveis da organização administrativa. Os cargos em comissão devem corresponder tão só a atribuições de direção, chefia e assessoramento. Isto é, aos cargos em comissão estará reservado o nível decisório da hierarquia administrativa. Mais uma razão para que seus ocupantes sejam profissionais qualificados e conhecedores dos misteres da atividades administrativa pública. Serão os responsáveis pela pertinência das decisões de política administrativa do serviço público, com sustentação técnica*[2].

O Min. Joaquim Barbosa destacou, no julgamento da ADI 3.602:

> *Que o Supremo Tribunal Federal Federal tem interpretado essa norma constitucional do art. 37, II como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração – e a devida regulamentação por lei – de que as atribuições de determinado cargo sejam mais bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado.*

Veja:

> *EMENTA - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados*[3].

Conforme bem ponderado pelo eminente Relator, a tabela 5 (Coordenador Executivo, Coordenador Setorial, Chefe de Divisão, Chefe de Setor, Assessor Especial I, Assessor Especial II, Assessor Técnico I, Assessor Técnico II), do Anexo I e tabela 1 (cargo de Auditor em Serviços de Saúde) do Anexo II, da LCM 85/2013, não contém descrição de atividades tampouco requisitos sobre a formação técnica necessária ao desempenho das atividades.

Essa realidade implica em clara burla à regra geral de acessibilidade aos cargos públicos por concurso público, prevista no art. 37, II, da CF, e 27, II, da Constituição Estadual.

De tudo quanto exposto, não tenho dúvidas em acompanhar o voto proferido pelo relator e, com o parecer ministerial, julgar procedentes os pedidos contidos na inicial, declarando a inconstitucionalidade da tabela 5, do Anexo I, e tabela 1, do Anexo II, da LCM 85/2013.

> *Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 20.09.17 em face do pedido de vista do des. Sideni Soncini Pimentel, após o relator julgar procedente a ação. Os demais aguardam. Ausentes, justificadamente, os desembargadores Paschoal Carmello Leandro e*

2 **Comentários à Constituição Federal de 1988**, Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 745

3 ADI 3602, Relator(a): Min. Joaquim barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe-108 Divulg 06-06-2011 Public 07-06-2011 Ement vol-02538-01 PP-00027 RTJ VOL-00222-01 PP-00083 RIP v. 13, n. 68, 2011, p. 425-427

Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

VOTO (EM 20/09/2017)

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

Justifico o pedido de vista na necessidade de exame detalhado dos elementos de convicção constantes dos autos.

Rememorando, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o Município de Sidrolândia, almejando a retirada do ordenamento de parte da Tabela 5 do Anexo I e parte da Tabela 1 do anexo II da Lei Complementar Municipal n.º 85/2013. Aponta como parâmetros os arts. 25, *caput*, e 27, II, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, na medida em que foram criados cargos públicos sem descrição de atribuições e responsabilidades, exigindo como requisitos de investidura *"conhecimento e capacidade pública comprovada e conduta ilibada"*, sem indicar escolaridade ou formação técnica. O eminente relator votou pelo julgamento de procedência do pleito.

Bem examinados os autos cheguei às mesmas conclusões exaradas pelo ilustre relator.

Com efeito, a regra estabelecida no art. 37, II, da Constituição Federal, repetida no art. 27, II, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, é no sentido de que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público. Determina o texto constitucional, ainda, seja observada a natureza e a complexidade do cargo, conforme previsão legal.

Vale dizer, que a lei que cria o cargo deve, também, tratar da natureza e complexidade do cargo, aferível única e exclusivamente a partir da descrição de atribuições e responsabilidades e dos requisitos de investidura. A questão ganha enorme relevância quando se trata de cargos de provimento em comissão, de nomeação e exoneração. Trata-se de exceção, portanto, à regra geral do provimento por concurso público.

Esses cargos destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, da CF; art. 27, II, da CE). Trata-se de atividades eminentemente técnicas, conforme lição de José dos Santos Carvalho Filho:

> *No que se refere aos cargos em comissão, impõe-se observar – já antecipamos – que, de acordo com o art. 37, II, da CF, suas funções limitam-se às de chefia, direção e assessoramento, funções essas que, em virtude de especificidades funcionais, ostentam certo destaque nos quadros de servidores. Assim, a lei não pode criar cargos dessa natureza para funções permanente ou de rotina administrativa, próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos. O desvio de finalidade da lei com essa configuração qualifica-a como inconstitucional, evidenciando indesejável burla ao mandamento constitucional*[4].

No mesmo sentido, a lição de Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra:

> *No que respeita aos cargos em comissão, adotou-se segunda ordem de providência, com o fim de conter a multiplicação desses cargos em todos os níveis da organização administrativa. Os cargos em comissão devem corresponder tão só a atribuições de direção, chefia e assessoramento. Isto é, aos cargos em comissão estará reservado o nível decisório da hierarquia administrativa. Mais uma razão para que seus ocupantes sejam profissionais qualificados e conhecedores dos misteres da atividades administrativa pública. Serão os responsáveis pela pertinência das decisões de política administrativa do serviço público,*

4 **Manual de Direito Administrativo**, 28ª ed., Atlas, São Paulo, p. 639

com sustentação técnica.[5]

O Min. Joaquim Barbosa destacou, no julgamento da ADI 3.602:

> *Que o Supremo Tribunal Federal Federal tem interpretado essa norma constitucional do art. 37, II como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração – e a devida regulamentação por lei – de que as atribuições de determinado cargo sejam mais bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado.*

Veja:

> *EMENTA - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados*[6].

Conforme bem ponderado pelo eminente relator, a tabela 5 (Coordenador Executivo, Coordenador Setorial, Chefe de Divisão, Chefe de Setor, Assessor Especial I, Assessor Especial II, Assessor Técnico I, Assessor Técnico II), do Anexo I e tabela 1 (cargo de Auditor em Serviços de Saúde) do Anexo II, da LCM 85/2013, não contém descrição de atividades tampouco requisitos sobre a formação técnica necessária ao desempenho das atividades.

Essa realidade implica em clara burla à regra geral de acessibilidade aos cargos públicos por concurso público, prevista no art. 37, II, da CF, e 27, II, da Constituição Estadual.

De tudo quanto exposto, não tenho dúvidas em acompanhar o voto proferido pelo relator e, com o parecer ministerial, julgar procedentes os pedidos contidos na inicial, declarando a inconstitucionalidade da tabela 5, do Anexo I, e tabela 1, do Anexo II, da LCM 85/2013.

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

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

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

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (5º Vogal)

5 **Comentários à Constituição Federal de 1988**, Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 745

6 ADI 3602, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe-108 Divulg 06-06-2011 public 07-06-2011 Ement vol-02538-01 PP-00027 RTJ VOL-00222-01 PP-00083 RIP v. 13, n. 68, 2011, p. 425-427

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (7º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (8º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (9º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (10º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (11º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (12º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (13º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (14º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com parecer, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, 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. Marco André Nogueira Hanson e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 20 de setembro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 8000228-92.2016.8.12.0800 - Três Lagoas
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – RESOLUÇÃO N.º 11 DE 2016 – SECRETARIA MUNICIPAL DE TRÊS LAGOAS – PONTO BIOMÉTRICO NO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL – IMPLANTAÇÃO – PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE – NÃO CARACTERIZADA – SERVIDORES QUE EXERCEM FUNÇÕES QUE INVIABILIZAM O PONTO ELETRÔNICO – PREVISÃO DE OUTRA FORMA DE REGISTRO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO – NÃO CONFIGURADA – DISPOSITIVOS NA PRÓPRIA RESOLUÇÃO QUE ASSEGURAM O DIREITO DE ACESSO AOS RELATÓRIOS DE FREQUÊNCIA E MEIOS DE CORREÇÃO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Mantém-se a sentença que denegou a segurança pleiteada, porquanto ausentes quaisquer ilegalidades na resolução combatida aptas a ensejar violação ao direito líquido e certo a ser tutelado.

O registro de ponto biométrico fundamenta-se no princípio da eficiência quanto ao controle de assiduidade de seus servidores e contraprestação dos serviços realizados.

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, 12 de dezembro de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Três Lagoas - SSPM contra a sentença (f. 208) proferida nos autos do mandado de segurança promovido em desfavor do Município de Três Lagoas.

O sindicato apelante alega, em resumo, que:

> *Nunca foi pretensão do Impetrante criar embaraços à implantação do ponto eletrônico, mas tão somente assegurar que esse modo de controle preservasse o mínimo das garantias legais àqueles que foram diretamente afetados com a implementação da medida, já que auferem suas remunerações com base nas informações lançadas no sistema de controle de frequência e assiduidade.* (f. 215)

Ainda que se tenha fundamentado o decisum no fato de que a eleição e a utilização do método de controle de frequência dos agentes públicos se encontram no campo da discricionariedade, ligada, pois, aos critérios de conveniência e oportunidade, nada dispôs a sentença a respeito da forma hermética com que a Resolução nº. 11/2016 trata o funcionalismo público municipal, sem fazer qualquer distinção quanto às reais peculiaridades e/ou especificidades de determinados cargos e/ou funções, às quais reclamam por sua natureza certa flexibilidade, como ocorre p.ex. (somente para ficar no rol exemplificativo constante da exordial) com os Agentes Comunitários de Saúde ACS, os Agentes de Combate às Endemias ACE, os Fiscais Municipais (de saúde, de obras e posturas, ambientais, de tributos e de trânsito), os Vigias, os Motoristas do SAMU e àqueles designados para realizar viagens intermunicipais e interestaduais de pacientes (Motoristas de Ambulância), os quais exercem atividades externas não passíveis à forma de controle estabelecida pela administração. (f. 217)

Com todo o respeito, permita-nos destacar que a r. Sentença também foi omissa, porquanto nada dispôs, a respeito das situações de horas excepcionais e banco de horas, consoante aventado na inicial. Como dito na peça Inaugural as ocorrências de registro, aferição, pagamento, e compensação não tem qualquer menção no ato normativo, quando deveriam inevitavelmente ser tratadas, já que diretamente relacionadas a jornada e marcação de ponto e consequentemente a remuneração dos servidores.(sic) (f. 217)

Portanto, a omissão justificadora da interposição dos embargos de declaração opostos às f. 199-206, caracteriza-se pela falta de manifestação a respeito de fundamentos de fato e de direito aventados na inicial, sobre os quais o juízo sentenciante, concessa venia, deveria ter se pronunciado. Ocorre que a despeito dos embargos de declaração opostos, embora conhecidos, foram os mesmos rejeitados, ao argumento de que o ato normativo em questão teria sido analisado nos termos dos fundamentos tecidos na exordial, e que não haveria na decisão qualquer omissão, contradição ou obscuridade. (f. 218)

Com efeito, há flagrante ofensa às disposições contidas no artigo 1.022, incisos I e II, do atual Código de Processo Civil, incorrendo, pois, em verdadeira negativa na entrega da prestação jurisdicional, na medida em que retira da parte o direito de ver seus argumentos examinados pelo Judiciário. (f. 218)

Vê-se, pois, que a alternativa ao alcance do servidor de regularizar eventuais distorções mediante requerimento professa a impressão de que o direito do servidor estaria assegurado, como equivocadamente entendeu o insigne juízo sentenciante. Todavia, na prática, isso não acontece ante a absoluta ausência de informação acerca dos registros lançados no ponto biométrico. Vale dizer, muito embora a resolução preveja formas para posterior retificação, não permite ao servidor sequer aferir oportunamente a aludida incorreção - já que o sistema restringe, para não dizer, impossibilita por completo, o controle de frequência por parte do trabalhador - revelando-se, neste aspecto, flagrante contradição ante a impossibilidade material de execução no ato normativo, na parte que previu o dever do servidor informar incorreção ou erro na leitura biométrica. (f. 220)

Com efeito, para garantir aos servidores o direito de receberem pelo que efetivamente trabalharam e para prevenir a administração municipal de proceder descontos indevidos, o direito ao acesso amplo e irrestrito ao registro de ponto é garantia que se impõe, e qualquer restrição deve ser considerada como ato ilegal e arbitrário. O servidor, em verdade, é o maior interessado em controlar o seu ponto, porque dele deriva a sua remuneração e a percepção de vantagens pecuniárias previstas em lei. (f. 221)

Portanto, de acordo com a tese esposada na exordial, além de (i) não permitir a pronta conferência, pelo servidor, de eventuais incorreções lançadas no sistema, ferindo com isso o seu direito amplo e irrestrito de acesso à informação (artigo 5º, inciso XXXIII,

CF/88), a Resolução nº. 11/2016 também (ii) não foi capaz de estabelecer exceções para as situações ou circunstâncias de determinados cargos e/ou funções que por sua própria natureza dispensam a necessidade da presença física do servidor nas repartições. (f. 223)

Ao final, requer *"se digne conhecer e dar provimento ao presente recurso para: declarar a nulidade da sentença objurgada; reformar a r. sentença e conceder a segurança almejada, para fazer cessar imediatamente os efeitos da indigitada Resolução nº. 11/2016, da Secretaria de Administração Municipal de Três Lagoas, até que a mesma seja aprimorada a ponto de preservar os direitos e garantias dos servidores públicos municipais"* (f. 223).

Devidamente intimado, o município apelado apresentou contrarrazões às fls. 231-235.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou manifestação às fls. 247-255, pugnando pelo *"conhecimento e desprovimento do recurso de apelação interposto pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Três Lagoas - SSPM, mantendo-se incólume a r. sentença que denegou a segurança pleiteada"* (f. 255).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Três Lagoas - SSPM contra a sentença (f. 208) proferida nos autos do mandado de segurança promovido em desfavor do Município de Três Lagoas.

A sentença atacada, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se vertida nos seguintes termos:

Trata-se de Mandado de Segurança em que o Impetrante alega que a Resolução nº 011/2016, da Secretaria de Administração do Município, que disciplinou a operacionalização do relógio de ponto biométrico no âmbito do serviço público municipal, não contemplou situações excepcionais de registro de presença, porquanto os espelhos inviabilizam a pronta conferência, pelo servidor, de incorreções lançadas.

Segundo o art. 1º da Lei n.º 12.016/09, "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."

A respeito de direito líquido e certo, leciona o mestre Hely Lopes Meirelles: [...]

De início deve ser afastada qualquer alegação de utilização, no presente writ, do remédio constitucional para atacar lei em tese, isso porque, a despeito de se tratar de impugnação a Resolução expedida pela Secretaria Municipal de Administração, na verdade se objetiva assegurar direitos concretos dos servidores públicos municipais, que entende o Sindicado estarem sendo lesados, atinentes ao acesso ao registro de frequência.

Com efeito, esclareço que o mandado de segurança contra lei em tese é aquele que tem por escopo o ato normativo abstratamente considerado, contudo, quando se identifica possibilidade concreta de violação à esfera jurídica do Impetrante, patente que as condições da ação encontram-se devidamente delineadas.

Pois bem. Compulsando os autos, especialmente a Resolução atacada pelo Impetrante na exordial, não se verifica nenhuma ilegalidade apta a confirmar direito

líquido e certo dos servidores representados pelo Sindicato Autor.

Ao revés, a Resolução nº 011/2016 assegurou o direito básico do agente público ao acesso de seu registro de ponto, em prestígio ao princípio do acesso à informação, e inclusive previu meios alternativos de aferição, estabelecendo de forma inequívoca:

Artigo 1º - Fica estabelecido o registro individual de ponto biométrico como única e válida forma de controle de frequência dos servidores públicos municipais.

Paragrafo único - Nos casos em que no local de trabalho não exista o aparelho de Registro Ponto Biométrico ou o seu não funcionamento a administração estabelecerá outro meio de registro. (...)

Artigo 3º - O Relógio de Ponto Biométrico utilizado pelo Município obedece a Portaria nº 373 de 25.02.2011 do Ministério do Trabalho e Emprego, não havendo a impressão de comprovante no momento da marcação.

Artigo 4º - Dos direitos e deveres do servidor:

§1º - Dos Direitos:

I O servidor por meio de requerimento protocolado na Secretaria Municipal de Administração poderá até o momento da remuneração referente ao período em que está sendo aferida a frequência, requerer o relatório das marcações do referido período.

II O servidor por meio de requerimento protocolado na Secretaria Municipal de Administração poderá justificar eventual atraso ou não marcação de ponto até o dia 15 (quinze) de cada mês, podendo a justificativa abonar o atraso/falta mediante decisão do chefe imediato.

III O prazo para disponibilização de relatório das marcações e a decisão referente a justificativa serão de 05 (cinco) dias a contar da data de protocolo do requerimento.

§2º - Dos Deveres:

I É obrigatória a marcação de ponto biométrico ao servidor público municipal, sendo que a recusa injustificada ocasionará procedimento administrativo com suas consequentes sanções conforme disposto na Lei nº 2.120/2006.

II Utilizar com o zelo e conservar o Relógio de Ponto Biométrico.

III Informar ao chefe imediato qualquer incorreção ou erro na leitura biométrica.

IV O chefe imediato deverá imediatamente após comunicação de falha, contatar a Assessoria de Recursos Humanos. (destaquei)

À toda evidência, da simples leitura do parágrafo único do art. 1º da Resolução nº 011/2016, em contrariedade ao que foi sustentado pelo Impetrante, observa-se que há expressa previsão da adoção de meio subsidiário de registro de ponto nas hipóteses de inexistência ou quando não houver o regular funcionamento do registro de ponto biométrico. Sendo assim, não se identifica qualquer prejuízo aos servidores públicos do município de Três Lagoas.

Além disso, o fato de constar da Resolução que o registro de frequência obedece à Portaria nº 373/2011, do Ministério do Trabalho e Emprego, não é circunstância apta a vincular o Município de Três Lagoas no exercício do poder hierárquico e da discricionariedade administrativa, servindo apenas como norte interpretativo.

Nesse ponto é de ressaltar que, em atendimento às disposições constantes do artigo 37 da Constituição Federal, o sistema de controle de frequência dos agentes públicos deve avaliar, com eficiência, se os servidores estão cumprindo a jornada de trabalho a que estão obrigados e, por outro lado, propiciar um controle por parte do próprio interessado, que poderá insurgir-se contra eventuais erros e incorreções resultantes desse método de aferição de presença.

Portanto, não é demais deixar claro para o Impetrante que a Resolução questionada prevê formas de acesso, controle e correção dos registros efetuados, conforme se dessume do art. 4º, sem prejuízo das demais providências legais, inclusive judiciais, à disposição de eventuais prejudicados.

No caso de erros, incorreções, problemas e demais eventos passíveis de ocorrerem, tem o servidor, a sua disposição, forma de regularização de sua frequência.

Ora, é evidente que o método para controle e fiscalização da frequência de seus servidores, consistente na simples assinatura de folhas avulsas, possibilita que os agentes públicos mal intencionados determinem seus próprios horários e datas de prestação de serviços, em prejuízo da população e da eficiência do serviço público. Contudo, não pode o Poder Judiciário impor um determinado método, mas tão somente zelar para que seja utilizada uma metodologia eficaz para respectivo controle.

Nesse desiderato, tenho que a eleição e utilização do método de controle de frequência dos agentes públicos encontra-se no campo da discricionariedade municipal, ligada à conveniência e oportunidade, de modo que o registro de ponto biométrico vai ao encontro dos princípios regentes da administração pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tanto que a implementação do sistema referido decorre de TAC firmado com o Ministério Público.

Insta assentar, ainda, conforme inclusive ressaltado na decisão que indeferiu o pedido liminar, que o método biométrico se trata de sistema de controle implantado há pouco mais de dois meses e, certamente, não está infenso a aprimoramento, conforme critérios de conveniência e oportunidade da administração, o que, todavia, não inquina de ilegalidade ou abusividade o ato normativo questionado.

Com mais razão nota-se que a espécie normativa estabelece que o servidor deverá informar ao chefe imediato qualquer incorreção ou erro na leitura biométrica, o que não significa, conforme interpretação equivocada da Parte Autora, que deverá informar imediatamente ao chefe imediato. É dever sim do chefe imediato, após a comunicação do servidor subalterno acerca dessa incorreção, informar imediatamente o setor responsável a fim de preservar o direito básico do agente público, como remuneração e ausência de descontos indevidos.

Ao que se conclui, de qualquer ângulo, que não há vícios na Resolução expedida pela Secretaria de Administração do Município de Três Lagoas.

Oportuno citar alguns julgados: [...]

Demais a mais, existindo um controle de frequência eficaz, há a garantia da fiscalização efetiva do Poder Público no tocante à assiduidade de seus servidores e contraprestação dos serviços prestados, viabilizando o próprio direito/dever de informação.

Diante de tais fatos, não há como se dar guarida à pretensão apresentada pelo Impetrante.

Isso posto, denego a segurança pleiteada.

Assim sendo, julgo extinto o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Deixo de condenar em honorários advocatícios face as Súmulas 105 do STJ e 512 do STF, bem como art. 25, da Lei n.º 12.016/09.

Acaso seja interposto recurso de Apelação, intime-se a parte apelada para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.010, § 1º, NCPC).

Se o apelado interpuser apelação adesiva, intime-se o apelante para apresentar contrarrazões (art. 1.010, § 2º, NCPC).

Na sequência, com ou sem contrarrazões, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Junte-se nestes autos a sentença de extinção de fls. 130/131 e petição e substabelecimento de fls. 128/129, do feito nº 0805422-88.2016.8.12.0021 (extinto em razão de litispendência), anotando-se que o patrono do Impetrante substabeleceu, sem reservas, ao causídico designado no documento.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente, arquivem-se com as baixas e anotações necessárias.

Irresignado com a sentença supratranscrita, o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Três Lagoas – SSPM apela, alegando que: *"ao estabelecer o registro individual de ponto biométrico como única e válida forma de controle de frequência, a Resolução nº. 11/2016 não disciplinou a jornada e as exceções com relação aos cargos que executam trabalho externo, os quais impõem tratamento diferenciado, as horas extras e o banco de horas, violando direitos e garantias individuais e coletivas do servidor, circunstância que a toda evidência também fora ignorada no julgado invectivado"* (f. 218); *"A Resolução nº. 11/2016, invocando as prerrogativas conferidas ao empregador pela Portaria nº. 373 de 25/02/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego, determina que não haverá impressão de comprovante no momento da marcação do ponto (art. 3º), admitindo como única alternativa para o servidor ter acesso aos registros da frequência o requerimento escrito endereçado à Secretaria Municipal de Administração com prazo de resposta de 05 (cinco) dias (art. 3º, §1º, inc. I)"* (f. 219); *"a Resolução nº. 11/2016 não assegurou ao servidor o direito de conhecer em tempo razoável eventuais incorreções, o que lhe permitiria provocar também em tempo razoável a regularização ou retificação do registro"* (f. 220).

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou manifestação às fls. 247-255, pugnando pelo *"conhecimento e desprovimento do recurso de apelação interposto pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Três Lagoas - SSPM, mantendo-se incólume a r. sentença que denegou a segurança pleiteada"* (f. 255).

No caso, da análise dos autos e da leitura da sentença supratranscrita, verifico a inexistência de fundamentos que autorizem a modificação da conclusão a que chegou a magistrada de piso, juíza Aline Beatriz de Oliveira Lacerda, a qual bem analisou os fundamentos de fato de direito contidos nos autos.

Nego, portanto, provimento ao recurso.

Com efeito, o objeto do presente *mandamus* refere-se à suposta ilegalidade contida na Resolução n. 11/2016, da Secretaria de Administração Municipal de Três Lagoas, que disciplina a operacionalização do ponto biométrico no âmbito do serviço público municipal.

Alega o impetrante que a mencionada resolução além de não contemplar situações excepcionais de determinadas carreiras, não assegurou aos funcionários o direito de acesso imediato às informações lançadas no sistema, de modo a evitar que eventuais imperfeições culminassem em prejuízos diretos e financeiros.

Nesse contexto, importante interpretar a norma ora debatida a partir da eficiência administrativa.

Hely Lopes Meirelles sobre o tema leciona que:

> *O dever de eficiência, ora erigido à categoria de princípio norteador da atividade administrativa, com a nova redação dada ao caput do art. 37 da CF pela EC 19, como bem lembrado por Carvalho Simas corresponde ao dever de boa administração da doutrina italiana, o que já se achava consagrado entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, ao submeter toda a atividade do Executivo ao controle de resultado (art. 13 e 25, V), fortalecer o sistema de mérito (art. 25, VIII), sujeitar a Administração indireta à supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomendar a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100).*
>
> *(...)*
>
> *A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o que se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção e treinamento.*[1]

Assim, o aperfeiçoamento tecnológico no processo de controle da frequência dos servidores públicos relaciona-se com este dever de eficiência, ínsito ao exercício de qualquer competência administrativa.

No caso dos autos, verifica-se que a Administração Pública decidiu modernizar o controle de frequência dos servidores públicos municipais, editando resolução normativa sobre o tema.

De outro lado, o impetrante afirma que a supramencionada resolução viola seu direito líquido e certo, pois não previu exceções quanto a certas carreiras, como as que realizam serviços externos, as quais ficam impossibilitadas de registrar ponto biométrico, bem como violou o direito dos servidores públicos à informação, porquanto não possibilita o imediato acesso ao que foi lançado no sistema.

Ocorre que, ao contrário do alegado pelo impetrante, o artigo 1º, parágrafo único, da Resolução n.º 11/2016, prevê claramente que *"nos casos em que no local de trabalho não exista o aparelho de Registro Ponto Biométrico ou o seu não funcionamento a administração estabelecerá outro meio de registro"* (f. 192).

Sendo assim, não há como acolher a alegação de violação ao princípio da igualdade dos servidores que, em razão da natureza dos cargos exercidos, ficam impossibilitados de registrar o ponto biométrico, pois a própria norma estabelece que haverá outra forma de registro, o que afasta os argumentos de prejuízo em face de tais servidores.

Da mesma forma, não há como acolher a afirmação de violação ao princípio da informação, porquanto o artigo 4º da Resolução n.º 11/2016 permite ao servidor o acesso aos relatórios de frequência através de requerimento administrativo, bem como estabelece meios de correção da folha de frequência em caso de incongruências.

Ademais, a exigência e instalação do ponto biométrico a ser utilizado pelo Município de Três Lagoas obedece à Portaria n.º 373, de 25.2.2011, do Ministério do Trabalho e Emprego, a qual não contém dispositivo

1 **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 91-92.

legal estabelecendo a impressão de comprovante no momento em que o servidor registra o ponto.

Diante do exposto, não vislumbro direito líquido e certo a ser tutelado, de modo que a sentença ora combatida deve ser mantida em todos os seus termos.

Assim, com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Três Lagoas – SSPM, mantendo incólume a sentença hostilizada.

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. João Maria Lós.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2017.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 0821140-54.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – ISENÇÃO DA TAXA DE INSCRIÇÃO – CANDIDATA DOADORA DE MEDULA ÓSSEA – REQUISITOS LEGAIS E EDITALÍCIOS PREENCHIDOS – LEI ESTADUAL N. 4.287/2016 – ORDEM CONCEDIDA.

Forte no que prevê a Lei Estadual n.º 4.287/2016, a isenção da taxa de inscrição em concurso promovido pelos órgãos públicos do Estado de Mato Grosso do Sul deverá ser concedida àquele que comprovar ser doador de medula óssea.

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, conceder a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 6 de novembro de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Kelly Cristiane Augusto Trindade em face de ato coator do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização e do Diretor-Presidente da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do pedido de isenção da taxa de inscrição do concurso público para provimento de cargo de Agente de Polícia Judiciária.

A impetrante alega, em síntese, que:

> *Inscreveu-se para o Concurso Público de Provas e Títulos para provimento nos cargos de Delegado de Polícia e Agente de Polícia Judiciária de Mato Grosso do Sul, buscando concorrer aos cargos de Investigador (inscrição nº 186448) e Escrivão (inscrição nº 187448), vagas disponibilizadas pelo edital 001/2017 - SAD/SEJUSP/PCMS/2017. Considerando ser a Impetrante doadora de medula óssea desde 2010, seguiu todos os procedimentos impostos pelo edital a fim de ser atendida pela isenção do pagamento da taxa de inscrição, o que se comprova mediante os seguintes protocolos: Protocolo 55/062571/2017, data 14/06/2017, hora 15:26, devidamente assinado por Simery A. Melo Jara e Protocolo 55/062576/2017, data 14/06/2017, hora 15:27, devidamente assinado por Simery A. Melo Jara, uma vez que requereu a isenção para os dois cargos que se inscreveu. (f. 2); Em 30/06/2017 fora publicado o resultado do pedido de isenção da taxa de inscrição, no qual apenas fora concedida a isenção para a inscrição no cargo de Investigador, sendo-lhe negada a isenção ao pagamento da taxa de inscrição em relação ao cargo de escrivão,*

> *o que se mostra no mínimo incompatível, uma vez que os documentos apresentados foram os mesmos. (f. 4); De acordo com os fatos apresentados, ainda tendo direito à isenção ao pagamento da taxa de inscrição a Impetrante buscando evitar uma demanda judicial tentou emitir o boleto para o pagamento da inscrição em questão. O primeiro acesso ao site da Impetrada FAPEMS, local indicado no edital para a emissão do boleto fora por volta das 08:00 horas e desde então a Impetrante não obteve êxito, não conseguindo sequer acessar sua página de cadastro, por encontrar problemas com sua senha e inclusive para redefinir a mesma. (f. 7); Diante de tantos erros apresentados pelo sistema FAPEMS houve o contato telefônico do Sr. Rafael Castro, que também não conseguiu emitir o boleto em seu computador (o que fora relato da em conversa telefônica), restando demonstrado e comprovado que o problema não se encontrava na máquina da Impetrante. Após alguns minutos de espera em linha o Sr. Rafael Castro indicou ter resolvido o problema e enfim foi possível a emissão do boleto, o que fora feito apenas por volta das 21:00 horas. Diante do Adiantado do horário não fora possível realizar o pagamento do boleto.* (f. 8)

Ao final, requer:

> *a) A concessão da Liminar inaudita altera pars para que a autoridade coatora isente a Impetrante do pagamento da taxa de inscrição referente ao cargo escrivão (inscrição nº 187448) ou a emissão de um novo boleto para pagamento da taxa de inscrição referente ao cargo de escrivão (inscrição nº187448); b) A concessão dos benefícios da justiça gratuita para a Impetrante, que é pobre na acepção jurídica do termo, não tendo condições de arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu sustento, conforme declaração de hipossuficiência econômica em anexo; c) O cumprimento das diligências de intimação das autoridades coatoras acerca da liminar, por oficial de justiça, em regime de urgência, considerando a natureza do concurso público; d) Sejam as autoridades coatoras notificadas da impetração, conforme art. 7º, I da lei 12.016/2009, a fim de que no prazo legal preste informações; e) A oitiva do Ministério Público, conforme art. 12 da Lei 12.016/2009; f) Que, ao final seja concedida a segurança, confirmando-se integralmente a medida liminar, para isentar a Impetrante do pagamento da taxa de inscrição OU a emissão de um novo boleto para o pagamento da taxa de inscrição a fim de efetivar em caráter definitivo a inscrição da Impetrante no concurso público;* (fls. 9-10)

A liminar foi concedida (fls. 357-359).

O Estado de Mato Grosso do Sul manifestou-se à f. 364, pugnando pela extinção do feito sem resolução do mérito.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 409-413.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Kelly Cristiane Augusto Trindade em face de ato coator do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização e do Diretor-Presidente da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do pedido de isenção da taxa de inscrição do concurso público para provimento de cargo de agente de polícia judiciária.

A impetrante alega, em síntese, que:

> *Inscreveu-se para o Concurso Público de Provas e Títulos para provimento nos cargos de Delegado de Polícia e Agente de Polícia Judiciária de Mato Grosso do Sul,*

> *buscando concorrer aos cargos de Investigador (inscrição nº 186448) e Escrivão (inscrição nº 187448), vagas disponibilizadas pelo edital 001/2017 - SAD/SEJUSP/PCMS/2017. Considerando ser a Impetrante doadora de medula óssea desde 2010, seguiu todos os procedimentos impostos pelo edital a fim de ser atendida pela isenção do pagamento da taxa de inscrição, o que se comprova mediante os seguintes protocolos: Protocolo 55/062571/2017, data 14/06/2017, hora 15:26, devidamente assinado por Simery A. Melo Jara e Protocolo 55/062576/2017, data 14/06/2017, hora 15:27, devidamente assinado por Simery A. Melo Jara, uma vez que requereu a isenção para os dois cargos que se inscreveu. (f. 2); Em 30/06/2017 fora publicado o resultado do pedido de isenção da taxa de inscrição, no qual apenas fora concedida a isenção para a inscrição no cargo de Investigador, sendo-lhe negada a isenção ao pagamento da taxa de inscrição em relação ao cargo de escrivão, o que se mostra no mínimo incompatível, uma vez que os documentos apresentados foram os mesmos. (f. 4); De acordo com os fatos apresentados, ainda tendo direito à isenção ao pagamento da taxa de inscrição a Impetrante buscando evitar uma demanda judicial tentou emitir o boleto para o pagamento da inscrição em questão. O primeiro acesso ao site da Impetrada FAPEMS, local indicado no edital para a emissão do boleto fora por volta das 08:00 horas e desde então a Impetrante não obteve êxito, não conseguindo sequer acessar sua página de cadastro, por encontrar problemas com sua senha e inclusive para redefinir a mesma. (f. 7); Diante de tantos erros apresentados pelo sistema FAPEMS houve o contato telefônico do Sr. Rafael Castro, que também não conseguiu emitir o boleto em seu computador (o que fora relato da em conversa telefônica), restando demonstrado e comprovado que o problema não se encontrava na máquina da Impetrante. Após alguns minutos de espera em linha o Sr. Rafael Castro indicou ter resolvido o problema e enfim foi possível a emissão do boleto, o que fora feito apenas por volta das 21:00 horas. Diante do Adiantado do horário não fora possível realizar o pagamento do boleto.* (f. 8)

Ao final, requer:

> *a) A concessão da Liminar inaudita altera pars para que a autoridade coatora isente a Impetrante do pagamento da taxa de inscrição referente ao cargo escrivão (inscrição nº 187448) ou a emissão de um novo boleto para pagamento da taxa de inscrição referente ao cargo de escrivão (inscrição nº187448); b) A concessão dos benefícios da justiça gratuita para a Impetrante, que é pobre na acepção jurídica do termo, não tendo condições de arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios sem prejuízo de seu sustento, conforme declaração de hipossuficiência econômica em anexo; c) O cumprimento das diligências de intimação das autoridades coatoras acerca da liminar, por oficial de justiça, em regime de urgência, considerando a natureza do concurso público; d) Sejam as autoridades coatoras notificadas da impetração, conforme art. 7º, I da lei 12.016/2009, a fim de que no prazo legal preste informações; e) A oitiva do Ministério Público, conforme art. 12 da Lei 12.016/2009; f) Que, ao final seja concedida a segurança, confirmando-se integralmente a medida liminar, para isentar a Impetrante do pagamento da taxa de inscrição OU a emissão de um novo boleto para o pagamento da taxa de inscrição a fim de efetivar em caráter definitivo a inscrição da Impetrante no concurso público;* (fls. 9-10)

A liminar foi concedida (fls. 357-359).

O Estado de Mato Grosso do Sul manifestou-se à f. 364, pugnando pela extinção do feito sem resolução do mérito.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 409-413.

Conceda a segurança pleiteada.

Inicialmente, em relação ao requerimento do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 364) pleiteando a declaração da perda do objeto da demanda, com a extinção do feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, IV, do Código de Processo Civil, reputo não lhe assistir razão.

Nesse ponto, bem frisou o *Parquet* no parecer de fls. 409-413 que:

> *Tem-se que o pedido de extinção, sem resolução do mérito, por perda superveniente de objeto, não merece guarida.*
>
> *Esta Procuradoria de Justiça comunga do entendimento de que o feito deve ser extinto, com resolução de mérito, com base no reconhecimento da procedência do pedido.*
>
> *Isso porque, conforme frisado, a pretensão da impetrante foi reconhecida na via administrativa, APÓS a notificação das autoridades coatoras, isto é, depois de o objeto discutido nos autos se tornar litigioso, hipótese em que o mérito deve ser resolvido.*
>
> *Sobre o tema, o STF já se manifestou:*
>
> *Aqui cabe fazer uma distinção: ocorrendo o reconhecimento do pleito na esfera administrativa antes da citação (marco temporal que faz tornar a coisa litigiosa, na forma do art. 219 do CPC/73 e art. 240 do CPC/15), é caso de perda de objeto pela ausência de interesse processual superveniente, com a extinção do processo, sem julgamento de mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC/73 e art. 485, VI, do CPC/15.*
>
> *Ao contrário, caso ocorra o reconhecimento do pedido depois da citação, o objeto discutido nos autos torna-se litigioso antes da administração pública aquiescer com o seu reconhecimento, de forma que a decisão administrativa forma-se ciente da existência de pretensão autoral.*
>
> *Essa última situação é típico caso de reconhecimento do pedido pelo réu, no curso da demanda, hábil a atrair a resolução do feito, com julgamento de mérito, na forma do art. 269, II, do CPC/73(norma vigente à época da prolação da decisão e repetida no art. 487, III, a, do CPC/15). (AgRg na Ação Originária 1.400/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25 de agosto de 2016)*
>
> *Em caso idêntico, o e. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 1407346-17.2017.8.12.0000, proferido no dia 27 de julho de 2017, entendeu que, "em vez de dizer que o autor carece de interesse processual superveniente, impõe-se dizer que foi reconhecida a procedência do pedido formulado na ação", ocasião em que concedeu a segurança, julgando extintos os autos, com resolução do mérito, com fundamento no art. 487, inciso III, "a", do CPC.*

Do mesmo modo, no julgamento da Apelação n.º 0803487-07.2015.8.12.0002 tive a oportunidade de me manifestar no mesmo sentido, consignando que:

> *A decisão que antecipou os efeitos da tutela tem efeito provisório, não possuindo o poder de extinguir o processo sem resolução de mérito por perda de objeto e não anula o objeto da pretensão, exigindo-se a apreciação da matéria em decisão final de mérito.*
>
> *No caso em tela, a sentença de primeiro grau analisou o mérito e julgou procedente o pedido formulado na inicial pela parte autora, condenando o requerido a disponibilizar professor de apoio ao menor.*
>
> *Assim, ainda que as providências necessárias ao cumprimento da medida liminar tenham sido tomadas, deve-se considerar que se mostrou necessário o ingresso de ação*

judicial visando compelir o ente estadual a disponibilizar professor de apoio de que o menor necessita.

Portanto, como no presente caso a obrigação requerida na inicial somente foi cumprida após o ajuizamento de ação, de posterior citação e depois de deferida a medida em caráter liminar, fica evidenciado que a ação judicial é necessária e útil ao fim almejado, mormente para que a medida antecipatória torne-se definitiva.

Desse modo, por estar presente o interesse processual, não se pode falar em extinção do feito por perda do objeto.

Não há falar, portanto, em perda do objeto da presente demanda.

No mérito do *mandamus* reputo assistir razão à impetrante.

Com efeito, pugna pela isenção da taxa de inscrição do Concurso Público de Provas para provimento de vagas para cargos de agente de polícia judiciária e delegado de polícia para o Quadro de Pessoal da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, afirmando fazer jus à benesse por ser doadora de medula óssea, nos termos da Lei n.º 4.827/2016.

A lei em comento dispõe que:

Art. 1º O Poder Executivo poderá isentar o doador de medula óssea do pagamento de taxas de inscrição nos concursos públicos realizados pela Administração Pública Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional, no Estado de Mato Grosso do Sul.

Parágrafo único. Os órgãos estaduais que realizarem concursos públicos deverão inserir, nos respectivos editais, normas expressas acerca da previsão do benefício e de sua forma de obtenção.

Art. 2º O direito à isenção, de que trata esta Lei, dependerá da comprovação da inscrição como doador, mediante documento fornecido pela entidade coletora oficial ou por esta credenciada, o qual deverá ser juntado ao procedimento formal de inscrição do interessado.

Do mesmo modo, o Edital n.º 1/2017 – SAD/SEJUSP/PCMS, que disciplinou o certame em questão, previu no item 6.1 que:

6.1. Os candidatos amparados pela Lei n. 2.557, de 13 de dezembro de 2002, regulamentada pelos Decretos n. 11.232, de 27 de maio de 2003, n. 11.238, de 29 de maio de 2003 e n. 13.376, de 16 de fevereiro de 2012, e amparados pela Lei n. 2.887, de 21 de setembro de 2004 ou pela Lei n. 4.827, de 10 de março de 2016, poderão solicitar isenção da taxa de inscrição do concurso, observando os procedimentos estabelecidos nessas legislações, devendo:

a) efetuar a inscrição via Internet, de acordo com o previsto neste Edital; b) requerer a isenção do pagamento da taxa de inscrição no Concurso Público de Provas e Títulos - SAD/SEJUSP/APJ/PCMS/2017, de acordo com o estabelecido na legislação;

c) postar ou entregar pessoalmente, no período 8 de junho de 2017 a 14 de junho de 2017, o requerimento de isenção de taxa de inscrição com todos os campos obrigatórios preenchidos e devidamente assinado, juntamente com os demais documentos mencionados na legislação citada no caput deste item, no endereço especificado no subitem 4.1.4 deste Edital.

Pois bem. Conforme consignei na decisão de fls. 357-359 *"a impetrante demonstrou ser doadora voluntária de medula óssea (f. 75), estando assim contemplada pelo contido na Lei Estadual n. 4.827, de 10 de março de 2016, preenchendo, portanto, o requisito disposto no subitem 6.1 do edital"*.

Nesse sentido, já julgou este sodalício que:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADA – CONCURSO PÚBLICO – ISENÇÃO DA TAXA DE INSCRIÇÃO – DOADORA DE MEDULA ÓSSEA. 01. A preliminar de inadequação da via eleita deve ser afastada, diante da possibilidade de comprovação do direito líquido de certo mediante prova pré-constituída. 02. Demonstrada a condição de doadora de medula óssea, deve ser concedida a isenção da taxa de inscrição do concurso público em favor da impetrante, conforme previsão contida no edital e na Lei Estadual 4.827/2016.*[1]

Ante o exposto, concedo a segurança pleiteada para o fim de determinar que as autoridades coatoras efetivem a inscrição da impetrante no Concurso Público de Provas e Títulos do Quadro de Pessoal da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, com isenção da referida taxa. Sem custas, em razão da isenção prevista no art. 24, I, da Lei Estadual n.º 3.779/2009[2].

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. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 06 de novembro de 2017.

***

1 TJMS. Mandado de Segurança - Nº 1407547-09.2017.8.12.0000. Rel. Desembargador Vilson Bertelli. Julgamento 21.8.2017.

2 Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária: I - a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801419-19.2013.8.12.0014 - Fátima do Sul
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – HOMICÍDIO COMETIDO EM CARNAVAL DE RUA – DEMONSTRAÇÃO DE POLICIAMENTO ADEQUADO – IMPOSSIBILIDADE DE PREVENÇÃO DE TODO E QUALQUER CRIME – RESERVA DO POSSÍVEL – CAUSAS ADVERSAS NÃO IMPUTÁVEIS AO MUNICÍPIO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Tratando-se de imputação de conduta omissiva do município, tanto a doutrina como a jurisprudência majoritária entendem que a responsabilidade é subjetiva, devendo, portanto, ser demonstrada a ocorrência de uma das modalidades da culpa: negligência, imperícia ou imprudência.

Demonstrado que houve policiamento adequado do carnaval de rua promovido pela municipalidade, a ocorrência de crime durante a festa popular não caracteriza, por si só, negligência ilícita do ente público, pois a prestação do serviço público só pode ser exigível dentro de padrão considerado normal, normalidade esta aferida com vistas no princípio da reserva do possível, isto é, ponderando-se a existência de todas as demandas e anseios coletivos (que são inesgotáveis) com a disponibilidade do orçamento público (que é limitada).

A responsabilidade do município, em caso, resta igualmente afastada pela presença de elementos que não lhe são imputáveis, suficientes à ocorrência do evento danoso.

Recurso conhecido e 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Ercília Correa de Aquino interpõe recurso de apelação de sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de indenização por danos morais e materiais que ajuizou em desfavor do Município de Fátima do Sul/MS. Alega o recorrente que a responsabilidade objetiva do Estado é a regra, sendo certo que a conduta omissiva do município demonstra a falta de preparo de seus agentes na promoção da segurança pública esperada. Argumenta que o carnaval popular não é obrigatório, sendo promovido por liberalidade da prefeitura municipal. Aduz que a vítima fatal de disparos (Taline) encontrava-se no

interior da festa popular, devendo-se considerar a existência de negligência na promoção de segurança, com reconhecimento do dever de indenizar.

Contrarrazões pelo desprovimento.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Ercilia Correa de Aquino em desfavor do Município de Fátima do Sul/MS. A autora informa que sua filha foi vítima de disparos de arma de fogo durante o carnaval popular promovido pela prefeitura, causa eficaz de sua morte, ocorrida em 09/03/2011, atribuindo a responsabilidade pelo ocorrido à municipalidade, ante a ausência de segurança adequada do evento. Pugnou pela condenação aos danos materiais, equivalentes a uma pensão mensal de R$ 510,00, devida até a data em que a vítima completaria 77 anos de idade, e por danos morais no valor de cem salários mínimos.

A sentença julgou improcedentes os pedidos iniciais. Contra tal decisão a requerente interpôs recurso de apelação, nos termos do relatório.

Pois bem.

Como é cediço, a responsabilidade civil de pessoa jurídica de direito público, em regra é objetiva, conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, assentada na teoria do risco administrativo. Assim, possível afirmar que o Poder Público, independentemente de prova de sua culpa, é responsável por atos comissivos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, ressalvado o direito de regresso contra eles. Entretanto, quando o dano decorre de omissão do Estado, tanto a doutrina como a jurisprudência majoritária entendem que a responsabilidade é subjetiva, devendo, portanto, ser demonstrada a ocorrência de uma das modalidades da culpa: negligência, imperícia ou imprudência.

Trata-se de doutrina baseada no que os franceses chamaram de *faute du service* (falta do serviço).

Nesse sentido confira a jurisprudência deste Tribunal:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32 – PREJUDICIAL AFASTADA – HOMICÍDIO PRATICADO POR PARTICULAR – ARMA DE FOGO EXTRAVIADA DO FÓRUM – ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO DO ESTADO E O DANO SOFRIDO PELA AUTORA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (...)* ***Em se tratando de ato omissivo do Poder Público, decorrente do descumprimento de um dever legal de agir, a responsabilidade civil é da modalidade subjetiva, na qual o lesado, para obter sua reparação, deve comprovar o nexo de causalidade entre a omissão e o dano sofrido, além da culpa ou do dolo por parte da Administração*** *(...) (*Apelação Cível 2011.016019-7. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. 5ª Câmara Cível. J. 26/11/2012). Destaquei.

Também do STJ,

> *ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. BACEN. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. MERCADO DE CAPITAIS. QUEBRA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EVENTUAL PREJUÍZO DE INVESTIDORES. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. 1.* ***A pacífica jurisprudência do STJ e do STF, bem como***

> ***a doutrina, compreende que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, ou seja, a omissão do Estado, apesar do dever legalmente imposto de agir, além, obviamente, do dano e do nexo causal entre ambos****. 2. O STJ firmou o entendimento de não haver nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido por investidores em decorrência de quebra de instituição financeira e a suposta ausência ou falha na fiscalização realizada pelo Banco Central no mercado de capitais. 3. Recursos Especiais providos.* (REsp 1023937/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 30/06/2010). Destaquei.

Assim, e sendo certo que o ato imputado ao ente público é omissivo - ausência de segurança necessária a comprovação de sua culpa para o evento danoso. De outro tanto, a simples relação entre a ausência do serviço e o dano não basta para que se configure a responsabilidade estatal, devendo ser demonstrada a atuação anêmica do ente público de acordo com os padrões de normalidade dele esperados.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> *(...) Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente) seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; (...). Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter acorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível. (...) Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estádio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.* (Curso de Direito Administrativo, 25ª Ed., p. 997).

Compulsando os autos, verifica-se que o crime ocorreu em via pública, às 02:50 hs, oportunidade em que o acusado Fabiano Mariano da Silva efetuou disparos em direção a um desafeto seu, de nome Diego, vindo, porém, a acertar a filha da requerente, causando-lhe ferimentos fatais. De se notar pelos documentos carreados aos autos que houve grande mobilização do Poder Público para a promoção da segurança na localidade, sendo certo que o agressor foi preso em flagrante pela prática do delito. Verifica-se, portanto, que impor a responsabilidade do crime perpetrado por terceiro à municipalidade equivaleria a declarar a existência de obrigação do ente público de evitar todo e qualquer crime em seu território, fato que, a toda evidência, se mostra impossível mesmo nos países mais desenvolvidos e com extensa disponibilidade de recursos para investimento em segurança.

Portanto, em casos que tais, a omissão estatal não se afigura, por si só, ilícita, pois a prestação do serviço público só pode ser exigível dentro de padrão considerado normal, normalidade esta aferida com vistas no princípio da reserva do possível, isto é, ponderando-se a existência de todas as demandas e anseios coletivos (que são inesgotáveis) com a disponibilidade do orçamento público (que é limitada). Conclusão contrária equivale a transformar o Estado em garantidor universal, com a satisfação pontual de interesses dos administrados, em detrimento do próprio interesse coletivo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também se alinha no sentido da inexistência de responsabilidade estatal, ainda que o crime tenha sido praticado por detento que fugiu do sistema prisional, caso muito mais grave do que este em análise. Confira-se:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.* ***FUGA DE DETENTO. LATROCÍNIO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE.*** *(...)4. In*

> *casu, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal a quo, verbis: Inicio o meu voto analisando a responsabilidade civil do Estado. O artigo 37, §6º, da Constituição da República assim preceitua: 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. Conforme se pode depreender do artigo acima, neste caso, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, ou seja, o ente público se investe da função de reparador do dano acarretado por um agente público ou por outrem nesta função, podendo, posteriormente, vir a chamar o agente para indenizar a Administração pelo ilícito extracontratual. (...) É impossível a vigilância de cada preso 24 horas ao dia. O Estado não tem condições para isso. Alegar que o criminoso deveria estar recolhido a um presídio de segurança máxima é fácil. O difícil é conseguir vaga para transferência, transporte seguro para o deslocamento do preso, etc. Acerca do nexo causal, entendo que este não ocorreu. Para gerar responsabilidade civil do Estado, o preso deveria estar em fuga, ato contínuo àquela ação, e isso não aconteceu. Houve quebra do liame causal. (...) Cabe mencionar que o Estado não é um segurador universal, que pode entregar receita da sociedade para qualquer um que se sinta lesado. Atos violentos como o dos autos ocorrem a todo o momento e em todos os lugares, e não há possibilidade de total prevenção por parte do policial. 5. Ad argumentandum tantum, em situação análoga, esta Corte assentou que não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado (que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semi-liberdade) tenha sido a causa direta e imediata do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois, durante o qual foi disparada a "bala perdida" que atingiu a vítima, nem que esse tiroteio tenha sido efeito necessário da referida deficiência. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedente: Resp 858511/DF Relator Ministro Luiz Fux - Relator p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki Data do Julgamento 19/08/2008 DJ 15/09/2008). 6. Recurso especial não conhecido.* (REsp 980.844/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/03/2009, DJe 22/04/2009).

Diante disso, tenho que a responsabilidade do município não restou demonstrada, impondo-se a manutenção da sentença de improcedência.

Assim, conheço do presente recurso de apelação, mas nego-lhe provimento. Em razão da sucumbência, bem como desprovimento do presente recurso, fato que autoriza honorários recursais, majoro os já fixados para 15 % sobre o valor da causa. Fica o pagamento de tal verba, entretanto, suspensa, na forma do art. 98, § 3º, do CPC. Mantenho a sentença no que mais dispõe.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

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

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0829733-77.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ALEGADA EM CONTRARRAZÕES – REJEITADA – CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE VERBA INDENIZATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PUBLICAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS EM PÁGINA DE *FACEBOOK* – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DE MONITORAMENTO PELA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS – ARTIGO 19 DA LEI N.º 12.965/2014 – NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL – ARTIGO 373, INCISO I DO CPC – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

A legitimidade *ad causam* corresponde à chamada pertinência subjetiva da ação e, neste norte, toda e qualquer pessoa que deva se submeter diretamente aos efeitos da coisa julgada de uma determinada lide, por ter alguma relação com a situação jurídica em debate, deve integra-la. Hipótese dos autos.

A incidência do Código Consumerista ao caso posto em debate não implica em automática responsabilidade objetiva dos provedores de *internet* por informações de conteúdo ilícito inseridas no site por terceiras pessoas, haja vista que a verificação não se enquadra como atividade inerente ao serviço por eles fornecidos. A obrigação à reparação do dano, de forma solidária ao autor que proporcionou a ofensa divulgada, somente surge se, notificada judicialmente a respeito da existência de mensagens ilegais, mantém-se inerte e deixa de providenciar a devida indisponibilidade do material indicado como ofensivo.

A parte autora traz novamente ao debate matéria já decidida e não recorrida e, por isso, atingida pela preclusão, não devendo ser conhecida, qual seja, a desnecessidade de indicação da URL para remoção de conteúdo da rede social.

Incumbia à apelante o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito – artigo 373, inciso I do CPC, não tendo se desincumbido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar, conhecer em parte do recurso, nos termos do voto do 1º vogal, no que foi acompanhado pelo Relator e, nesta extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Cleidiane Fernandes Maidana interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 3ª vara cível desta Capital que, nos autos da ação de indenização por dano moral ajuizada em desfavor de *Facebook* Serviços *On-line* do Brasil Ltda e Marcos Shoji Tanaka, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Sustenta a necessidade de condenação dos apelados ao pagamento de indenização, a título de danos morais, em razão dos prejuízos advindos com a publicação de fotos íntimas na internet, por meio de perfis falsos, criados em seu nome.

Alega a necessidade de inversão do ônus da prova, em razão da aplicação das normas do CDC ao caso presente.

Aduz ser obrigação da apelada *Facebook* a averiguação de dados em seus registros sobre os perfis falsos, os quais foram por ela excluídos, após denunciados por partes, amigos e conhecidos.

Assevera que, embora a indicação de URL permita a localização mais exata, não constitui como único meio de prova para se precisar o conteúdo ofensivo impugnado.

Afirma que, em consulta ao IP n.º 191.254.177.228, é possível verificar que o computador, do qual foram criados o e-mail e a conta de *Facebook* "*fake*", encontra-se no estado de São Paulo, próximo a cidade de Santos, local onde reside o apelado Marcos.

Pede que a verba indenizatória seja arbitrada em R$ 50.680,00 (cinquenta mil, seiscentos e oitenta reais).

Postula, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Facebook Serviços *On-line* do Brasil Ltda, em contrarrazões apresentadas às fls. 244/287, suscitou preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, postulou pelo desprovimento do apelo.

O apelado Marcos Shoji Tanaka deixou de apresentar contrarrazões.

A apelante manifestou-se a respeito da preliminar de ilegitimidade passiva arguida em contrarrazões às fls. 298/301.

VOTO (EM 26/09/2017)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Cleidiane Fernandes Maidana interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível desta capital que, nos autos da ação de indenização por dano moral ajuizada em desfavor de *Facebook* Serviços *On-line* do Brasil Ltda e Marcos Shoji Tanaka, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Da preliminar de ilegitimidade passiva alegada em contrarrazões.

A apelada *Facebook* Serviços *On-line* do Brasil Ltda, em contrarrazões apresentadas às fls. 244/287, suscitou preliminar de ilegitimidade para figurar na angularidade passiva da demanda.

A pretensão não merece crédito.

Com efeito, é sabido que a legitimidade *ad causam* corresponde à chamada pertinência subjetiva da ação e, neste norte, toda e qualquer pessoa que deva se submeter diretamente aos efeitos da coisa julgada de uma determinada lide, por ter alguma relação com a situação jurídica em debate, deve integrá-la.

É o que se colhe da lição de Fredie Didier Jr[1], *litteris*:

> *A legitimidade para agir (ad causam petendi ou ad agendum) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os "pressupostos processuais" subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo. É a "pertinência subjetiva da ação", segundo célebre lição doutrinária. A esse poder, conferido pela lei, dá-se o nome de legitimidade ad causam ou capacidade de conduzir o processo. Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, "decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso".*

No caso posto em discussão, a autora, ora apelante, postula pela compensação por danos morais suportados em virtude da criação de perfis falsos e de publicação de fotos íntimas em plataforma eletrônica. Desta forma, conquanto a apelada não tenha praticado a referida veiculação, guarda pertinência com os atos narrados, mormente por ser a provedora da página social, situação que faz emergir, de modo inexorável, a sua legitimidade para compor o pólo passivo da lide.

A questão relativa à responsabilidade pela prática do ilícito, por sua vez, é atinte ao mérito e, portanto, não pode ser apreciada sob a perspectiva das condições da ação.

Rejeitada, assim, a preliminar suscitada.

Do mérito

Inicialmente, cumpre destacar que para a condenação ao pagamento de qualquer indenização, seja por dano moral, seja por dano material, é imprescindível a demonstração dos pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil: o dano, a culpa do agente (em caso de responsabilização subjetiva), e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo experimentado pela vítima - artigos 186 e 927, ambos do CC/02.

In casu, aduz a apelante a necessidade de condenação dos apelados ao pagamento de indenização, a título de danos morais, em razão dos prejuízos advindos com a publicação de fotos íntimas na *internet*, por meio de perfis falsos, criados em seu nome.

Entretanto, malgrado os fundamentos de fato e de direito expostos pela recorrente em suas razões recursais, entendo que a ratificação da sentença de primeiro grau é medida que se impõe.

Prefacialmente, no que diz respeito às insurgências em desfavor da apelada *Facebook*, é de se destacar que, embora sejam isentos de contraprestações pecuniárias os serviços de *internet* prestados, há de ser aplicado Código Consumerista *in casu*, haja vista a relação de consumidora e fornecedora que recai sobre os aqui litigantes - artigos 2º e 3º.

Todavia, tal fato não implica em automática responsabilidade objetiva dos provedores de internet por informações de conteúdo ilícito inseridas no site por terceiras pessoas, haja vista que a verificação

1 Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016

não se enquadra como atividade inerente ao serviço por eles fornecidos. A obrigação à reparação do dano, de forma solidária ao autor que proporcionou a ofensa divulgada, somente surge se, notificados judicialmente a respeito da existência de danos ilegais, mantem-se inertes e deixam de providenciar a devida indisponibilidade do material indicado como ofensivo.

Isso é o que se pode extrair do artigo 19 da Lei n.º 12.965/2014. Vejamos:

> *Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.*

Nesse sentido é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

> *CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FACEBOOK. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTEÚDO REPUTADO OFENSIVO. MONITORAMENTO. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE. AFASTAMENTO. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE.*
>
> *1. Ação ajuizada em 10/08/2014. Recurso especial interposto em 09/03/2016 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016.*
>
> *2. O propósito recursal reside na definição do termo inicial da responsabilidade solidária da recorrente - uma provedora de aplicações de internet - por conteúdos gerados por terceiros que utilizam suas aplicações.*
>
> *3. **A verificação do conteúdo das imagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, a aplicação que não exerce esse controle.***
>
> *4. **O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02**.*
>
> *5. Sobre os provedores de aplicação, incide a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual **o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao ser notificado a respeito da lesão, não tomar providências para a sua remoção.** Precedentes.*
>
> *6. Diante da ausência de disposição legislativa específica, este STJ havia firme jurisprudência segundo a qual o provedor de aplicação passava a ser solidariamente responsável a partir do momento em que fosse de qualquer forma notificado pelo ofendido.*
>
> *7. **Com o advento da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade do provedor de aplicação foi postergado no tempo, iniciando-se tão somente após a notificação judicial do provedor de aplicação**.*
>
> *8. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte;*

> *(ii) após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet.*
>
> *9. Recurso especial conhecido e provido.* (STJ; REsp 1642997/RJ; Rel. Min. Nancy Andrighi; Terceira Turma; julgado em 12/09/2017; DJe 15/09/2017).

Na hipótese vertente, denota-se que inexiste prática de ato ilícito por parte da apelada *Facebook*, haja vista que além desta ter providenciado a exclusão dos perfis falsos da rede social após denúncias realizadas pelos próprios usuários, forneceu ao feito, dentro do prazo legal estipulado pelo magistrado singelo em decisão interlocutória proferida nos autos, o n.º do IP, o e-mail utilizado e o respectivo cadastro do endereço eletrônico (URLs) indicado na inicial, em obediência à legislação que regula a matéria.

Desta forma, pelos argumentos expostos, conclui-se pela ausência de provas a amparar o pleito indenizatório da apelante em desfavor da recorrida *Facebook*.

De outro norte, no que diz respeito às imputações realizadas em desfavor do apelado Marcos Shoji Tanaka, verifica-se que não há no caderno probatório qualquer documento hábil a demonstrar ter sido ele o autor da difusão reputada ofensiva pela recorrente.

Saliente-se que o reconhecimento da autoria da realização de condutas ilícitas dependia única e exclusivamente da boa instrução do feito, sendo esta de inteira responsabilidade da parte autora, a qual possui o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito – artigo 373, inciso I do CPC.

Todavia, consoante muito bem observado pela autoridade judiciária de primeiro grau, a apelante, não obstante advertida da necessidade de produção de provas aptas a corroborar as alegações formuladas na exordial, quedou-se inerte e postulou pelo julgamento antecipado da lide.

Foi-lhe informado o número do IP do computador utilizado para a efetivação do comportamento ilegal ora em debate, entretanto não houve qualquer pleito pela parte interessada no intuito de se proceder com a investigação da origem desse endereço; oportunizou-lhe ainda a indicação de testemunhas e/ou a suspensão do feito até o julgamento final de ação criminal em trâmite, a fim de que pudesse ser identificada a autoria do delito, contudo ambas foram dispensadas pela apelante.

Realça-se que após a prolação de sentença de primeiro grau, a recorrente, nas razões recursais, relatou a realização de consulta ao número do IP anteriormente indicado pela apelada *Facebook*, no qual se averiguou que o computador, do qual foram criados o e-mail e a conta de *Facebook "fake"*, encontra-se no estado de São Paulo, próximo a cidade de Santos, local onde reside o apelado Marcos. Porém, além desta alegação ter vindo aos autos apenas em sede de recurso de apelação, não se revela suficiente para fins de imputação de pagamento de indenização a alguém, mormente porque o simples fato da máquina achar-se em lugar perto de onde o apelado habita, não faz dele efetivamente o autor dos fatos.

Deste modo, tal e como se mostra o feito, totalmente desprovido de lastro probatório quanto a autoria das condutas descritas na peça inicial, impossível o acolhimento da pretensão da recorrente de condenação do recorrido Marcos ao pagamento de verba indenizatória em seu favor.

Dos honorários advocatícios recursais.

Como é cediço, a referida inovação legislativa fora prevista para servir de desestímulo econômico à interposição de recursos meramente protelatórios pela parte sucumbente, evitando-se a utilização do devido processo legal, com os recursos a ele inerentes, como forma de proteção daquele que não tinha o direito ao seu lado.

Assim sendo, resta que a majoração dos honorários já fixados em primeiro grau só se justifica quando a parte sucumbiu na instância inferior, vindo a sucumbência a ser confirmada após a interposição de recurso por esta mesma parte, vez que demonstrada a injustificada postergação da entrega do bem de vida pretendido pela parte contrária, com a consequente atuação de seu patrono em volume superior ao necessário.

Sobre a questão, Fredie Didier Jr. leciona:

> *(...) A condenação em honorários de sucumbência ocorre, apenas, quando se julga a causa. A resolução de um incidente não acarreta a condenação nos honorários de sucumbência. O § 11 do art. 85 do CPC prevê a majoração dos honorários no âmbito recursal; cria-se aí a chamada sucumbência recursal. Se o sujeito der causa a uma demanda originária, deverá arcar com os honorários de sucumbência. Se, de igual modo, der causa a uma demanda recursal, deverá arcar com a majoração dos honorários. O valor dos honorários recursais soma-se aos honorários anteriormente fixados. Assim, vencida numa demanda, a parte deve-se sujeitar ao pagamento de honorários sucumbenciais para o advogado da parte contrária. Nessa hipótese, caso recorra e seu recurso não seja, ao final, acolhido, deverá, então haver uma majoração específica no valor dos honorários de sucumbência. A inadmissibilidade ou a rejeição do recurso implica, objetivamente, uma consequência específica, correspondente ao aumento do percentual dos honorários de sucumbência... A sucumbência recursal, com a majoração dos honorários já fixados, somente ocorre quando o recurso for inadmitido ou rejeitado, mantida a decisão recorrida. Se, porém, o recurso for conhecido e provido para reformar a decisão, o que há é a inversão da sucumbência: a condenação inverte-se, não havendo honorários recursais.* (Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 13ª Edição).

Nesse mesmo sentido, aliás, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no AgInt no AREsp 829.107/RJ, do qual extraio o seguinte trecho que corrobora de forma clara e objetiva o posicionamento ora adotado:

> *(...) 2. Procede-se à análise do ponto controvertido relativo à possibilidade de aplicação/majoração dos honorários sucumbenciais por força do manejo de recurso, nos termos do artigo 85, § 11, do novo CPC/2015, assim redigido:*
>
> *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.*
>
> *Todas as digressões até aqui realizadas servem de norte à assertiva segundo a qual, somente se admite a majoração dos honorários consoante estabelecido pelo § 11 do referido normativo quando a sucumbência, ou seja, a proporção de vitória/derrota das partes já estiver estabelecida nas instâncias precedentes, tendo-se por certo o desfecho da "disputa judicial" sobre a qual a lei conferiu o "prêmio" ao patrono vencedor.*
>
> *Não há falar em majoração de verba honorária sucumbencial recursal na hipótese de ocorrer efetiva alteração da sucumbência estabelecida entre as partes por força do provimento meritório do recurso, verificando-se em casos assim, o reconhecimento inaugural da sucumbência mediante a análise da proporção de vitória/derrota, bem ainda, com a fixação dos honorários sucumbenciais em virtude do trabalho realizado pelo causídico na demanda. Certamente, não poderá coexistir o reconhecimento da sucumbência com a majoração dos honorários, tanto por incongruência de procedimento quanto em virtude de a própria lei ter assentado que o acréscimo será dos "honorários fixados anteriormente". (...)*

Feitos os esclarecimentos supra, necessários ao bom encaminhamento da presente decisão, passa-se à fixação dos honorários recursais.

No caso dos autos, considerando as diretrizes estabelecidas nos § 2º, incisos de I a IV do artigo 85 do CPC/2015, infere-se que a verba honorária em benefício do causídico dos apelados deve ser majorada em 2 % (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa. Exigibilidade, entretanto, suspensa, por ser a recorrente beneficiária da justiça gratuita (artigo 98, § 3º do NCPC).

Da conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Cleidiane Fernandes Maidana, contudo nego-lhe provimento.

À luz do que dispõe o § 11º do art. 85 do NCPC, arbitro a verba honorária em benefício do patrono dos apelados em 2 % (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa. Exigibilidade, entretanto, suspensa, por ser a recorrente beneficiária da justiça gratuita (artigo 98, § 3º do NCPC).

Por unanimidade, afastaram a preliminar, nos termos do voto do relator. No mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para a sessão de 17/10/2017. Em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 17/10/2017)

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

O pedido de vista justifica-se diante da necessidade de melhor análise da matéria em debate.

Trata-se de ação de indenização por danos morais em que Cleidiane Fernandes Maidana ajuizou em desfavor de Marcos Shoju Tanaka e *Facebook* Serviços *On-line* do Brasil Ltda objetivando ser indenizada por danos morais que alega ter sofrido em razão da criação de perfil falso em seu nome no *Facebook* e postagem de fotos íntimas.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que em relação à ré *Facebook* já se pacificou que não é inerente do risco da sua atividade a fiscalização sobre assunto que circula na rede social, sendo responsável tão somente se descumprir ordem judicial. Quanto ao requerido Marcos entendeu ausente qualquer prova de que tenha sido o responsável pela postagem das fotos íntimas da autora na rede social.

Inconformada, recorre a autora pretendendo a reforma da sentença. O eminente relator negou provimento ao recurso de apelação com base nos mesmos fundamentos do julgador singelo.

Pois bem.

Da detida análise dos autos, considerando que restou afastada, por unanimidade, a preliminar de ilegitimidade passiva do *Facebook*, no mérito verifico que o caso realmente é de desprovimento do recurso.

De início, a parte autora traz novamente ao debate matéria já decidida e não recorrida e, por isso, atingida pela preclusão, qual seja, a desnecessidade de indicação da URL para remoção de conteúdo da rede social. Observa-se que a questão foi analisada e decidida através da decisão de f. 158/159, sobre a qual não houve recursos das partes, tendo o julgador singelo assim se manifestado:

> *(...) Assiste razão à parte embargante. De fato, sem as URLs dos perfis que se pretende a exibição, não há meios para a parte embargante identifica-los em seus sistemas, sendo ônus da parte requerente instruir sua inicial com as informações necessárias. Por esta razão, sem maiores delongas, estes embargos devem ser acolhidos. Logo, da-se provimento ao pedido de embargos de declaração, para fins de manter a medida liminar,*

mas condicionar seu cumprimento integral à apresentação das URLs dos perfis descritos, o que deverá ser feito pela parte requerente no prazo de dez dias, sob pena de isentar a parte requerida da exibição objetivada. Às providências e intimações necessárias.

Nesse sentido:

AGRAVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS PERICIAIS. DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO PELOS AGRAVANTES. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO SOBRE MATÉRIA JÁ DECIDIDA ANTERIORMENTE, SEM RECURSO. PRECLUSÃO OCORRIDA. RECURSO NÃO CONHECIDO. No caso, se houve lesividade com a determinação de pagamento dos honorários periciais pelos embargantes, ora agravantes, emanou de decisão anterior, sem interposição de recurso. Logo, operou-se a preclusão sobre o tema. (TJ-SP - AI: 21233316320158260000 SP 2123331-63.2015.8.26.0000, Relator: Adilson de Araujo, Data de Julgamento: 07/07/2015, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/07/2015).

E ainda,

APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. SUBLEVAÇÃO DO PROMOVIDO. ALEGAÇÃO DE COISA JULGADA. MATÉRIA JÁ ENTRENTADA E AFASTADA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM FACE DO PROVIMENTO JUDICIAL CORRESPONDENTE. DISCUSSÃO DE QUESTÃO JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 473, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INADMISSIBILIDADE DA APELAÇÃO NESSE ASPECTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DA VERBA. OBSERVÂNCIA AO ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. SEGUIMENTO NEGADO. - Nos termos do art. 473, do Código de Processo Civil, é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. - Em razão da preclusão incidir sobre matéria de ordem pública já decidida por provimento judicial não impugnado oportunamente, é inadmissível, no caso, rediscutir a questão relativa à coisa julgada, porquanto já decorrido o prazo recursal correspondente. - Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "Ocorre a preclusão consumativa mesmo quanto a matéria de ordem pública que tenha sido objeto de anterior julgamento sem impugnação da parte. (STJ; AgRg no AREsp 489.029/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 05/06/2014). (...) (TJPB - Acórdão/Decisão do Processo nº 00030355220158150000, - Não possui -, relator Des Frederico Martinho da Nobrega Coutinho, j. em 16-12-2015).

Logo, deixo de conhecer desse tópico recursal.

Ademais, é de se destacar que, conforme expôs o juízo singular e o eminente relator, a responsabilidade da requerida *Facebook* por conteúdo reputado ofensivo deve obedecer os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que recentemente assim decidiu:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FACEBOOK. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTEÚDO REPUTADO OFENSIVO. MONITORAMENTO. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE. AFASTAMENTO. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. 1. Ação ajuizada em 10/08/2014. Recurso especial interposto em 09/03/2016 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O propósito recursal reside na definição do termo inicial da responsabilidade solidária da recorrente - uma provedora de aplicações de internet - por conteúdos gerados por terceiros que utilizam suas aplicações. ***3. A verificação do conteúdo das imagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do***

> ***art. 14 do CDC, a aplicação que não exerce esse controle. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Sobre os provedores de aplicação, incide a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao ser notificado a respeito da lesão, não tomar providências para a sua remoção. Precedentes.*** *6. Diante da ausência de disposição legislativa específica, este STJ havia firme jurisprudência segundo a qual o provedor de aplicação passava a ser solidariamente responsável a partir do momento em que fosse de qualquer forma notificado pelo ofendido. 7.* ***Com o advento da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade do provedor de aplicação foi postergado no tempo, iniciando-se tão somente após a notificação judicial do provedor de aplicação.*** *8. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes:* ***(i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte; (ii) após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet.*** *9. Recurso especial conhecido e provido.* (REsp 1642997/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017) frisei.

Na hipótese, é possível observar que a requerida não só providenciou a exclusão dos perfis falsos da rede social antes mesmo do ajuizamento da ação, conforme descrito na petição inicial, como cumpriu ordem judicial no sentido de informar o número do IP e e-mail utilizado nos perfis falsos.

Nesses termos, de acordo com o entendimento do STJ, não há qualquer responsabilidade da requerida *Facebook* pelos fatos narrados pela autora.

Por outro lado, no que tange ao requerido Marcos não há nos autos qualquer elemento de prova no sentido de que tenha sido o responsável pela criação dos alegados perfis falsos em nome da parte autora.

Com efeito, mesmo após o fornecimento do IP da máquina criadora de um dos perfis, a autora não logrou êxito em demonstrar que efetivamente pertencia ao requerido, ônus que lhe competia por força da decisão de f. 201/202, na qual o julgador singelo afirmou que, diante da informação acerca do IP da máquina, a autora teria condições de saber em nome de quem estava registrado ou que postulasse em juízo a averiguação devida, o que de fato não ocorreu, limitando-se a parte autora, em grau de recurso, em informar apenas que referida máquina está localizada em São Paulo, próximo a Santos, onde reside o apelado.

No entanto, além de ter inovado em sede recursal, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, ainda assim não conseguiu demonstrar que a máquina pertence ao apelado, porquanto é insuficiente o fato de estar localizada no mesmo Município em que este reside.

No mais, observa-se que os boletins de ocorrência acostados à inicial (f. 22/23) apenas noticiam que a autora tomou conhecimento dos perfis falsos em seu nome, cujas fotos postadas aduz que somente ela e o requerido Marcos teriam conhecimento, o que também é insuficiente para imputar a este a alegada conduta ilícita.

Por fim, em relação ao acórdão apresentado pela autora após a primeira sessão de julgamento (f. 308/320), este refere-se à ação penal proposta pelo Ministério Público Estadual em face do requerido Marcos por crime de ameaça contra a autora/apelante, nada tendo a ver com esta ação.

Portanto, à luz desses fundamentos, é de ser mantida a sentença de improcedência, com consequente majoração dos honorários advocatícios de sucumbência em favor dos requeridos para 12% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Ante o exposto, divirjo do Relator apenas para conhecer em parte do recurso, porém, na parte conhecida, concordo em negar-lhe provimento, com consequente majoração dos honorários advocatícios em favor dos requeridos para 12 % sobre o valor atualizado da causa, restando sobrestada a exigibilidade de pagamento por ser a autora beneficiária da justiça gratuita. Fica mantida a sentença nos demais termos e efeitos.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Acompanho o 1º vogal quanto ao conhecimento parcial do recurso e, mantenho o desprovimento do mesmo.

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

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, conheceram em parte do recurso, nos termos do voto do 1º vogal, no que foi acompanhado pelo relator e, nesta extensão, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0804711-43.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – DEMAIS PROVAS DESNECESSÁRIAS – ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO DE ACESSO À SALA DE AUDIÊNCIA DO FÓRUM – PORTAS COM TAMANHO INADEQUADO – DISCUSSÃO INÓCUA – CADEIRA DE RODAS DO AUTOR COM DIMENSÕES ESPECIAIS – PORTADOR DE OBESIDADE MÓRBIDA – TAMANHO IGUAL OU MAIOR QUE O ESTABELECIDO POR LEI PARA VÃO LIVRE DA PORTA – AUDIÊNCIAS REALIZADAS ADEQUADAMENTE – SALA MONTADA COM TODO APARATO NECESSÁRIO – FÁCIL E RÁPIDO ACESSO DE CADEIRANTE – CONDUTA ILÍCITA NÃO VERIFICADA – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Desnecessárias outras provas para o deslinde da questão posta em debate, sendo inócua a produção de provas no que pertine às medidas das portas de audiências do Fórum, vez que logo de início é possível verificar que o autor confessa e traz prova documental de que sua cadeira possui 0,80 cm de largura, o que leva a crer que possui a mesma medida determinada pelas normas da ABNT para vão livre da porta, de forma a concluir que não ultrapassará qualquer porta em tamanho padrão. Quanto às audiências realizadas em outra ação, onde contende o mesmo autor desta, foram colacionadas provas documentais onde a própria juíza que presidiu os atos esclarece os fatos alegados na inicial. Assim, desnecessária qualquer outra prova para o julgamento da presente lide, motivo pelo qual rejeito a prefacial.

Repisa-se a desnecessidade de demais provas acerca das medidas das portas de audiência do prédio do Fórum.

No mais, as audiências foram realizadas a contento, porquanto a audiência de conciliação, ao contrário do que defende o autor em sua inicial, não foi realizada no corredor do Fórum, mas no *hall* de entrada da sala onde funciona o CEJUSC, consistente em corredor relativamente grande, capaz de acolher as pessoas de forma reservada, sem acesso de pessoas que transitam pelos corredores do prédio do Fórum, conforme atesta a própria juíza que presidia aquele processo, inclusive com apresentação de fotos do local. Para a audiência de instrução e julgamento, consoante se extrai dos autos, foi adequado local com dimensões compatíveis à cadeira de rodas da parte autora, sendo deslocado todo aparato de mesas, computadores, microfones para gravação dos depoimentos pelo sistema de áudio e vídeo, bem como livre e fácil acesso para que o autor de imediato saísse de seu veículo e já adentrasse à referida sala, como pode ser visto através das fotos apresentadas por ele próprio. Ante a ausência de ato ilícito, a improcedência do pedido de indenização por danos morais é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Elioney Vital da Costa interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais que ajuizou em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, na qual foi julgado improcedente o pedido. Sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, em vista do julgamento antecipado da lide quando o apelante requereu audiência de instrução e julgamento para depoimento das partes e testemunhas, bem como prova pericial, a fim de realizar a medição exata do vão livre das portas internas do Fórum Estadual de Dourados. No mérito, defende que, ao contrário do que constou da sentença, restou demonstrado, através de imagens, que as portas do Fórum, inclusive da sala de audiências da 4ª Vara Cível, de um batente ao outro possui vão livre de 0,78 m e com a porta aberta esse vão cai para 0,75 m. Aduz que, embora o servidor tenha atestado que as portas possuem 0,80 m, não apresentou fotos, ao contrário do apelante que apresentou todas as imagens das portas, medidas com fita métrica, as quais possuem medidas menores, em desrespeito às normas da ABNT. Afirma que tanto é verdade que no momento em que se tomou conhecimento desse fato, iniciou-se pedido de providências por meio dos Autos n.º 0007357-59.2016.8.12.0002 para adequação das portas. Pugna pelo provimento do recurso com a anulação ou reforma da sentença.

A parte apelada apresentou contrarrazões pleiteado o desprovimento do recurso com prequestionamento de dispositivos legais.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Elioney Vital da Costa interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais que ajuizou em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul objetivando sua reforma.

Trata-se de pedido de indenização por dano moral em razão de ser cadeirante e ter participado da primeira audiência no corredor do Fórum, dada a ausência de sala que comportasse sua entrada em razão das medidas da porta. Aduz que na segunda audiência (instrução e julgamento) houve improviso grosseiro da administração do Fórum ao utilizar a sala de arquivo/almoxarifado, localizada na garagem do prédio, ocasião em que foi obrigado a entrar pelos fundos do prédio (garagem).

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido por verificar que as portas das salas de audiências do Fórum estavam de acordo com as normas da ABNT, sendo certo que no caso do autor sua cadeira de rodas possui medidas especiais por padecer de obesidade mórbida.

Inconformado, recorre o autor alegando preliminar de cerceamento de defesa e no mérito a procedência do pedido, aduzindo que, na verdade, as portas do Fórum, inclusive da sala de audiências da 4ª Vara Cível, de um batente ao outro possui vão livre de 0,78 m e com a porta aberta esse vão cai para 0,75 m, em desacordo com as normas da ABNT.

Da preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, em vista do julgamento antecipado da lide, quando o apelante requereu audiência de instrução e julgamento para depoimento das partes e testemunhas, bem como prova pericial, a fim de realizar a medição exata do vão livre das portas internas do Fórum Estadual de Dourados.

Sem razão o apelante.

O juízo *a quo* consignou na sentença que a prova documental acostada aos autos consubstancia regras da ABNT e material fotográfico no que diz respeito às medidas em debate, o que dispensa a produção de mais provas, em audiência ou fora dela.

De fato, cabe ao juiz apreciar as questões controvertidas de acordo com o que entender atinente à demanda. Não está obrigado a julgá-la conforme pleiteado pelas partes, mas de acordo com seu livre convencimento motivado, usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema 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 analisar as provas de acordo com seu livre convencimento e da forma que entender mais justa à solução da lide.

O raciocínio sopesado encontra respaldo na jurisprudência pátria, *in verbis:*

> *APELAÇÕES CÍVEIS RECIPROCAMENTE INTERPOSTAS. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL JULGADA IMPROCEDENTE.* ***INSURGÊNCIA DO AUTOR POR ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ART. 131 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO EFICIENTE À CONSENTÂNEA DISSOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. PREJUDICIAL AFASTADA.*** *A valoração objetiva dos elementos probatórios é ato consciente e reflexivo do juiz, sobrepondo-se, obviamente, à convicção dos litigantes, porquanto, conforme o art. 131 do Código de Processo Civil, é ele o destinatário das provas produzidas no processo, cabendo-lhe, por isso mesmo, o livre exame delas, observada a diretriz da persuasão racional e o dever de motivação do decisório consequente (Apelação Cível nº, de Porto União, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 04/06/2009). PRETENSA NULIDADE DA PERÍCIA GRAFOTÉCNICA QUE COMPROVOU A FALSIDADE DA ASSINATURA CONTIDA NAS NOTAS PROMISSÓRIAS. UTILIZAÇÃO, PELO EXPERT, DE DOCUMENTOS JÁ ENCARTADOS NOS AUTOS, PARA A CONFRONTAÇÃO DA FIRMA QUESTIONADA. POSSIBILIDADE. VALIDADE E HIGIDEZ DO RESPECTIVO LAUDO. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E DESPROVIDO. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DOS RÉUS NOS ENCARGOS DE MORA. DEPÓSITO JUDICIAL DAS PARCELAS EM ATRASO. SUBSTRATO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A INCLUSÃO DO ÔNUS NO RESPECTIVO MONTANTE. SENTENÇA REFORMADA NESTE PONTO. ALEGADO ADIMPLEMENTO DO VALOR OBJETO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO EMITIDOS, TENDO COMO BENEFICIÁRIO O AUTOR. JUNTADA AOS AUTOS DE APENAS 3 DAS 5 CINCO ORDENS DE PAGAMENTO EMITIDAS. RESPECTIVA PRESUNÇÃO DE PAGAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 324 DO CC. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO APELO INTERPOSTO PELOS RÉUS. REMESSA DE CÓPIA FOTOSTÁTICA AUTÊNTICA INTEGRAL DOS*

> *AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA A RESPECTIVA PERSECUÇÃO PENAL, INDO NO ENCALÇO DO AUTOR DO ILÍCITO, COM O FITO DE APLICAR-LHE A RESPECTIVA SANÇÃO PELA PRÁTICA DELITUOSA CAPITULADA NO ART. 297, § 2º, [...]* (TJ-SC - AC: 20120650273 SC 2012.065027-3 (Acórdão), Relator: Luiz Fernando Boller, Data de Julgamento: 19/06/2013, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado) frisei.

E ainda,

> *SEGURO DE VIDA EM GRUPO COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO PROVA PERICIAL - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO. O julgamento antecipado da lide não vulnera o direito de defesa da parte quando a prova pericial, produzida nos autos, é suficiente para o desate da questão e, ainda, quando a prova pretendida não ajudaria na solução do litígio.* (TJ-SP - APL: 00023954120118260434 SP 0002395-41.2011.8.26.0434, Relator: Mendes Gomes, Data de Julgamento: 30/09/2013, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/09/2013).

Na hipótese, verifica-se a desnecessidade de outras provas para o deslinde da questão posta em debate, sendo inócua a produção de provas no que pertine às medidas das portas de audiências do Fórum daquela Comarca, vez que logo de início é possível verificar que o autor confessa e traz prova documental de que sua cadeira possui 0,80 cm de largura, o que leva a crer que possui a mesma medida determinada pelas normas da ABNT, de forma a concluir que não ultrapassará qualquer porta em tamanho padrão.

Quanto às audiências realizadas em outra ação onde contende o mesmo autor desta, foram colacionadas provas documentais onde a própria juíza que presidiu os atos esclarece os fatos alegados na inicial.

Assim, desnecessária qualquer outra prova para o julgamento da presente lide, motivo pelo qual rejeito a prefacial.

Mérito.

No mérito, melhor sorte não socorre o autor/apelante.

Insurge-se, primordialmente, acerca das provas quanto às medidas das portas de audiência do Fórum de Dourados, onde teve a oportunidade de participar de duas audiências (conciliação e instrução), alegando que demonstrou através de imagens que as portas do Fórum, inclusive da sala de audiências da 4ª Vara Cível, de um batente ao outro possui vão livre de 0,78 m e com a porta aberta esse vão cai para 0,75 m. Aduz que, embora o servidor tenha atestado que as portas possuem 0,80 m, não apresentou fotos, ao contrário do apelante que apresentou todas as imagens das portas, medidas com fita métrica, as quais possuem medidas menores, em desrespeito às normas da ABNT.

Por óbvio que a presente discussão é inócua no presente caso, porquanto é possível extrair da própria petição inicial que o autor é portador de obesidade mórbida (f. 20), ficou paraplégico após acidente de trânsito e utiliza cadeira de rodas para se locomover (f. 21/22). Nota-se que a cadeira de rodas que utiliza é para até 100 kg (f. 24), com tamanho *big* (grande) (f. 28), sendo certo que em impugnação à contestação afirma e demonstra por fotografia que a cadeira possui dimensão de 0,80 cm de largura, quase 0,81 cm (f. 99).

Pois bem.

Quanto ao tema, a Lei n.º 10.098/2000 estabelece normas gerais e critério básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Confira:

> *Art. 11. A construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.*
>
> *Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, na construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser observados, pelo menos, os seguintes requisitos de acessibilidade:*
>
> *I pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre de barreiras arquitetônicas e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade de pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;*
>
> *III pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, deverá cumprir os requisitos de acessibilidade de que trata esta Lei; e (...)*
>
> *Art. 12. Os locais de espetáculos, conferências, aulas e outros de natureza similar deverão dispor de espaços reservados para pessoas que utilizam cadeira de rodas, e de lugares específicos para pessoas com deficiência auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com a ABNT, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação.*

Por sua vez, o art. 14 do Decreto n.º 5.296, de 2 de dezembro de 2004, dispõe que:

> *Na promoção da acessibilidade, serão observadas as regras gerais previstas neste Decreto, complementadas pelas normas técnicas de acessibilidade da ABNT e pelas disposições contidas na legislação dos Estados, Municípios e do Distrito Federal.*

E a ABNT NBR 9050 dispõe:

> *4.2.2 Módulo de referência (M.R.) Considera-se o módulo de referência a projeção de 0,80 m por 1,20 m no piso, ocupada por uma pessoa utilizando cadeira de rodas motorizadas ou não, conforme Figura 3. D.*
>
> *(...)4.3 Área de circulação*
>
> *(...)4.3.2.1 A largura mínima necessária para a transposição de obstáculos isolados com extensão de no máximo 0,40 m deve ser de 0,80 m, conforme figura 5. (...)*
>
> *6.9.2 Portas*
>
> *6.9.2.1* ***As portas, inclusive de elevadores, devem ter um vão livre mínimo de 0,80 m*** *e altura mínima de 2,10 m. Em portas de duas ou mais folhas, pelo menos uma delas deve ter o vão livre de 0,80 m.* (frisei).

Portanto, é possível verificar que as normas da ABNT exigem para portas vão livre mínimo de 0,80 m, medida esta que deve ser observada pelos prédios públicos. No entanto, a cadeira de rodas do autor possui no mínimo essa medida ou um pouquinho mais, donde se pode concluir que não adentrará nenhuma porta de qualquer órgão público, ainda que respeitado o tamanho padrão exigido por lei. Assim, repiso, inócua a discussão acerca das medidas das portas de audiência do Fórum de Dourados, vez que independente de

terem ou não o vão livre estabelecido por lei, a cadeira de rodas do autor não as ultrapassará, tendo em vista possuir a mesma ou maior dimensão.

Soma-se a isso o fato das audiências terem sido realizadas a contento, porquanto a audiência de conciliação, ao contrário do que defende o autor em sua inicial, não foi realizada no corredor do Fórum, mas no hall de entrada da sala onde funciona o CEJUSC, consistente em corredor relativamente grande, capaz de acolher as pessoas de forma reservada, sem acesso de pessoas que transitam pelos corredores do prédio do Fórum, conforme atesta a própria juíza que presidia aquele processo, inclusive com apresentação de fotos do local (f. 65/69).

O fato da carreira de rodas do autor possuir dimensões especiais, impedindo sua entrada na sala de audiência do Fórum, foi devidamente consignado na ata de audiência, consoante documento de f. 29/30, sendo nessa oportunidade inclusive determinada expedição de ofício para que na audiência de instrução fossem providenciadas instalações adequadas para a realização do ato, o que restou atendido.

Para a audiência de instrução e julgamento, consoante se extrai dos autos, foi adequado local com dimensões compatíveis à cadeira de rodas da parte autora, sendo deslocado todo aparato de mesas, computadores, microfones para gravação dos depoimentos pelo sistema de áudio e vídeo, bem como livre e fácil acesso para que o autor de imediato saísse de seu veículo e já adentrasse à referida sala, como pode ser visto através das fotos apresentadas por ele próprio (f. 34/43).

Portanto, de tudo quanto exposto, pode-se concluir que não houve a prática de nenhum ilícito a ensejar indenização por danos morais, porquanto ainda que a parte autora possua condição diferenciada de locomoção, utilizando cadeira de rodas de com dimensões especiais, acima do tamanho padrão de vão livre para portas, o Fórum de Dourados adequou muito bem tais diferenças para o cumprimento dos atos judiciais de realização de audiências, de forma a observar todos os detalhes como vista a que o ato se desse de maneira normal e padrão, como nos demais casos.

Nesse sentido oportuno trazer a lume precedente sobre o tema:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. AGÊNCIA BANCÁRIA COM ADAPTAÇÕES QUE PERMITEM ACESSIBILIDADE DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA.* ***CADEIRANTE. MOVIMENTO EXCESSIVO QUE OBSTOU A ENTRADA PELA PORTA DE ACESSO ESPECIAL. ATENDIMENTO ADEQUADO REALIZADO PELOS PREPOSTOS DO BANCO. DANO MORAL. INEXISTENTE.*** *MERO ABORRECIMENTO. A impossibilidade de acesso de cadeirante à agência bancária por motivo excepcional e momentâneo, qual seja, o excesso de movimento na agência, não gera abalo moral, máxime o preposto do Banco agir adequadamente, de modo a solucionar o caso, tratando-se de um mero aborrecimento ou dissabor, o qual não é suscetível de ser indenizado. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.* (TJ-PR 8437310 PR 843731-0 (Acórdão), Relator: Jurandyr Reis Junior, Data de Julgamento: 15/03/2012, 10ª Câmara Cível) destaquei.

Nesse sentido, o desprovimento do presente recurso com a manutenção da sentença de improcedência é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao presente recurso de apelação e, em consequência, majoro os honorários advocatícios em favor do requerido para 12 % sobre o valor da causa, ficando sobrestada a exigibilidade de pagamento por ser o autor beneficiário da justiça gratuita. Fica mantida a sentença nos demais termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e, no mérito, 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, 05 de dezembro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0809758-66.2014.8.12.0002 - Dourados
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – ISSQN – ATENDIMENTOS MÉDICOS PRESTADOS POR EMPRESA SEDIADA EM MUNICÍPIO DIVERSO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA – LOCAL DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – L.C. 116/03 – ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO STJ – RECURSO NÃO PROVIDO.

Segundo disposição contida nos arts. 3º e 4ª, da Lei Complementar n.º 116/2003, considera-se prestado e devido ISSQN, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, e considerando-se como estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para fins de cobrança de ISSQN, não importa saber a sede da empresa prestadora de serviços, mas, sim, o local em que os serviços foram efetivamente prestados, sob pena de ferir-se a autonomia concedida pela Constituição Federal aos Municípios.

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 outubro de 2017.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

O Município de Dourados, inconformado com a sentença proferida na ação de consignação em pagamento, ajuizada por Flor da Pele Serviços de Saúde Ltda, em face do apelante e do Município de Nova Alvorada do Sul, interpõe o presente recurso de apelação.

Afirma, em apertada síntese, que a empresa apelada é sediada no Município de Dourados-MS, onde desenvolve suas atividades com regularidade e fins econômicos, de forma que o apelante exerceu sua competência tributária dentro dos ditames e princípios definidos pela Constituição e pela legislação pertinente ao caso.

Assinala que a Lei Complementar n.º 116/2003 é taxativa ao definir o local onde deverá ser recolhido o ISSQN, considera-se prestado o serviço e devido o imposto no local do estabelecimento prestador, listando as hipóteses de exceções, que não é o caso dos autos.

Ao final pugna pela reforma da sentença, para o fim de declarar a competência do apelante para fins de lançar e cobrar o ISSQN incidente em razão dos serviços prestados pela autora/apelada, convertendo o depósito em renda a seu favor, com a consequente extinção do crédito tributário, invertendo-se o ônus da sucumbência.

O Município de Nova Alvorada do Sul apresentou contrarrazões às f. 182-183.

A parte autora apresentou contrarrazões às f. 188-196.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Dourados, contra a sentença proferida na ação de consignação em pagamento, ajuizada por Flor da Pele Serviços de Saúde Ltda, em face do apelante e do Município de Nova Alvorada do Sul.

A sentença recorrida restou redigida:

> *VISTOS.*
>
> *Flor da Pele Serviços de Saúde, sob os auspícios da gratuidade judiciária, acionou o Município de Dourados e Município de Nova Alvorada do Sul, em caso de consignação em pagamento de ISSQN por divergência do município de recolhimento. Desta feita, pede: 1. Consignação em pagamento de R$ 5.840,72. 2. A definição de quem deve legitimamente receber o pagamento do ISSQN em razão de serviços prestados no município de Dourados. Tudo porque está sediada em Dourados, mas presta serviços médicos exclusivamente no município e para o município de Nova Alvorada do Sul. Por tal motivo, passou a recolher o imposto no local da prestação do serviço, na forma retida diretamente na fonte de pagamento do Município de Nova Alvorada. Entrementes, recebeu notificação do município de Dourados para recolher o imposto aqui, sob pena de inscrição em dívida ativa.*
>
> *Firmada a competência dessa especializada - f. 77 - e deferida a consignação em pagamento pranteada - f. 88 -, adveio resposta do Município de: I. Dourados sustentando sua legitimidade na cobrança da exação, pois: a) inexiste invasão de competência de nenhum outro ente tributário, eis que os fatos geradores ocorreram em seu território, "local do estabelecimento do prestador", e não se configura nenhuma das hipóteses de exceção previstas na lei; b) inocorre bitributação, porquanto "havendo o recolhimento do ISSQN em outro Município, este é o recolhimento errôneo, e não aquele cobrado pelo Município de Dourados". II. Nova Alvorada do Sul aduzindo escorreição no recolhimento na forma retida do imposto, porque: a) "da leitura do art. 4º, extrai-se que o legislador infraconstitucional ampliou o conceito de estabelecimento prestador, de modo a contemplar sob tal rubrica todo o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário e, que configure unidade econômica ou profissional"; b) "os tribunais vem consolidando o entendimento no sentido de que o 'ISS deve ser recolhido no local da efetiva prestação de serviços, pois é nesse local que se verifica o fato gerador'" f. 140/147 -.*
>
> *É a síntese do necessário.*

DECIDO.

Conheço diretamente do pedido na forma do art. 355, I, da Instrumental Civil de 2015, pois, na interpretação conforme do art. 5°, LXXVIII, da Carta Magna, o julgamento antecipado da lide é faculdade outorgada ao Juiz em caso de desnecessidade de produção de outras provas, quando as encerradas nos autos resolvem pontos fundamentais da lide, como aqui ocorre.

Pois bem. Nos termos do art. 3º, da LC n. 116/2003, o serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador.

Para tal fim, considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas (art. 4º).

Diante disso, consoante a jurisprudência da Corte Superior de Justiça, a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS, após a entrada em vigor da Lei Complementar n. 116/03, é a do local do estabelecimento prestador dos serviços onde são aperfeiçoados, assim considerada a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional capaz de realizar o serviço, de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes, para caracterizá-la, as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou similares.

Em suma: O art. 3º da Lei Complementar n. 116/2003 prevê duas regras para fixação do local de recolhimento do ISS. A primeira é direcionada aos serviços previstos nos incisos I a XXII do mesmo artigo de lei, consagrando o princípio da territorialidade da tributação, de sorte que o ISS deve ser recolhido no Município onde foi prestado o serviço. Quanto aos demais serviços da lista anexa à Lei Complementar, o imposto seria devido no local do estabelecimento do prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador. Portanto, a Municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços, considerando-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica (STJ. REsp Nº 1.160.253 - MG. Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em: 10/08/2010).

No caso posto em juízo, há dúvida quanto a quem compete legitimamente receber o tributo referente à prestação de serviços médicos, o que autoriza a ação de consignação em pagamento (CC, art. 335, IV).

Nessa trilha, tem-se que, a despeito da sede da autora ser nesta cidade de Dourados, sua atividade é realizada exclusivamente no município de Nova Alvorada do Sul, onde permanece durante a prestação.

Portanto, é o local onde o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente, configurando sua unidade econômica/profissional.

Conjugando-se, então, tais dados, ao lume das premissas maiores dantes assentadas, chega-se ao concluimento de que o tributo relativo à prestação de serviços médicos em testilha deve ser recolhido na cidade de Nova Alvorada do Sul, e não para o Município de Dourados.

Nessa ordem de ideias, a procedência do pleito é medida que se impõe, não obstante todos os argumentos desenvolvidos na resposta da municipalidade douradense. Daí, o quanto consignado deve ser levantado pelo próprio autor, considerando que a exação já foi recolhida em Nova Alvorada do Sul.

Ad ultimum, impende esclarecer que nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará: o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço; e, ainda, os percentuais escalonados nos incisos do § 3°, do art. 85, conforme determina o § 5° do mesmo dispositivo. Entretanto, não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa (CPC/15, art. 85, § 4°, III). Isso porque, os limites e critérios previstos nos §§ 2° e 3° aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito (CPC/15, art. 85, § 6°). Corolário disso, arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento (En. 14 da Súmula do STJ), e deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

Enfrentados todos os argumentos relevantes deduzidos no processo, com o condão de influenciar no julgamento, soçobram considerações sobre o mais fundamentado pelas partes, pois, em tese, não podem infirmar a conclusão acima exposta, não tendo, portanto, força de mutação no deslinde da vexata quaestio (CPC/15, art. 489, IV).

POSTO ISSO, julgo procedente a consignação. Consequentemente, autorizo o autor a levantar o quantum depositado.

Em encerramento, condeno a parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios fixados sobre o valor da causa atualizado (R$ 7.045,67), no percentual de 20% (R$ 1409,13), na proporção de 50% para o causídico do autor e 50% para a procuradoria de Nova Alvorada, por mostrar suficiência para atender aos requisitos indicados no art. art. 85, §§ 2º, 3º, 4°, III, e 6°, do Digesto de Formas Cíveis. Mormente considerando o grau leve de dificuldade da causa, o local da prestação de serviço, bem como a naturalidade do zelo do profissional e tempo despendido.

Sem custas, dada a isenção legal do vencido (LE n. 3.779/2009, art. 24, I).

P.R.I. e, observadas as cautelas de estilo, arquivem-se.

Passo à análise do recurso.

Segundo disposição contida nos arts. 3º e 4ª, da Lei Complementar n.º 116/2003, considera-se prestado e devido ISSQN, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, e considerando-se como estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Outrossim, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para fins de cobrança de ISSQN, não importa saber a sede da empresa prestadora de serviços, mas, sim, o local em que os serviços foram efetivamente prestados, sob pena de ferir-se a autonomia concedida pela Constituição Federal aos Municípios. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN.COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE PROMOÇÃO DE EVENTOS, FEIRAS, CONGRESSOS E CONGÊNERES. AFIRMAÇÃO, CONTIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO, DE QUE NÃO HÁ UNIDADE DA EMPRESA NO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REEXAME, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno interposto contra decisão publicada em 09/03/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. II. Na vigência do revogado art. 12, a, do Decreto-lei 406/68, a competência tributária para a cobrança do ISS era do Município em que localizada a sede do estabelecimento prestador do serviço, ou, na falta deste, do domicílio do contribuinte. Com a superveniência da Lei Complementar 116/2003, nos termos dos seus arts. 3º, caput, e 4º, o tributo passou a ser devido ao Município em que prestado o serviço, desde que ali haja um estabelecimento do contribuinte que configure uma unidade econômica ou profissional, sendo irrelevante a denominação de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório ou contato. Esse é o entendimento consolidado, em sede de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, no tocante à incidência de ISS sobre o serviço de leasing mercantil (REsp 1.060.210/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe de 05/03/2013), o qual, todavia, é extensível aos demais serviços sujeitos à incidência do tributo. III. O Tribunal de origem, em ação anulatória, afirmou que não fora provado que, no local da prestação dos serviços - Município de Barueri/SP -, existiria uma unidade da empresa, de modo que rejeitou o pedido de anulação de lançamentos de ISS realizados pelo Município de São Paulo/SP, onde localizada a sede do estabelecimento prestador. Rever esse entendimento demandaria reexame de provas, providência vedada, em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.IV. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1060065/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017).

No mesmo sentido são os precedentes deste Tribunal:

*APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – REQUISITOS DO ART. 2º, §5º DA LEI N. 6.830/80 PREENCHIDOS – TÍTULO CERTO, LÍQUIDO E EXIGÍVEL - COBRANÇA DE ISS – LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO ONDE OCORREU O FATO GERADOR – RECURSO REPETITIVO 1.117.121/STJ – MULTA TRIBUTÁRIA DEVIDA – PERCENTUAL MÍNIMO – AUSÊNCIA DE NATUREZA CONFISCATÓRIA – RECURSO NÃO PROVIDO. A Certidão de Dívida Ativa acostada nos autos é líquida, certa e exigível, pois traz em seu bojo as imposições arroladas nos incisos I ao VI, § 5º do artigo da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80), em nada prejudicando a defesa. O município competente para o recolhimento do ISS é aquele em cujo território se realizou o fato gerador, não importando o local onde se situa o estabelecimento prestador, sob pena de ferir-se a autonomia concedida pela Constituição Federal aos Municípios. (*TJ/MS, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 03/11/2015; Data de registro: 05/11/2015).

*EMENTA - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ISSQN - RECURSO INTERPOSTO PELA EMBARGANTE - NULIDADE DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA NÃO DEMONSTRADA - ISS - SERVIÇO DE EMPREITADA EM CONSTRUÇÃO CIVIL PRESTADO NO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS - COMPETÊNCIA - LOCAL DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E NÃO O LOCAL ONDE A EMPRESA POSSUI SEDE - ACERTADA A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E DEVER DE RETENÇÃO ATRIBUÍDA AO TOMADOR DE SERVIÇOS (CESP) - RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. **Não há se falar em nulidade da execução fiscal por suposto defeito no título executivo quando se constata que o contribuinte não conseguiu desconstituir a***

> ***certidão da dívida ativa (CDA) juntada aos autos, que é título que goza da presunção de certeza e liquidez. O ISS deve ser recolhido no local da efetiva prestação de serviços, pouco importando o fato de a empresa prestadora ter sua sede estabelecida em outro local. Precedentes do STJ***. (TJ/MS, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/09/2014; Data de registro: 25/09/2014 - destaquei).
>
> *EMENTA - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ISSQN - NULIDADE DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA NÃO DEMONSTRADA - ISS - SERVIÇO DE EMPREITADA EM CONSTRUÇÃO CIVIL PRESTADO NO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS - COMPETÊNCIA - LOCAL DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - LC N.º 116/2003 - RECURSO IMPROVIDO. Não há falar em nulidade da execução fiscal por suposto defeito no título executivo quando se constata que o contribuinte não conseguiu desconstituir a certidão da dívida ativa (CDA) juntada aos autos, que é título que goza da presunção de certeza e liquidez. O ISS deve ser recolhido no local da efetiva prestação de serviços, pouco importando o fato de a empresa prestadora ter sua sede estabelecida em outro local.* (TJMS. Apelação n. 0009856-37.2008.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 09/08/2016, p: 10/08/2016).

No caso em tela, os documentos juntados em anexo à inicial (f. 18-75), demonstram que a empresa apelada prestava com frequência serviços de atendimento médico, junto aos hospitais e postos de saúde, no Município de Nova Alvorada do Sul.

Portanto, o Município de Nova Alvorada do Sul é competente para cobrar o ISSQN, uma vez que a prestação dos serviços ocorreu dentro de seu território, ainda que o estabelecimento da empresa esteja localizado em outra localidade.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 24 de outubro de 2017.

***

3ª Seção Cível
Ação Rescisória nº 1400306-81.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relatora Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO – AGENTE TRIBUTÁRIO ESTADUAL – HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO MANIFESTA A NORMA JURÍDICA – VIOLAÇÃO AO ART. 199 DA LEI ESTADUAL N.º 1.102/90 – HORAS EXTRAS DEVIDAS – VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA QUANTO AO ADICIONAL NOTURNO – SITUAÇÃO INERENTE AOS CARGOS QUE TRABALHAM EM ESCALA – RESCISÓRIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A decisão rescindenda foi fundamentada somente em precedente que sequer correspondia a situação análoga (já que se tratava de legislação diversa), sem observar a legislação local que determina o pagamento de horas extras quando a carga horária do servidor ultrapassar as 180 horas semanais, o Juízo originário foi de encontro a esta legislação. Portanto, restou configurada a violação manifesta a norma jurídica, mais especificamente ao parágrafo único do art. 199 da Lei Estadual n.º 1.102/90, sendo, em juízo rescisório, devido o pagamento das horas extras.

Quanto ao adicional noturno, o § 2º do art. 20 do Decreto n.º 10.738/2002 – que regulamenta os arts. 105 e 117 da Lei n.º 1.102/90 – estabelece que *"O disposto nesse artigo não se aplica aos servidores que trabalham em escalas que incluem o período noturno e essa seja uma condição própria do exercício da função, cuja remuneração considera o trabalho realizado nessas situações"*. Violação não configurada.

Ação rescisória parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, julgar parcialmente procedente a ação rescisória, nos termos do voto da Desª. Tânia, com fundamento no art. 942, § 3º, inciso I, do CPC.

Campo Grande, 30 de outubro de 2017.

Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora Designada

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Cleber Cordoba e Mateus Romero Barbosa propuseram ação rescisória contra o Estado de Mato Grosso do Sul, com fulcro no art. 966, inciso V, do Novo Código de Processo Civil, pretendendo a rescisão do acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível desse Egrégio Tribunal, no julgamento da Apelação Cível n.º 0802692-38.2014.8.12.0001.

Narram que são servidores públicos estaduais, ocupantes do cargo de agente tributário estadual da Secretaria de Fazenda de Estado do Mato Grosso do Sul; ajuizaram ação de cobrança em face do Estado de Mato Grosso do Sul, pleiteando o reconhecimento do direito à percepção do adicional de horas extraordinárias e noturno, laboradas nestas condições de janeiro de 2009 até outubro de 2013; o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Fazendo Pública e de Registros Públicos desta Comarca julgou procedentes os pedidos formulados na inicial; o réu aviou, então, recurso de apelação, tendo a 4ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça a ele dado provimento; opuseram embargos de declaração para fins de prequestionamento, interpondo recursos especial e extraordinário que restaram inadmitidos.

Argumentam que ao contrapor os artigos 35, 105, 117 e 119, todos da Lei (Estadual) n.º 1.102/90, o enunciado da Súmula n. 213 do STF, o inciso V do artigo 22 da Lei Complementar n. 101/2000, bem assim, ao se analisar os incisos XVI e IX do artigo 7º e parágrafo 3º do artigo 39, ambos da Carta Federal, constata-se que incorreu o acórdão rescindendo em incontestável *error in judicando*, com violação ao direito.

Ao final, requerem, a desconstituição integral do acórdão proferido na Apelação Cível n.º 0802692-38.2014.8.12.0001, mantendo-se a sentença singular *in totum*, condenando o Estado ao pagamento das horas-extras prestadas, acrescidas de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal (art. 7º, XVI da Carta Magna), e do adicional noturno (art. 7º, IX, da C.F.), ambos apurados, mensalmente, referentes aos trabalhos e plantões realizados pelos requerentes na qualidade de agentes tributários estaduais, tudo devidamente corrigido, apurado em liquidação de sentença, com pronto pagamento independentemente de precatório, em virtude do caráter alimentar das verbas, nos termos do art. 100 da Constituição Federal, bem como a condenação de custas e honorários advocatícios.

A parte requerida ofereceu contestação à f. 822-848, arguindo o não cabimento da ação rescisória, por inocorrência de violação a dispositivo legal, indicando carência de ação, requerendo a extinção da ação. Suscita a ocorrência de prescrição das verbas anteriores a data de 20.01.2012, com base na Súmula 85 do STJ e, quanto ao mérito, pede sejam julgados improcedentes os pedidos formulados pelos autores.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de se manifestar por não vislumbrar hipótese que justifique a intervenção ministerial (f. 852-856).

Os autores manifestaram-se sobre a contestação (f. 860-875).

As partes pugnaram pelo julgamento antecipado da lide. (fls. 884/886)

VOTO (EM 17/07/2017)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Cleber Córdoba e Mateus Romero Barbosa propuseram ação rescisória contra o Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando rescindir a decisão prolatada pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na Apelação Cível n.º 0802692-38.2014.8.12.0001.

Narram que são servidores públicos estaduais, ocupantes do cargo de agente tributário estadual da Secretaria de Fazenda de Estado do Mato Grosso do Sul; ajuizaram ação de cobrança em face do Estado de Mato Grosso do Sul, pleiteando o reconhecimento do direito à percepção do adicional de horas extraordinárias e noturno, laboradas nestas condições de janeiro de 2009 até outubro de 2013; o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Fazendo Pública e de Registros Públicos desta Comarca julgou procedentes os pedidos formulados na inicial; o réu aviou, então, recurso de apelação, tendo a 4ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça a ele dado provimento; opuseram embargos de declaração para fins de prequestionamento, interpondo recursos

especial e extraordinário que restaram inadmitidos.

Argumentam que ao contrapor os artigos 35, 105, 117 e 119, todos da Lei (Estadual) n.º 1.102/90, o enunciado da Súmula n.º 213 do STF, o inciso V do artigo 22 da Lei Complementar n.º 101/2000, bem assim, ao se analisar os incisos XVI e IX do artigo 7º e parágrafo 3º do artigo 39, ambos da Carta Federal, constata-se que incorreu o acórdão rescindendo em incontestável *error in judicando*, com violação ao direito.

Ao final, requerem, a desconstituição integral do acórdão proferido na Apelação Cível n.º 0802692-38.2014.8.12.0001, mantendo-se a sentença singular *in totum*, condenando o Estado ao pagamento das horas-extras prestadas, acrescidas de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal (art. 7º, XVI da Carta Magna), e do adicional noturno (art. 7º, IX, da CF), ambos apurados, mensalmente, referentes aos trabalhos e plantões realizados pelos requerentes na qualidade de agentes tributários estaduais, tudo devidamente corrigido, apurado em liquidação de sentença, com pronto pagamento independentemente de precatório, em virtude do caráter alimentar das verbas, nos termos do art. 100 da Constituição Federal, bem como a condenação de custas e honorários advocatícios.

A parte requerida ofereceu contestação à f. 822-848, arguindo o não cabimento da ação rescisória, por inocorrência de violação a dispositivo legal, indicando carência de ação, requerendo a extinção da ação. Suscita a ocorrência de prescrição das verbas anteriores a data de 20.01.2012, com base na Súmula n.º 85 do STJ e, quanto ao mérito, pede sejam julgados improcedentes os pedidos formulados pelos autores.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de se manifestar por não vislumbrar hipótese que justifique a intervenção ministerial (f. 852-856).

Os autores manifestaram-se sobre a contestação (f. 860-875).

As partes pugnaram pelo julgamento antecipado da lide (fls. 884/886).

Preliminar de carência de ação suscitada em contestação.

Denota-se que o alegado não cabimento da ação, por inocorrência de violação a dispositivo legal, indicando carência de ação, está umbilicalmente ligado ao mérito da causa, razão pela qual com ele será analisado.

Prejudicial de mérito relativa à prescrição

Considerando que a finalidade da ação rescisória é a desconstituição da coisa julgada decorrente de uma decisão judicial transitada em julgado, o termo inicial a ser considerado para fins de análise de ocorrência da prescrição é a data do ajuizamento do feito originário, uma vez que, eventual acolhimento da pretensão rescindenda estaria assegurando o direito pleiteado naquela oportunidade.

Dessa forma, como o ajuizamento do feito originário se deu em 30/01/2014 e a pretensão dos autores da presente ação é relativa ao possível reconhecimento do direito de recebimento das verbas extraordinárias durante o período de janeiro de 2009 até outubro de 2013, não se aplica a Súmula 85 do STJ no presente caso, ficando afastada a prescrição suscitada na peça defensiva.

Mérito

Como sabido, para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC de 1973 - hoje art. 966, V, do NCPC - prospere, é necessário que a interpretação dada pela decisão rescindenda seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade.

Sobre o que se entenda pelo termo “literal”, esclarece Humberto Theodoro Júnior:

> *O conceito de violação de "literal disposição de lei" vem sendo motivo de largas controvérsias desde o Código anterior. Não obstante, o novo estatuto deliberou conservar a mesma expressão.*
>
> *O melhor entendimento, a nosso ver, é o de Amaral Santos, para quem sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; "é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (error in judicando), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (error in procedendo)".*
>
> *(...) De tal arte, doutrina e jurisprudência estão acordes em que "viola-se a lei não apenas quando se afirma que a mesma não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está posto, não só quando há afronta direta ao preceito, mas também quando ocorre exegese induvidosamente errônea.* (*in* Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 46ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.761/762).

Igualmente oportuna a lição de Sérgio Rizzi:

> *Há violação de literal disposição de lei quando a sentença: a) nega validade a uma lei, evidentemente válida; b) dá validade a uma lei que não vale; c) nega vigência a uma lei que ainda vige; d) admite a vigência de uma lei que ainda não vige ou que já não vige; e) nega aplicação a uma lei reguladora da espécie; f) aplica uma lei não reguladora da espécie; g) interpreta tão erroneamente a lei que, 'sob a cor de interpretar, é a lei tratada ainda no seu sentido literal.* (Ação Rescisória, RT, 1979, p 107).

Nesse mister, nota-se que a disposição contida no artigo 485, V do Código de Processo Civil/73 admite a desconstituição de julgado, *"quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro"* (RTJ, 48/788), sendo que o e. Supremo Tribunal Federal assentou que, "para que o desvio ou erro na interpretação da lei possa autorizar o exercício da ação rescisória, é mister que seja tal vulto que corresponda à negativa da lei em sua literalidade" (RT, 452/218), acentuando Pontes de Miranda que *"a violação pode ser expressa, consciente, confessada, declarada ou inexpressiva, inconsciente, dissimulada, ocultada, velada, disfarçada. Não importa como seja ela. O que é preciso, para que se componha o pressuposto da rescisão, é a violação em si, a negação do direito"* (Comentários ao Código de Processo Civil, t. VI, p. 307).

Destarte, somente se evidencia violação do texto legal se a decisão estiver em sentido contrário ao ordenamento jurídico, se negar vigência à lei, valendo registrar que toda e qualquer violação ao direito objetivo consubstanciado em infração a "literal disposição de lei", necessariamente, há de negar o direito, nos exatos termos definidos nas regras legislativas, deixando de reconhecer a norma no caso concreto, com evidente infringência ao texto que, claramente, regula a hipótese, acarretando atentado à ordem jurídica.

Não sem razão, diga-se de passagem, o CPC de 2015 optou por substituir a expressão *"violar literal disposição de lei"* por *"violar manifestamente norma jurídica"* (art. 966, V), expressão mais ampla que engloba qualquer espécie normativa, seja processual ou material, de direito público ou privado.

Assim, se o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de se tornar recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> *Se em todos os casos de interpretação de lei, por prevalecer aquela que nos pareça menos correta, houvermos de julgar procedente a ação rescisória, teremos acrescentado*

> *ao mecanismo geral dos recursos um recurso ordinário com prazo de cinco anos (hoje dois) na maioria dos casos decididos pela Justiça. A má interpretação que justifica o 'jus rescindens' há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal. A Justiça nem sempre observa na prática cotidiana este salutar princípio que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais.*

É por isso também que o STF editou a Súmula n.º 343, do seguinte teor:

> *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.*

Ora, no caso dos autos, não se tem como concluir pela alegada violação à literal disposição de lei, conforme o disposto na norma de regência.

O que ocorreu foi que a Quarta Câmara Cível deste Tribunal entendeu por acolher a tese no sentido de que não há possibilidade de pagamento de adicional noturno àqueles que trabalham em regime de escala que incluem o período noturno e esta seja uma condição própria do exercício da função desempenhada pelo servidor público (cf. acórdão de f. 589-597).

Vale destacar que, na inicial, a parte autora questiona o fato de a Quarta Câmara Cível deste Tribunal ter decidido de forma diversa da esposada pelo STJ, bem como de outros Tribunais pátrios e até mesmo da Segunda Câmara Cível do respectivo sodalício.

É fato que os precedentes mencionados nos motivos e fundamentos da presente demanda adotaram entendimento no sentido de que as horas trabalhadas além do limite previsto no edital, devem ser recompensadas sob pena de enriquecimento ilícito do ente estatal.

No entanto, nem por isso se pode falar em ocorrência de violação aos artigos 35, 105, e 119, todos da Lei (Estadual) n.º 1.102/90, inciso V do artigo 22 da Lei Complementar 101/2000 e inciso XVI do artigo 7º da Constituição Federal, que tratam de questão relativo à jornada e remuneração dos servidores, e, com base nisso, dizer que houve violação de literal disposição de lei e que, por isso, cabe a rescisão do julgado.

Data venia, o que houve foi que este Tribunal, com fundamento em outros dispositivos de lei, elegeu uma dentre as interpretações cabíveis para a matéria em julgamento e, quanto a esse ponto, não se pode falar em violação de literal disposição de lei, consoante seguinte excerto (f. 592-593):

> *(...) Entretanto, assiste razão ao Estado no que se refere à impossibilidade de pagamento de adicional noturno àqueles que trabalham em regime de escala que incluem o período noturno e esta seja uma condição própria do exercício da função.*
>
> *Ora, os requerentes são ocupantes do cargo Agente Tributário Estadual, submetidos, como é cediço, a escalas de plantão que incluem o período noturno, em razão da função que exige a fiscalização ininterrupta (24h/dia), do trânsito de mercadorias, bens e serviços.*
>
> *Nesse contexto, incabível o pagamento do adicional noturno, em razão da expressa exclusão de incidência no que tange ao trabalho realizado em escala de plantão.*
>
> *Isso porque o §2º do art. 20 do Decreto Estadual n. 10.738/02 dispõe expressamente que o caput não se aplica aos servidores que se encontram nestas condições.*
>
> *Confira-se:*
>
> *Art. 20. O horário noturno, para fins de direitos funcionais e financeiros, corresponde ao período entre vinte e duas horas de um dia e cinco horas do dia imediatamente seguinte, correspondendo a hora trabalhada, nesse período, a cinqüenta e dois minutos.*

> ***§2º O disposto nesse artigo não se aplica aos servidores que trabalham em escalas que incluem o período noturno e essa seja uma condição própria do exercício da função, cuja remuneração considera o trabalho realizado nessas situações.*** (destacado)

Com efeito, impende salientar que não há qualquer mácula ou afronta a dispositivo legal no r. acórdão combatido que poderia conduzi-la à nulidade ou rescisão. Houve, ao certo, julgamento contrário aos interesses dos requerentes, que, diante disso, ajuizou a presente ação rescisória, buscando, na verdade, a reavaliação de matéria fática.

Consoante é cediço, a ação rescisória não se presta a corrigir alegadas injustiças do julgado, mas tão-somente a rescindir decisões monocráticas ou colegiadas nos casos elencados no rol taxativo do artigo 966 do Novel Código de Processo Civil.

De fato, como tem verberado a doutrina e a jurisprudência pátrias, não se pode confundir a rescisão como um autêntico substituto aos recursos ordinariamente dispostos na lei adjetiva civil, sendo que a interpretação contrária ou mesmo desfavorável ao interesse do litigante não se confunde com a denominada ofensa a literal disposição de lei.

Nesse sentido, o seguinte paradigma:

> *AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO À DISPOSIÇÃO LITERAL DE LEI - NÃO DEMONSTRAÇÃO DAS HIPÓTESES DOS ART. 485, V , DO CPC. Conforme a reiterada jurisprudência, para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo 'decisum' rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.* (TJMG - Ação Rescisória 1.0000.07.459962-2/000, Rel. Des.(a) Geraldo Augusto, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, julgamento em 04/06/2008, publicação da súmula em 25/07/2008).

Diante do exposto, rejeito as preliminares arguidas e, em consequência, julgo improcedente o pedido formulado na inicial.

Nos termos do art. 85, § 2º, do NCPC, fica a parte autora condenada ao pagamento das custas processuais e os honorários de advogado, que fixo em 10 % sobre o valor atualizado da causa.

Conclusão do julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo Des. Vilson Bertelli (2º vogal), após, por unanimidade, rejeitarem as preliminares e, no mérito, o relator julgar improcedente a ação rescisória. Os demais aguardam. Ausente, por férias, o Des. Amaury da Silva Kuklinski. (sust. oral)

VOTO (EM 21/08/2017)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (2º Vogal)

Pedi vista dos autos do processo, com o intuito de aprofundar a análise do caso, e peço a vênia para divergir do relator.

Os autores ajuizaram a ação rescisória por ter ocorrido manifesta violação à norma jurídica.

O direito à remuneração pelo trabalho extraordinário e em período noturno está previsto na Constituição Federal, arts. 39, parágrafo terceiro e 7º, incisos IX, XIII e XVI, bem como no Estatuto do Servidor Público de Mato Grosso do Sul, arts. 105, II, "e", "f". Não obstante, houve violação a tais regras, pois foram negados estes direitos na Demanda de n.º 0802692-38.2014.

No que concerne ao adicional noturno, estabelece a Súmula 213 do Supremo Tribunal Federal, ser devido, ainda que sujeito o empregado a regime de revezamento. Esta Súmula é aplicável tanto aos empregados regidos pelo regime celetista como aos servidores públicos estatutários, consoante entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n.º1292335/RO, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 09/04/2013).

Também deve ser garantido o direito dos autores ao adicional de horas extras.

A jornada máxima de trabalho prevista no Edital do Concurso Público para o cargo dos autores, de Agente Tributário Estadual, é de 180 horas mensais. Portanto, as horas excedentes a tal limite devem ser remuneradas como extraordinárias.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul tem se manifestado neste sentido em casos análogos:

> *APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO – FISCAL DE RENDAS – REGIME DE PLANTÃO COM REVEZAMENTO – HORAS EXTRAORDINÁRIAS – VEDAÇÃO LEGAL INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL NOTURNO AFASTADA – PRODUTIVIDADE QUE COM ELES NÃO SE CONFUNDE – RECURSO DO ESTADO IMPROVIDO – MODIFICAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – SENTENÇA ILÍQUIDA – APLICAÇÃO DO ART. 405, DO CÓDIGO CIVIL, E DO ART. 1.º-F, DA LEI N.º 9494/97 – MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RAZOABILIDADE DA APLICAÇÃO DO ART. 20, §§ 3.º E 4.º, DO CPC – RECURSO DO SERVIDOR IMPRÓVIDO – REEXAME NECESSÁRIO – SENTENÇA RATIFICADA E MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. A lei e o edital do concurso no qual foi aprovado o servidor, estabelecem normalidade para o exercício da função por até 180 (cento e oitenta horas) mensais, nisto englobado o plantão que se dá por revezamento. A cobrança refere-se à horas trabalhadas além de tal limite, devidamente comprovados, e é evidente que devem ser elas pagas como disciplina o art. 117, da Lei Estadual n.º 1.102/90, sob pena de enriquecimento ilícito do empregador, até porque não há vedação legal para tanto, como se verifica do disposto no art. 105, II, f, da Lei Estadual n.º 1.102/90, com a redação dada pela Lei Estadual n.º 3.190/2006. O adicional por produtividade tem por base a superação de metas pré-estabelecidas, e não se confunde com a remuneração por horas extras, tanto que disciplinados em alíneas diferentes do mesmo dispositivo legal. O adicional noturno é devido, na forma do art. 105, II, e, da Lei n.º 1.102/90, e não há necessidade de sua regulamentação, necessária apenas para restringi-lo em caso de acumulação. Inexistente a regulamentação restritiva, correta a sentença que o admitiu plenamente, na forma da Súmula n.º 213, do STJ, também. O termo inicial para incidência dos juros de mora, no caso, é a data da citação válida, nos termos do art. 405, do Código Civil. Se o tempo de duração do processo foi mínimo, – menos de ano –, a matéria questionada não é de alta indagação, e não foi exigido maior esforço do causídico para obter a procedência do pedido, razoável a fixação da verba honorária em valor certo, dada a iliquidez da sentença. Recursos voluntários improvidos, e ratificada a sentença em sede de reexame necessário.* (Relator(a): Des. Marcelo Câmara Rasslan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/09/2015; Data de registro: 24/09/2015).

> *APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – AGENTE TRIBUTÁRIO ESTADUAL – REGIME DE PLANTÃO – HORAS EXTRAORDINÁRIAS – VEDAÇÃO LEGAL INEXISTENTE – INEXISTÊNCIA*

DE COMPENSAÇÃO PELO ADICIONAL DE PRODUTIVIDADE – AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL NOTURNO AFASTADA – CORREÇÃO MONETÁRIA PELA TR NÃO ACOLHIDA – TERMO INICIAL DO JUROS DE MORA – CITAÇÃO VÁLIDA – HONORÁRIOS FIXADOS DE FORMA RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS VOLUNTÁRIOS IMPROVIDOS – PREQUESTIONAMENTO – PARCIALMENTE PROVIDO. As horas trabalhadas além do limite previsto no edital, 180 horas incluídos os plantões por revezamento, devem ser recompensadas sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. A teor de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do enunciado da Súmula nº 213 do Supremo Tribunal Federal, o regime em escala de revezamento não compensa, por si só, o trabalho realizado no período noturno, que deve ser remunerado. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, de natureza não tributária, a correção monetária deve ser calculada com base no Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Por se tratar de obrigação ilíquida, os juros têm como termo inicial a data da citação, conforme precedentes do STJ. Os honorários advocatícios devem ser fixados por equidade, além de serem observadas as alíneas do § 3º, do dispositivo, ou seja, o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo patrono e o tempo exigido para o seu serviço, de maneira que possam remunerar condignamente o trabalho do profissional. Se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0805107-91.2014.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz Jairo Roberto de Quadros, j: 02/02/2016, p: 03/02/2016).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE HORA EXTRA E ADICIONAL NOTURNO – REGIME DE PLANTÃO COM REVEZAMENTO – HORAS EXTRAORDINÁRIAS DEVIDAS – JORNADA SUPERIOR A PREVISTA EM EDITAL – AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL NOTURNO AFASTADA – CONDENAÇÃO LIMITADA AOS CINCO ANOS ANTERIORES À PROPOSITURA DA AÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. As horas trabalhadas além do limite estabelecido em lei e no edital do concurso no qual foi aprovado o servidor deve ser remuneradas, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. 2. O adicional noturno é devido, na forma do art. 105, II, e, da Lei n.º 1.102/90, não havendo necessidade de regulamentação, nos termos também da súmula 213 do STJ. Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. 3. A condenação deve ser limitada aos cinco anos precedentes à propositura da ação, ex vi da súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença parcialmente reformada. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0807539-83.2014.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 26/07/2017, p: 08/08/2017).

Na hipótese, está comprovado que os servidores, durante certo período, foram designados para trabalhar em 10 plantões de 24 horas, dentro de um mês (f. 36/327). Esta jornada de trabalho mensal extrapola o limite de horas acima mencionado, de modo que é cabível o pagamento de horas extras pelo trabalho excedente, em valor 50 % superior ao pago pelas horas comuns, além do adicional noturno.

Conforme alegado pelos autores, até novembro de 2013 permaneceram na situação, momento em que a própria administração pública verificou o excesso e corrigiu a jornada mensal de trabalho para aproximadamente 180 horas mensais.

Ademais, o adicional de produtividade, como o próprio nome esclarece, nada tem a ver com o pagamento de horas extras ou adicional noturno.

Portanto, uma vez que o caso se enquadra no art. 966, V, do Código de Processo Civil, deve haver a rescisão do julgado.

É importante destacar que o resultado desta demanda está em consonância com os princípios da igualdade e da uniformização das decisões judiciais, mediante concretização de um ordenamento jurídico coerente. Uma vez garantido, por meio de outras demandas, o direito de inúmeros servidores que estão exatamente na mesma situação dos ora autores, seria contraditório não lhes estender tais vantagens, sobretudo por estarem amparados pela lei.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido de rescisão do acórdão proferido nos autos do Processo n.º 0802692-38.2014.8.12.001 e, mediante novo julgamento do processo, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, de modo a manter a sentença de procedência dos pedidos, a fim de condenar o réu a pagar em favor dos autores: as horas extraordinárias trabalhadas em inobservância ao limite mensal de 180 (cento e oitenta) horas, referente ao período de 30.1.2009 à 31.10.2013, na proporção de 50 % (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal, e o adicional por trabalho noturno, na proporção de 20 % (vinte por cento) sobre a hora normal, pelas horas trabalhadas das 22h00 às 5h00, sendo a hora noturna calculada na fração de 52 minutos e 30 segundos, e isto no período de 30.1.2009 à 31.10.2013.

A correção monetária deverá ocorrer com base no IPCA, a partir da data em que tais verbas deveriam ter sido regularmente pagas, e os juros moratórios observarão os índices aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97), e incidirão a partir da citação válida (2/6/2014 f. 498), nos termos do artigo 405 do Código Civil, já que se trata de obrigação ilíquida.

O réu deverá arcar com os ônus sucumbenciais, com a ressalva de ser isento do pagamento de custas. Por não ser líquida a sentença, a definição do percentual dos honorários advocatícios devidos ao patrono do autor, nos termos previstos nos incisos I a V, § 3º, art. 85 do Código de Processo Civil, somente ocorrerá quando liquidado o julgado.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de julgamento do dia 16.10, em face do pedido de vista formulado pela Desª Tânia (3ª vogal), após, por unanimidade, rejeitarem as preliminares e, no mérito, o relator julgar improcedente a ação rescisória e o Des. Bertelli (2º vogal) julgá-la procedente. O Des. Amaury (1º vogal) não participa do julgamento. Ausente, justificadamente, o Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Sust. oral em 17.07)

VOTO (EM 16/10/2017)

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (3º Vogal)

Trata-se de ação rescisória proposta por Mateus Romero Barbosa e Cleber Córdoba em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, com o objetivo de rescindir acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível nos autos do Mandado de Segurança n.º 1409934-02.2014.8.12.0000, sob alegação de manifesta violação a norma jurídica (art. 966, V, CPC/15), quais sejam: aos artigos 35, 105, e 119, todos da Lei (Estadual) n.º 1.102/90, inciso V do artigo 22 da Lei Complementar 101/2000 e inciso XVI do artigo 7º da CF (horas extras); ao artigo 117 da Lei (Estadual) n.º 1.102/90, ao inciso IX do artigo 7º da Constituição Federal, ao enunciado da Súmula 213 da Suprema Corte (adicional noturno).

Esta c. Seção Cível rejeitou as preliminares. No mérito, o relator julgou improcedente a demanda e o 2º vogal inaugurou a divergência, para o fim de julgá-la procedente.

Pedi vista dos autos para melhor analisar as questões de fato e de direito neles travadas.

Pois bem, peço vênia ao i. relator para, em parte, acompanhar a divergência.

Inicialmente, importante salientar que para fins do disposto no art. 966, V, do CPC/15, a manifesta violação a norma jurídica deve ser interpretada restritivamente, não sendo cabível quando existirem interpretações distintas acerca da matéria em debate. O que se pretende evitar é a permanência, no mundo jurídico, de decisão judicial que vá frontalmente de encontro com o ordenamento jurídico, que seja destituída de plausibilidade jurídica.

O Judiciário tem a função de evitar que a ação rescisória seja utilizada para fins de rediscussão do melhor direito, sob pena de permitir que a uma situação fática jamais seja dada solução jurídica definitiva, postura esta que não seria compatível com o regime democrático de direito, que tem como um de seus pilares a segurança jurídica.

A Súmula n.º 343 do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte teor:

> *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.*

Sobre o tema, necessário se faz reproduzir o voto proferido pelo Ministro Adhemar Maciel, no REsp n.º 9.086-SP (DJ de 5/8/96), *in verbis*:

> *Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade". Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se 'recurso' ordinário com prazo de 'interposição' de dois anos (...)*

Também o Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que *"a má interpretação que justifica o jus rescindens há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal"* (RTJ 77/489).

Assim, a literalidade se revela em julgamento equivocado pelo magistrado, no momento de aplicar a norma ao caso concreto, não podendo ser considerada violação à literal dispositivo de lei a adoção de uma dentre as possíveis interpretações da norma questionada, sob pena de toda ação rescisória reviver a situação jurídica e fática demandada nos autos de origem, impugnáveis mediante recursos próprios.

Como afirma Alexandre Freitas Câmara[1]: *"sendo uma demanda autônoma, nada impede que a mesma parte ajuíze duas ou mais ações rescisórias contra a mesma decisão (por fundamentos diferentes, evidentemente), o que não seria possível no caso de recurso".*

Tecidos tais esclarecimentos, no que se refere às horas extras, os autores sustentam violação aos seguintes dispositivos legais: aos artigos 35, 105, e 119, todos da Lei (Estadual) n.º 1.102/90, inciso V do artigo 22 da Lei Complementar 101/2000 e inciso XVI do artigo 7º da CF.

Dentro os dispositivos mencionados, tenho por imprescindível colacionar o disposto no art. 119 da Lei Estadual n.º 1.102/90, *in verbis*:

> *Art. 119. Ao ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, e ao servidor que perceber adicional de função que tenha por fundamento a compensação de prestação do trabalho fora ou além do expediente normal não será devido o adicional pela prestação de serviços extraordinários.*
>
> *Parágrafo único. O adicional somente será pago quando o trabalho do servidor, no exercício do cargo ou função, implicar carga horária superior a oito horas diárias, quarenta horas semanais ou cento e oitenta horas mensais.*

1 *In* **Ação Rescisória**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40.

No presente caso, restou incontroverso que os autores ultrapassaram o limite de horas previsto na legislação que rege a carreira, cumprindo em torno de 240 (duzentos e quarenta horas) mensais, de janeiro de 2009 a outubro de 2013.

Ao analisar o acórdão rescindendo, verifica-se que o julgado sequer menciona o dispositivo legal acima que, diga-se, rege a matéria em análise, senão vejamos:

> *(...) Como é cediço, a Constituição Federal, em seu art. 39, §3º, reconhece a aplicação aos servidores públicos, do art. 7º, XVI, que expressamente prevê o direito à remuneração do trabalho extraordinário, no mínimo, em cinquenta por cento superior ao valor pago pelas horas comuns.*
>
> *Embora não se desconheça tratar-se de norma autoaplicável, a teor do que se decidiu no STF, quando do julgamento do Ag. Reg no Agravo de Instrumento 642.528/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, por exemplo, vejo que não é cabível o pagamento do adicional de horas extra para os requerentes.*
>
> *É que os requerentes são ocupantes do cargo Agente Tributário Estadual, submetidos, como é cediço, a escalas de plantão, em razão da função que exige a fiscalização ininterrupta (24h/dia), do trânsito de mercadorias, bens e serviços.*
>
> *É ínsito ao exercício do seu cargo a prestação de serviço em escalas de plantão, em jornada superior a 8h/dia, o que é devidamente recompensado pelo regime de revezamento e pela remuneração da função.*
>
> *Consoante consignado pelo Des. Dorival Renato Pavan, no julgamento da Apelação Cível n. 077801-67.2009.8.12.0001, "A chamada jornada compensatória modalidade em que se encaixa a situação do autor torna indevido o pagamento das horas excedentes à oitava, justamente porque serão compensadas no decorrer do mês, ao final do qual não será ultrapassado o limite mensal previsto no estatuto".*
>
> *A propósito, já se decidiu neste Tribunal que os funcionários públicos submetidos a regime de revezamento não têm direito ao adicional de horas extras.*

Assim é que ao fundamentar a decisão apenas em precedente que sequer correspondia a situação análoga (já que se tratava de legislação diversa), sem observar a legislação local que determina o pagamento de horas extras quando a carga horária do servidor ultrapassar as 180 horas semanais.

Portanto, tenho que neste ponto restou configurada a violação manifesta a norma jurídica, mais especificamente ao parágrafo único do art. 199 da Lei Estadual n.º 1.102/90, devendo o acórdão impugnado ser rescindido neste ponto, e, via de consequência, em juízo rescisório, a pretensão de receber o valor relativo às horas que ultrapassarem a 180 horas mensais é procedente.

No que tange ao adicional noturno, tenho que não assiste razão aos autores.

Isto porque alegam violação ao artigo 117 da Lei (Estadual) n.º 1.102/90, ao inciso IX do artigo 7º da Constituição Federal, ao enunciado da Súmula 213 da Suprema Corte. Contudo, no que se refere à legislação estadual, deve ser levado em consideração o que prevê o Decreto n.º 10.738/2002 – que regulamenta os arts. 105 e 117 da Lei n.º 1.102/90:

> *Art. 20. O horário noturno, para fins de direitos funcionais e financeiros, corresponde ao período entre vinte e duas horas de um dia e cinco horas do dia imediatamente seguinte, correspondendo a hora trabalhada, nesse período, a cinquenta e dois minutos. §1º O registro do trabalho em horário noturno, para fins de cálculo dos direitos financeiros, será*

> *feito no cartão de ponto ou na folha individual de frequência, conforme o método de registro adotado no órgão ou entidade, e deverá indicar o horário de início e de término do serviço. §2º O disposto nesse artigo não se aplica aos servidores que trabalham em escalas que incluem o período noturno e essa seja uma condição própria do exercício da função, cuja remuneração considera o trabalho realizado nessas situações.*

Quanto à Súmula n.º 213 do STF, invocada para os fins colimados, importante salientar que não possui efeito vinculante, diferentemente da legislação acima colacionada.

Desse modo, desassiste razão ao autor, não sendo viável, sequer, a abertura do *iudicium rescisorium* para a análise dos fatos elencados em sua petição inicial, por força da coisa julgada material formada validamente, inexistindo, portanto, julgamento violador de norma jurídica.

Ante o exposto, acompanho em parte a divergência, para o fim de julgar parcialmente procedente a presente rescisória, condenando o réu ao pagamento das horas extras que ultrapassaram 180 (cento e oitenta) horas mensais, no período de 30.01.09 a 31.10.13, na proporção de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor normal, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC/15[2].

Em tempo, como inerentes à condenação, a atualização monetária e o ônus da sucumbência devem ocorrer nos moldes delineados pelo voto divergente proferido pelo e. Des. Vilson Bertelli.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (4º Vogal)

Acompanho voto da 3º vogal.

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, por maioria, julgaram parcialmente procedente a ação rescisória nos termos do voto da Desª Tânia, que foi acompanhado pelo Des. Marcos José, vencidos o relator que a julgava improcedente e o Des. Vilson Bertelli que a julgava totalmente procedente. O Des. Amaury não participou do julgamento por encontrar-se em férias na sessão em que houve sustentação oral. Porém, na forma do inciso I do § 3º do art. 942 do CPC, o julgamento terá prosseguimento na seção especial cível para garantir a possibilidade de inversão do resultado.

VOTO (EM 30/10/2017)

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

Tratam os autos de ação rescisória objetivando rescindir julgado que deu provimento ao recurso de apelação do Estado de Mato Grosso do Sul, com fundamento no art. 966, V, do CPC (manifesta violação de norma jurídica), para que seja mantida a sentença de primeiro grau que condenou o requerido ao pagamento das horas-extras, acrescidas de 50% em relação à hora normal, e do adicional noturno, ambos apurados mês a mês, referentes aos trabalhos e plantões realizados pelos agentes tributários estaduais.

Conforme observado pelo relator:

> *O que ocorreu foi que a Quarta Câmara Cível deste Tribunal entendeu por acolher a tese no sentido de que não há possibilidade de pagamento de adicional noturno àqueles que trabalham em regime de escala que incluem o período noturno e esta seja uma condição própria do exercício da função desempenhada pelo servidor público (cf. acórdão de f. 589-597).*

2 Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

> *Vale destacar que, na inicial, a parte autora questiona o fato de a Quarta Câmara Cível deste Tribunal ter decidido de forma diversa da esposada pelo STJ, bem como de outros Tribunais pátrios e até mesmo da Segunda Câmara Cível do respectivo Sodalício.*
>
> *É fato que os precedentes mencionados nos motivos e fundamentos da presente demanda adotaram entendimento no sentido de que as horas trabalhadas além do limite previsto no edital, devem ser recompensadas sob pena de enriquecimento ilícito do Ente Estatal.*
>
> *No entanto, nem por isso se pode falar em ocorrência de violação aos artigos 35, 105, e 119, todos da Lei (Estadual) n. 1.102/90, inciso V do artigo 22 da Lei Complementar 101/2000 e inciso XVI do artigo 7º da Constituição Federal, que tratam de questão relativo à jornada e remuneração dos servidores, e, com base nisso, dizer que houve violação de literal disposição de lei e que, por isso, cabe a rescisão do julgado.*
>
> *Data venia, o que houve, foi que este Tribunal, com fundamento em outros dispositivos de lei, elegeu uma dentre as interpretações cabíveis para a matéria em julgamento e, quanto a esse ponto, não se pode falar em violação de literal disposição de lei, (...)*

Assim sendo, tenho que, na hipótese, a ação rescisória está sendo utilizada como sucedâneo recursal, pelo que a julgo improcedente, acompanhando o voto do relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (5º Vogal)

Acompanho voto do 2º vogal.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (6º Vogal)

Acompanho voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, julgaram parcialmente procedente a ação rescisória, nos termos do voto da Desª. Tânia, com fundamento no art. 942, § 3º, inciso I, do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bêrtelli, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 30 de outubro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1409759-03.2017.8.12.0000 - Chapadão do Sul
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PERÍODO DE BLINDAGEM DA RECUPERANDA – *STAY PERIOD* - PRAZO DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE PROCESSUAL – CONTAGEM EM DIAS ÚTEIS – APLICAÇÃO DO ART. 219 DO CPC/2015 – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Contagem de prazo de suspensão do art. 6º, § 4º, da Lei n.º 11.101/05, que deve ser feita em dias úteis de acordo com o art. 219 do CPC/15. O cômputo dos dias úteis contribui para a segurança jurídica ao estabelecer critério objetivo ao mesmo tempo em que favorece a eficiência da recuperação judicial e maior oportunidade para a recuperanda cumprir os atos processuais que visam à recuperação judicial em prol de sua própria preservação. Precedentes.

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, 28 de novembro de 2017.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relator

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Rodobens S/A, em face da decisão de fl. 1768, proferida nos autos da ação de recuperação judicial - proc. n.º 0801276-26.2016.8.12.0046, promovida por TRR Nipobras Chapadão Gaúcho Ltda, em que o magistrado *a quo*, indeferiu o pedido de encerramento do período de blindagem da recuperanda/agravada.

Alega, em síntese, que o *fumus boni iuris* reside na impossibilidade de aplicação de norma de direito processual para prazo material, qual seja, a contagem do *stay period* em dias úteis, enquanto que o fundado receio de dano irreparável reside na concessão de proteção indevida à recuperanda/agravada, causando desequilíbrio às partes, notadamente, a toda classe de credores com garantia real.

Ressalta que a contagem correta do prazo de blindagem - *stay period*, é em dias corridos, por se tratar de prazo exclusivamente material, razão pela qual no presente caso não seria possível incidir a regra de contagem de prazos em dias úteis, pois esta somente tem aplicação aos prazos processuais.

Nesse passo, assevera que *"a contagem do prazo de stay period em dias úteis significa verdadeiro retrocesso, premiando a morosidade da recuperanda em detrimento dos credores, sociedade e do mercado,*

sendo certo que a recuperanda tem papel na marcha processual, devendo contribuir efetivamente para a rápida tramitação processual".

Assinala que restou demonstrado nos autos que os contratos pactuados não podem ser atingidos pela recuperação judicial, pois os bens, objeto do contrato, estão alienados fiduciariamente em seu favor.

Argumenta que não restou comprovado a essencialidade dos veículos objeto do contrato em questão.

Pede efeito suspensivo e, ao final, pugna pelo provimento do presente recurso para o fim de reformar a decisão agravada.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo às fls. 427/428.

O agravado apresentou contrarrazões às fls. 431/438, pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 31/10/2017)

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Rodobens S/A, em face da decisão de fl. 1768, proferida nos autos da ação de recuperação judicial - proc. n.º 0801276-26.2016.8.12.0046, promovida por TRR Nipobras Chapadão Gaucho Ltda, em que o magistrado a quo, indeferiu o pedido de encerramento do período de blindagem da recuperanda/agravada.

Confira-se o teor da decisão agravada:

> *Em atenção à manifestação da recuperanda de fs. 1.726/1.735, notadamente diante da relevante celeuma jurisprudencial acerca do modo de contagem dos prazos da Lei de Falência e Recuperação Judicial, tenho por bem esclarecer que, no entendimento deste magistrado, os prazos do presente feito contar-se-ão em dias úteis.*
>
> *Tal conclusão se lastreia, principalmente, no disposto no artigo 47 da Lei 11.101/05, o qual assevera que a recuperação judicial visa "a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor", sendo, portanto, mais benéfico a este a contagem estabelecida no artigo 219 do CPC/2015.*
>
> *Além disso, em que pese a especialidade da Lei de Falência, fato é que esta não prevê a forma de contagem de seus prazos, pelo que aplicáveis as normas do CPC/2015 nessa hipótese, à luz do artigo 189 da Lei 11.101/05.*
>
> *Esse posicionamento é o que prevalece, por exemplo, na 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP. Além disso, há diversos julgados nos demais TJs adotando a mesma posição em relação à forma de contagem dos prazos.*
>
> *Há, inclusive, interessantes artigos acerca de tal questionamento auxiliando no entendimento do tema sob a ótica que ora se apresenta.*
>
> *Por conta disso, indefiro o pedido de f. 1.740, vez que ainda não transcorrido o prazo de 180 dias úteis previsto no § 4º do artigo 6º da Lei 11.101/05. Solucionada tal questão, uma vez decorridos os prazos (f. 1.741), desentranhem-se as petições e documentos de fs. 1.145/1.150 e fs. 1.547/1.634, distribuindo-as como impugnação, por dependência a este feito, conforme estabelecido na decisão de fs. 377/383, nelas sendo intimados seus peticionários para promoverem o recolhimento das custas processuais no prazo de 15 dias, sob pena de cancelamento da Distribuição. (verbis)*

Pois bem. Em que pesem os argumentos do Banco agravante, razão não lhe assiste.

O artigo 6º, § 4º da Lei 11.101/2005 estabeleceu um prazo de suspensão das ações e execuções movidas contra as empresas em recuperação judicial, viabilizando uma medida para que seja encontrado um equilíbrio entre o interesse particular dos credores e salvaguardar estruturas empresariais úteis para o bem estar econômico da coletividade.

Este prazo ostenta um caráter dual ou misto, porquanto, além de atuar sobre as obrigações, influi no trâmite de processos e, principalmente, também, está vinculado ao próprio trâmite processual.

Como ficou explicitado pela Ministra Nancy Andrighi, quando do julgamento do agravo de instrumento no conflito de competência proc. n.º 110.250[1] pelo E. Superior Tribunal de Justiça, a quantificação do prazo aqui enfocado deriva da soma de outros prazos processuais, de maneira a que seja possibilitada a apresentação do plano de recuperação e sua apreciação num ambiente adequado à reorganização da empresa, sem atropelos ou desmensuradas pressões exercidas pelo poder econômico e financeiro dos credores.

Esta natureza mista não pode ser deixada de lado e soma-se à necessidade de favorecer a eficiência do processo, evitando pedidos de prorrogação incompatíveis com o texto da lei vigente.

Alfredo Araújo Lopes da Costa (Direito Processual Civil Brasileiro, 2ª ed, Forense, Rio de Janeiro, Vol.II, p.143-4) esclarece que: *"Os prazos são dilações, espaços de tempo, fixados por dois momentos: o inicial (termo 'a quo') e o final (termo 'ad quem'). (...) Os prazos processuais, em sentido estrito, determinam por sua inobservância, efeitos processuais: findo, por exemplo, o prazo da defesa, o réu não pode mais contestar"*.

Não há, neste sentido, como negar que o prazo aqui enfocado ostenta efeitos processuais. Ao ser iniciado num processo, ele determina a suspensão de outros processos; quando findo, possibilita o retorno do trâmite normal dos processos. O fato de serem, também, conjugados efeitos extraprocessuais confere, concretamente, uma natureza dual ou mista ao prazo de *stay*, mas não lhe absolve da incidência do artigo 219 do CPC/2015.

Tudo resulta, portanto, na necessidade do prazo previsto no artigo 6º, § 4º da Lei 11.101 ser contado na forma proposta na decisão recorrida, em dias úteis.

Por oportuno:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. STAY PERIOD. Contagem de prazo de suspensão do art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/05, que deve ser feita em dias úteis de acordo com o art. 219 do CPC/15.* ***O cômputo dos dias úteis contribui para a segurança jurídica ao estabelecer critério objetivo ao mesmo tempo em que favorece a eficiência da recuperação judicial e maior oportunidade para a recuperanda cumprir os atos processuais que visam à recuperação judicial em prol de sua própria preservação*** *(art. 47 da Lei n11.101/05). Decisão reformada. Recurso provido.* (TJ-SP - AI: 22103151620168260000 SP 2210315-16.2016.8.26.0000, Relator: Hamid Bdine, Julgamento em 16.03.2017, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Publicação em 16.03.2017 - destaquei).
>
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - STAY PERIOD - SUSPENSÃO DAS EXECUÇÕES PELO PERÍODO DE 180 DIAS - PRAZO DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE PROCESSUAL - CONTAGEM EM DIAS ÚTEIS - APLICAÇÃO DO ART. 219 DO CPC/2015. 2. A Lei 11.101/2005 prevê, para o procedimento*

1 (STJ, AgRg no CC 110250 / DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 08.09.2010, julgamento em 16.09.2010)

de recuperação judicial, um sistema de prazos concatenados e harmônicos, que guardam relação entre si, de forma que o prazo de suspensão das execuções previsto no art. 6º, § 4º é suficiente para a conclusão de todo o procedimento até a assembleia de credores, que deverá ser realizada em até 150 dias (art. 56, § 1º). ***3. Não é razoável, por violar o escopo da lei, que a contagem do período de 180 dias prevista no art. 6º, § 4º seja realizada de forma diversa dos demais, que também ostentam natureza processual. 4. Natureza eminentemente processual do stay period, que, em consonância com os demais prazos previstos no microssistema da recuperação judicial, compatibiliza o tempo de espera das execuções com o período necessário para tramitação do procedimento e superação da crise pela empresa.*** *5. Recurso desprovido.* (TJ-MG - AI: 10000170305072003 MG, Relator: Áurea Brasil, Data de Julgamento: 08/08/0017, Câmaras Cíveis / 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 17/08/2017 - destaquei).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso para manter a decisão nos moldes em que proferida na origem.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Sérgio), após a relatora negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 28/11/2017)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º Vogal)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Rodobens S/A contra a decisão proferida nos autos da ação de recuperação judicial promovida por TRR Nipobras Chapadão Gaúcho Ltda.

O banco agravante afirma, em síntese, que *"Atualmente a correta contagem do prazo de blindagem é a em dias corridos, por se tratar de prazo exclusivamente material."*; *"Não se pode negar que o stay period tem sim natureza material, principalmente por ocasionar suspensão na prescrição das pretensões dos credores e estar relacionado com o direito de ação, estes, indiscutivelmente de natureza material, dessa forma temo a afirmativa da redação da Lei 11.101/2005 é taxativa ao disciplinar no art. 6º, § 4º que a suspensão de 180 dias são improrrogáveis"*.

Ao final requer a reforma do *decisum* para que a contagem do prazo do *stay period* seja feita em dias corridos.

A relatora do presente recurso, desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, negou-lhe provimento.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria ora debatida.

Acompanho a relatora para negar provimento ao agravo de instrumento.

Com efeito, o cerne do presente recurso cinge-se em verificar se o prazo previsto no § 4º, do art. 6º, da Lei n.º 11.101/2005[2] deve ser contado em dias corridos ou dias úteis.

O pedido de vista decorre da dissonância existente na jurisprudência dos tribunais pátrios sobre a questão, bem como na ausência de manifestação consolidada do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

2 Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Desse modo, mormente em razão de não haver julgados da Corte Cidadã sobre a matéria e, sem prejuízo de posteriormente rever meu posicionamento quanto à questão posta em julgamento, filio-me ao entendimento exarado pela relatora no sentido de que o prazo supracitado deve ser contado em dias úteis, nos termos do *caput* do art. 219 do Código de Processo Civil[3].

Ante o exposto, sem mais delongas, como dito, acompanho a relatora para negar provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Banco Rodobens S/A.

O Sr. Des. João Maria Lós. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

***

3 Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0011568-54.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – NULIDADE DA SENTENÇA – PRELIMINAR REJEITADA – ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA – AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO DO CONDUTOR – IRRELEVÂNCIA – COLISÃO NA TRASEIRA DE VEÍCULO – INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA – CULPA DO CONDUTOR – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – CRIANÇA CONDUZIDA DE FORMA INAPROPRIADA NO TRATOR – OMISSÃO DOS PAIS NO DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA – CULPA CONCORRENTE PELO FALECIMENTO – DEDUÇÃO DO SEGURO DPVAT – CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL.

Em se tratando de pedido de condenação ao pagamento de pensão mensal a quantia referente ao décimo terceiro está implicitamente incluída nessa pretensão, por se tratar de direito constitucional inerente a toda relação de trabalho, nos termos 7º, inciso VIII, da Constituição Federal. Por isso não é *ultra* ou *extra petita* a sentença que inclui décimo terceiro na condenação ao pagamento de pensão mensal.

Embora configure infração administrativa, a simples ausência de habilitação do condutor não é suficiente para presumir sua culpa por envolvimento em acidente de trânsito.

É culpado o condutor de veículo que colide na traseira de outro se inexiste justificativa, especialmente quando asfalto está seco, a sinalização é boa e a visibilidade regular.

O condutor considerado culpado e a empresa proprietária do veículo tem obrigação de indenizar os danos causados a terceiros, vítimas do acidente de trânsito.

Não há razão para modificar a condenação por danos materiais quando o valor fixado na sentença está de acordo com as provas produzidas.

Na hipótese de falecimento de filho menor de idade, é devida pensão mensal aos seus pais de 2/3 do salário mínimo até a data que completaria 25 anos e a partir de então 1/3 do salário mínimo até o óbito dos beneficiários ou até a data que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

A pensão mensal é devida pela metade quando os pais são considerados culpados de forma concorrente pelo falecimento, por terem permitido transporte inadequado do filho menor em trator, por só existir banco do motorista.

O réu motorista do ônibus culpado por acidente de trânsito e a empresa proprietária do ônibus respondem por danos causados a outrem, ainda que exclusivamente moral, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

Conforme dispõe a Súmula 246 do Superior Tribunal de Justiça, o valor do seguro DPVAT deve ser deduzido das indenizações fixadas em juízo proveniente de acidente de trânsito.

É correta a determinação do magistrado de constituição de capital para garantia de pagamento de pensão mensal fixada na sentença, por estar de acordo com o artigo 533 do Código de Processo Civil e Súmula 313 do Superior Tribunal de Justiça.

Recursos parcialmente 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 maioria, rejeitar as preliminares, dar parcial provimento a todos os recursos, nos termos do voto do 2º (Des. Vilson Bertelli) vogal com acréscimos do 3º vogal (Des. Paulo Alberto), vencido o relator que não conhecia do recurso de Edinalva Marques da Silva e outro e dava provimento aos recursos de Companhia Mutual de Seguros e da Viação Cruzeiro do Sul Ltda. E o 1º vogal (Des. Marcos José de Brito Rodrigues) que acompanhava o 2º vogal (Des. Vilson Bertelli), somente no que se refere à preliminar do 13º salário e no mais, acompanhando o relator, nos termos do art. 942, do CPC.

Campo Grande, 4 de outubro de 2017.

Des. Vilson Bertelli – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Companhia Mutual de Seguros e Edinalva Marques da Silva e outros e Viação Cruzeiro do Sul Limitada em face da sentença de fls. 316, que julgou parcialmente procedente os pedidos para condenar os requeridos, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 23.534,38, ao pagamento de indenização por danos materiais consistente em pensão mensal no valor de um salário mínimo vigente ao tempo de cada prestação a ser paga, para obrigar os requeridos a constituir capital em favor dos autores e que julgou procedente o pedido trazido na denunciação da lide, para condenar a denunciada a pagar, nos limites financeiros estipulados na apólice, os valores da condenação da lide principal.

Companhia Mutual de Seguros suscita em seu recurso de apelação de fls. 359, em apertada síntese, o provimento do recurso para: minorar o valor dos danos materiais, consistente no conserto do trator, para o valor de vinte mil reais; exclusão do pensionamento com a idade de 25 anos, que é idade provável de que o falecido constituiria família e, de forma subsidiária, para minorar o valor da pensão para o valor correspondente a 2/3 do salário mínimo até que a vítima completasse 25 anos, quando então, com redução para a quantia equivalente a 1/3 do salário mínimo até a idade de 45 anos; dedução do valor do DPVAT; desnecessidade de constituição de capital.

Edinalva Marques da Silva e outros suscitam em seu recurso de apelação de fls. 373, em apertada síntese, o provimento do recurso para: procedência do pedido de dano moral, uma vez que a culpa exclusiva do acidente foi do motorista do ônibus da empresa requerida, uma vez que havia sinalização com placas de trânsito que avisava a possibilidade de tráfego de tratores; que o pagamento de pensão seja até a idade que

o falecido completaria 65 anos de idade e, não, até 45 anos conforme anotado na sentença.

Viação Cruzeiro do Sul Limitada suscita em seu recurso de apelação interposto de forma adesiva de fls. 389: inexistência de dano moral; exclusão do dano moral por culpa exclusiva da vítima e da inexigibilidade de conduta diversa e por ter a sentença reconhecido a culpa concorrente; exclusão do pensionamento com a idade de 25 anos, que é idade provável de que o falecido constituiria família e, de forma subsidiária, para minorar o valor da pensão para o valor correspondente a 2/3 do salário mínimo até que a vítima completasse 25 anos, quando então, com redução para a quantia equivalente a 1/3 do salário mínimo até a idade de 45 anos; dedução do valor do DPVAT; desnecessidade de constituição de capital.

Os recorridos, devidamente intimados às fls. 385 e fls. 445, apresentaram contrarrazões às fls. 413 e fls. 428 e fls. 435 e fls. 448 e fls. 469, manifestando cada qual pelo improvimento do recurso da parte contrária.

VOTO (EM 19/07/2017)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Companhia Mutual de Seguros e Edinalva Marques da Silva e outros e Viação Cruzeiro do Sul Limitada em face da sentença de fls. 316, que julgou parcialmente procedente os pedidos para condenar os requeridos, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 23.534,38, ao pagamento de indenização por danos materiais consistente em pensão mensal no valor de um salário mínimo vigente ao tempo de cada prestação a ser paga, para obrigar os requeridos a constituir capital em favor dos autores e que julgou procedente o pedido trazido na denunciação da lide, para condenar a denunciada a pagar, nos limites financeiros estipulados na apólice, os valores da condenação da lide principal.

Companhia Mutual de Seguros suscita em seu recurso de apelação de fls. 359, em apertada síntese, o provimento do recurso para: minorar o valor dos danos materiais, consistente no conserto do trator, para o valor de vinte mil reais; exclusão do pensionamento com a idade de 25 anos, que é idade provável de que o falecido constituiria família e, de forma subsidiária, para minorar o valor da pensão para o valor correspondente a 2/3 do salário mínimo até que a vítima completasse 25 anos, quando então, com redução para a quantia equivalente a 1/3 do salário mínimo até a idade de 45 anos; dedução do valor do DPVAT; desnecessidade de constituição de capital.

Edinalva Marques da Silva e outros suscitam em seu recurso de apelação de fls. 373, em apertada síntese, o provimento do recurso para: procedência do pedido de dano moral, uma vez que a culpa exclusiva do acidente foi do motorista do ônibus da empresa requerida, uma vez que havia sinalização com placas de trânsito que avisava a possibilidade de tráfego de tratores; que o pagamento de pensão seja até a idade que o falecido completaria 65 anos de idade e, não, até 45 anos conforme anotado na sentença.

Viação Cruzeiro do Sul Limitada suscita em seu recurso de apelação interposto de forma adesiva de fls. 389: inexistência de dano moral; exclusão do dano moral por culpa exclusiva da vítima e da inexigibilidade de conduta diversa e por ter a sentença reconhecido a culpa concorrente; exclusão do pensionamento com a idade de 25 anos, que é idade provável de que o falecido constituiria família e, de forma subsidiária, para minorar o valor da pensão para o valor correspondente a 2/3 do salário mínimo até que a vítima completasse 25 anos, quando então, com redução para a quantia equivalente a 1/3 do salário mínimo até a idade de 45 anos; dedução do valor do DPVAT; desnecessidade de constituição de capital.

Os recorridos, devidamente intimados às fls. 385 e fls. 445, apresentaram contrarrazões às fls. 413 e fls. 428 e fls. 435 e fls. 448 e fls. 469, manifestando cada qual pelo improvimento do recurso da parte contrária.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Há lide principal e secundária derivada da denunciação da lide. Há recursos de ambas as partes, ou seja, dos autores, requerido/denunciante e requerido/denunciado. Em todos eles, o ponto em comum diz respeito à culpa pelo acidente fatídico, uma vez que o autor quer afastar a culpa concorrente e os requeridos buscam o reconhecimento da culpa exclusiva da vítima. Portanto, todos os recursos em relação ao tema da culpa serão analisados em conjunto.

Pois bem, o fundamento jurídico (causa de pedir próxima) do caso vertente encontra sua guarita na teoria do ato ilícito, uma vez que o pedido de indenização funda-se na morte ocorrida em acidente quanto do tráfego em rodovia, onde ônibus da requerida/denunciante colidiu com a traseira do trator em que estavam alguns dos autores.

A sua existência requer o preenchimento de quatro requisitos. Requisitos estes que estão bem delineados no art. 186 e art. 927, ambos do novo Código Civil – Lei n.º 10.406/2002 e que no dizer de Ricardo Fiúza:

> *Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente* (Novo Código Civil Comentado. Editora Saraiva. 1ª edição; p. 184).

Eis o texto legal:

> *Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*
>
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Assim sendo, para configure o dever de indenizar pela teoria do ato ilícito é mister o preenchimento de seus requisitos cumulativos, quais sejam, conduta, resultado, nexo causal e culpa, sendo que o ponto controverso desta questão trazida para apreciação consiste em quem agiu com culpa.

O que se infere do caso posto à apreciação e pelos elementos dos autos é que os autores trafegavam em quatro pessoas de uma mesma família no trator Massey Fergusson na Rodovia MS-384, quando o veículo da empresa requerida/denunciante colidiu na parte traseira do mesmo, vindo a causar o óbito de uma dos ocupantes (Edilson Marques Martins – filho dos requerentes – fls. 34). Os requeridos suscitam culpa exclusiva da vítima, uma vez que o trator era dirigido por adolescente e transitava sob a pista de rolamento no final da tarde e numa curva da rodovia, quando do acidente. Os autores alegam culpa exclusiva do condutor do veículo, uma vez que não se atentou para sinalização a respeito da existência de tratores na localidade.

Tenho que assiste razão aos requeridos na culpa exclusiva da vítima.

Em analisando as fotos juntadas pelos próprios autores às fls. 49/58 e do relatório de acidente de trânsito de fls. 35/43 infere-se que praticamente não havia acostamento na pista do local do acidente, o que resta claro e evidente que ele transitava pela rodovia próximo a uma curva e no anoitecer (18h:30min) e com utilização de transporte de várias outras pessoas (três pessoas além da condutora) e dirigido por adolescente sem habilitação.

Conduta esta de quem não tem mínima noção de direção de veículo, portanto, grave imprudência e, por via de consequência, de culpa da vítima. Veja-se pelo STJ:

> *Restando demonstrado que a causa determinante para a ocorrência do sinistro se encontra na falta de sinalização e iluminação adequada do arado transportado pelo trator, dirigido pelo recorrente, resta satisfatoriamente demonstrado o nexo causal e a impudência, configurando a figura culposa.* (Agravo em recurso especial nº 993.481. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik).

Analisando a conjugação de todos estes fatos, mostra-se qualquer pessoa que estivesse na mesma situação não teria evitado o acidente, mormente, no caso dos autos que se trata de ônibus que de notório conhecimento que não responde à frenagem imediata e efetiva de veículo de pequeno e médio porte. Em outros termos: aplica-se ao caso o princípio da confiança, ou seja, qualquer condutor confiaria no fato de que a pista não estivesse bloqueada com veículo de lenta locomoção próxima a uma curva ao anoitecer.

> *Não há falar em culpa do motorista em caso de atropelamento, ante o inopinado surgimento de pedestre à frente do veículo. Em matéria de trânsito deve vigorar sempre o 'princípio da confiança'. O condutor de um veículo tem o direito de esperar que os outros condutores e os pedestres se atenham às regras de trânsito e às cautelas que de todos são exigidas no convívio social. Se o pedestre deixa de observar as regras concernentes à normalidade da conduta, procurando atravessar a pista fora das faixas de segurança, não há como imputar culpabilidade ao condutor do veículo, que se vê surpreendido por imprevisível comportamento do pedestre no caso de atropelamento deste.* (Rui Stoco. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,. p. 1441).

Então, diante da culpa gravíssima da vítima e do reconhecimento de que qualquer homem médio também não teria evitado o acidente ou pelo menos na forma que ele ocorreu é que firmo entendimento da culpa exclusiva da vítima, portanto, da improcedência dos pedidos da ação indenizatória, o que faz perder objeto aos pedidos subsidiários dos requeridos e dos pedidos trazidos no recurso da parte autora.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e dou provimento ao recurso da Companhia Mutual de Seguros e Viação Cruzeiro do Sul para julgar improcedente os pedidos trazidos na inicial pela inexistência de culpa do art. 186 do CPC. Não conheço do recurso dos autores, Edinalva Marques da Silva e outros por perda de objeto. Condeno os autores a pagar as custas do processo e honorários advocatícios para os advogados dos requeridos no valor R$ 2.000,00 (dois mil reais), que ficam sobrestado pelo prazo de cinco anos por estarem assistidos pela gratuidade da justiça. Sem sucumbência recursal do § 11º do art. 85 do CPC, uma vez que proferida sentença antes da entrada em vigor do NCPC (março de 2016), nos termos da Súmula Administrativa n.º 07 do STJ.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Vilson Bertelli), após o relator não conhecer do apelo de Edinalva Marques da Silva e outro e dar provimento aos recursos da Companhia Mutual de Seguros e da Viação Cruzeiro do Sul. O 1º vogal (Des. Marcos Brito) aguarda.

VOTO (EM 02/08/2017)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (2º Vogal)

Edilnava Marques da Silva e Edimarcio da Rosa Martins ajuizaram demanda de indenização por danos materiais cumulada com compensação por danos morais em desfavor de Viação Cruzeiro do Sul Ltda e Ival José Godoy, em razão do falecimento de Edilson Marques Martins, filho dos autores, tendo como causa as lesões sofridas em acidente de trânsito.

O pedido de compensação por danos morais foi julgado improcedente. Por outro lado, o magistrado

condenou os réus, solidariamente, ao pagamento de R$ 23.534,38 (vinte e três mil quinhentos e trinta e quatro reais e trinta e oito centavos) a título de danos materiais e ao pagamento de pensão mensal, correspondente a um salário mínimo, inclusive o décimo terceiro salário, até fevereiro do ano de 2.048 ou quando os autores falecerem, o que ocorrer primeiro. Condenou a seguradora denunciada ao pagamento em regresso das condenações dos réus nos limites da apólice do seguro.

Malsatisfeitos com a sentença proferida, os autores e a seguradora denunciada interpuseram recurso de apelação. No prazo das contrarrazões, a empresa ré interpôs recurso adesivo.

O ilustre relator, desembargador Alexandre Aguiar Bastos, deu provimento ao recurso de apelação da seguradora denunciada e ao recurso adesivo da empresa ré para o fim de julgar improcedentes os pedidos formulados. Consequentemente, negou provimento ao recurso de apelação dos autores.

O relator considerou a condutora do trator Massey Fergusson, Maiane Lenara Rosa Martins, culpada exclusiva do acidente de trânsito, por ser menor de idade e não possuir carteira de habilitação, bem como por transportar várias pessoas ao anoitecer em rodovia praticamente sem acostamento.

Pedi vista a fim de analisar melhor os recursos e peço vênia para divergir do relator.

Preliminar de nulidade da sentença

Companhia Mutual de Seguros e Viação Cruzeiro do Sul Ltda arguem, respectivamente, no recurso de apelação e adesivo, preliminar de nulidade de sentença por considerá-la *ultra petita* e *extra petita*, sob argumento de inexistir pedido de pagamento do décimo terceiro salário referente à pensão mensal.

No entanto, basta pedido de condenação ao pagamento de pensão e quantia referente ao décimo terceiro estará implicitamente incluída nessa pretensão, por se tratar de direito constitucional inerente a toda relação de trabalho, nos termos 7º, inciso VIII, da Constituição Federal.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto. Confira-se:

> *AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 DO STF E 211 DO STJ. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 182 DO STJ. ADICIONAL DE FÉRIAS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. REMUNERAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. 1. Para que haja o prequestionamento é necessário que o Tribunal se pronuncie sobre a incidência da norma ou de seu conteúdo material ao caso concreto, não bastando que as partes simplesmente invoquem o dispositivo. 2. A ausência de indicação da negativa de vigência do art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, causa da incidência da Súmula 211 do STJ, não foi combatida na fundamentação do presente recurso, a ensejar o óbice do Verbete sumular 182 desta Corte. 3. O terço de férias e a gratificação natalina integram a remuneração para o efeito de cálculo dos danos materiais. Precedentes. 4. Condenada a agravante a ressarcir a recorrida no equivalente à remuneração que percebia quando em atividade, não existe a necessidade de que a parte autora indique na inicial a intenção de receber tais verbas incluídas no pensionamento. Não ocorrência de julgamento extra petita. 5. Agravo interno a que se nega provimento.* (AgInt no REsp 1358968/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 29/11/2016)

Diante disso, não se considera *ultra* ou *extra petita* a sentença que inclui décimo terceiro na condenação ao pagamento de pensão mensal, motivo pelo qual rejeito a preliminar arguida.

Da dinâmica do acidente.

O dia, a hora, o local e os condutores dos veículos envolvidos no acidente de trânsito são fatos incontroversos nos autos de processo. O acidente ocorreu no dia 17 de maio de 2009, por volta das 18:30, na rodovia MS 384, Km 047, no sentido Antônio João / Bela Vista. Maiane Lenara Rosa Martins, irmã dos autores, era condutora do Trator Massey Fergusson e Ival José Godoy condutor do ônibus de propriedade da Viação Cruzeiro do Sul, ambos réus na demanda.

Só não há consenso entre as partes sobre o condutor responsável pelo acidente de trânsito. De acordo com os autores, o motorista do ônibus, o réu Ival José Godoy, é culpado exclusivo, porque conduzia em alta velocidade e não observou normas de trânsito do local. Por outro lado, os réus e a seguradora denunciada, atribuem culpa exclusiva à Maiane Lenara Rosa Martins, condutora do trator, por não possuir carteira de habilitação e não ter observado regras de trânsito atinentes à condução de trator em rodovia.

A legislação específica não proíbe o tráfego de trator em via pública ou rodovia, exceto quando há placa R-13, indicativa da vedação do trânsito desse veículo automotor.

No caso, não há menção, muito menos prova, da existência dessa placa na rodovia local do acidente de trânsito. Pelo contrário, há foto nos autos de processo da placa A-31 (f. 52), a qual adverte ao condutor de veículo a existência, adiante, do cruzamento ou trânsito eventual de toda espécie de tratores e máquinas agrícolas, e, de acordo com a testemunha Adair de Ximenes de Araújo, essa placa estava bem próxima ao local do acidente (f. 253).

As provas produzidas, portanto, demonstram que o cruzamento e trânsito eventual de tratores na rodovia local do acidente estava devidamente autorizados e existia sinalização com placa vertical em chapa de aço e adesivo refletivo.

Nos termos do artigo 144 do Código de Trânsito Brasileiro, somente condutores habilitados nas categorias C, D ou E podem conduzir em via pública trator de roda, trator de esteira, trator misto ou equipamento destinado à movimentação de cargas ou execução de trabalho agrícola, de terraplanagem, de construção ou de pavimentação.

Na data do acidente, Maiane Lenara Rosa Martins estava com apenas 17 anos de idade, ou seja, sequer tinha idade mínima para obter habilitação de veículo automotor.

Embora configure infração administrativa, a ser apurada por órgão competente, esse fato, por si só, não impõe presunção de culpa à condutora do trator. Isto é, o simples fato da irmã dos autores ser menor de idade na data do acidente de trânsito e não possuir carteira de habilitação não significa que seja culpada. A propósito, conveniente colacionar ementas de casos análogos:

> *DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - CRUZAMENTO DE RODOVIA PELO CONDUTOR REQUERIDO, PROVINDO DE ACESSO SECUNDÁRIO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DOS AUTORES - ÔNUS DA PROVA QUE LHES COMPETIA, E DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIRAM - CULPA NÃO DEMONSTRADA - BOLETIM DE OCORRÊNCIA, NÃO ILIDIDO, QUE DEMONSTRA QUE OS VEÍCULOS SEGUIAM PELA MESMA DIREÇÃO - PRESUNÇÃO DE CULPA, PORTANTO, DO MOTORISTA DEMANDANTE, QUE SEGUIA PELA RETAGUARDA, A QUAL NÃO RESTOU ILIDIDA - RÉU QUE EFETUA CONVERSÃO À ESQUERDA, DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ARTIGO 38, INCISO II, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - MANOBRA PRECEDIDA DE SINALIZAÇÃO*

> *- AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR QUE CONFIGURA MERA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - IMPOSSIBILIDADE DE PRESUMIR A CULPA DO CONDUTOR - SENTENÇA REFORMADA.RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. Considerando que os requerentes não se desincumbiram do ônus de comprovar que o condutor requerido teria cruzado a Rodovia, provindo do acesso secundário, sem as devidas cautelas, e tendo em vista que o Boletim de Ocorrência, não ilidido, demonstra que os veículos seguiam pela mesma direção, e que o motorista demandante não se atentou para a manobra de conversão à esquerda do automóvel que seguia na sua frente, dando causa à colisão, a improcedência dos pedidos iniciais é medida que se impõe. A simples falta de habilitação legal para conduzir veículo, não obstante configure infração administrativa, não implica, por si só, na presunção de culpa pelo sinistro.* (TJ-PR - APL: 12683202 PR 1268320-2 (Acórdão), Relator: Luiz Lopes, Data de Julgamento: 25/06/2015, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1618 31/07/2015).
>
> *APELAÇÃO. ACIDENTE DE VEÍCULOS. REPARAÇÃO DE DANOS. COLISÃO TRASEIRA. PRESUNÇÃO DE CULPA DO CONDUTOR QUE CHOCA SEU VEÍCULO NA TRASEIRA DE OUTRO. PRESUNÇÃO NÃO ELIDIDA. PROVA NOS AUTOS DE QUE O VEÍCULO À FRENTE FREOU EM RAZÃO DE TRAVESSIA INESPERADA DE ANIMAL NA FAIXA DE ROLAMENTO. NECESSIDADE DOS VEÍCULOS DE GUARDAREM DISTÂNCIA ADEQUADA UNS DOS OUTROS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. A presunção de culpa do condutor que choca seu veículo na traseira de outro não foi elidida. Ficou provado nos autos de que a condutora do veículo Gol foi obrigada a frear repentinamente em razão da travessia inesperada de um animal na faixa de rolamento. ACIDENTE DE VEÍCULOS. REPARAÇÃO DE DANOS. ALEGAÇÃO DOS AUTORES DE QUE A CONDUTORA DO VEÍCULO ERA IMPERITA, POIS CONDUZIA VEÍCULO SEM A DEVIDA HABILITAÇÃO. FALTA DE HABILITAÇÃO QUE CONSTITUI INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE PROVA DE CULPA DA CONDUTORA NO EVENTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. A falta de habilitação não é prova de culpa em acidente automobilístico. A culpa tem que ser provada e não restou demonstrado nos autos que a falta de habilitação da condutora tenha contribuído minimamente para a ocorrência do acidente. Aliás, a falta de habilitação constitui infração administrativa, a teor do disposto no artigo 309 do CTB. Ademais, é necessário que, além da falta de habilitação, o condutor gere perigo de dano, ou seja, perigo concreto, o que não restou demonstrado nestes autos.* (TJ-SP, apelação n. 0042697-74.2011.8.26.0576, Relator: Adilson de Araujo, Data de Julgamento: 30/10/2012, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/10/2012).

Inexistindo vedação ao trânsito de trator na rodovia e por não ser presumida a culpa do condutor inabilitado, necessário recorrer aos demais dados do acidente de trânsito a fim de apurar qual condutor é culpado, Maiane Lenara Rosa Martins, irmã dos autores, ou o réu Ival José Godoy.

De acordo com a definição constante no anexo I do Código de Trânsito Brasileiro, o trator é *"veículo automotor construído para realizar trabalho agrícola, de construção e pavimentação e tracionar outros veículos e equipamentos"*. Cuida-se de veículo consideravelmente mais lento do que os veículos automotores que circulam em rodovias, por isso sua circulação deve ser feita na faixa da direita quando há várias faixas de circulação no mesmo sentido, nos termos do artigo 29, inciso IV, do Código de Trânsito Brasileiro.

No local do acidente, entretanto, havia apenas uma faixa em cada sentido de circulação e o acostamento é bastante estreito (f. 49/58), insuficiente para comportar o trator envolvido no acidente de trânsito.

Diante dessa realidade, o trator conduzido pela irmã dos autores inevitavelmente tinha que ocupar parte considerável da faixa de circulação, independentemente da perícia ou experiência do motorista. E por

existir sinalização indicativa do trânsito de trator e máquinas agrícolas, os demais usurários dessa rodovia deviam ser mais cautelosos na condução de seus veículos, especialmente os motoristas profissionais de transporte de passageiros, a exemplo do réu Ival José Godoy.

Outro dado relevante a ser observado é fato do trator, diversamente do alegado pelos réus, estar com as luzes acessas no momento do acidente de trânsito, informação extraída das testemunhas Márcio Romero Ávila (f. 254), passageiro do ônibus, e José Farias da Conceição (f. 255). Além disso, conforme atesta o policial militar rodoviário responsável pela elaboração do boletim de ocorrência (f. 36), o asfalto estava seco, a sinalização era oba e a visibilidade regular.

Tendo em vista essas provas, produzidas sob o crivo do contraditório, atribui-se culpa exclusiva ao motorista do ônibus pelo acidente de trânsito, por ter ignorado sinalização da rodovia e não ter conduzido seu veículo com cautela. Estava, certamente, desatento ou em excesso de velocidade, motivo pelo qual não conseguiu frear o ônibus quando avistou o trator na rodovia.

Além disso, nos artigo 29, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro, compete ao condutor do veículo de trás guardar distância frontal segura e a violação dessa regra gera sua presunção de culpa por acidente trânsito. Não há prova no processo capaz de afastar essa presunção, por isso o magistrado agiu com acerto ao considerar o réu Ival José Godoy culpado. Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ACIDENTE DE TRÂNSITO - COLISÃO TRASEIRA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. 1. Acidente de trânsito. Abalroamento traseiro na condução de veículos automotores. Aquele que sofreu a batida na traseira de seu veículo tem em seu favor a presunção de culpa do outro condutor, ante a aparente inobservância do dever de cautela pelo motorista, nos termos do inciso II do art. 29 do Código de Trânsito Brasileiro. Precedentes. Tribunal de origem que consignou a falta de atenção do motorista da insurgente. Impossibilidade de revolvimento da matéria fática probatória dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. A alegada afronta ao art. 20, § 4º, do CPC, veiculada nas razões do recurso especial, não pode ser apreciada nesta instância extraordinária no presente caso, tendo em vista que incide, na espécie, o Enunciado n. 282, da Súmula do STF, ante a ausência de prequestionamento, porquanto não teve o competente juízo de valor aferido, nem interpretada ou a sua aplicabilidade afastada ao caso concreto pelo Tribunal de origem. 3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 572.430/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 23/04/2015).

Constatado o motorista culpado pelo acidente de trânsito, passo a análise dos recursos.

Do recurso de apelação da seguradora denunciada e do recurso adesivo da empresa ré.

A seguradora denunciada pretende reduzir o valor da condenação por danos materiais, destinados ao conserto do trator, de R$ 23.534,38 (vinte e três mil quinhentos e trinta e quatro reais e trinta e oito centavos) para R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Para fundamentar sua pretensão, faz menção ao documento da empresa Mosena juntado nos autos de processo (f. 121), o qual atribui valor aproximado de R$ 20.000,00 para trator da mesma marca, modelo e ano do trator de propriedade dos autores.

Esse documento, no entanto, é insuficiente para amparar o pedido recursal da seguradora denunciada. A empresa Mosena fez avaliação indireta, vale dizer, não teve contado visual com o trator envolvido no acidente de trânsito.

Além disso, a própria empresa Mosena fez questão de deixar registrado a existência de variações no

mercado e que a sua avaliação se referia apenas ao valor aproximado de comércio do trator.

Lado outro, os autores anexaram orçamento detalhado da quantia necessária para efetivar o conserto (f. 46/48) e as fotos juntadas demonstram o estrago considerável no trator (f. 54/57), quase totalmente destruído.

Por isso, não se vislumbra irregularidade na condenação ao pagamento de danos materiais, por estar de acordo com as provas produzidas nos autos de processo e ser o motorista do ônibus o único responsável pelo acidente de trânsito.

No tocante à pensão mensal, a empresa ré e a seguradora denunciada sustentam a exclusão dessa condenação quando o filho dos autores, falecido em decorrência das lesões sofridas no acidente de trânsito, completaria 25 anos de idade. Pretendem, subsidiariamente, reduzir essa condenação ao valor correspondente a 2/3 do salário mínimo até o ano em que o falecido completaria 25 anos de idade e 1/3 do salário mínimo até completar 45 anos de idade.

Os autores, por sua vez, pretendem prorrogar a pensão mensal até o ano em que o falecido completaria 65 anos de idade.

Em se tratando de vítima fatal menor de idade pertencente à família de baixa renda, a jurisprudência tem firme posicionamento no sentido de presumir que ele contribuiria na manutenção das despesas do lar com parte de seus proventos. E nessas hipóteses, a pensão mensal é calculada a partir do momento em que a vítima fatal completaria 14 anos de idade, conforme fixado na sentença.

Por se tratar de criança com apenas 6 anos de idade, o valor da pensão mensal é calculado no percentual de 2/3 do salário mínimo até o ano que o falecido completaria 25 anos de idade e a partir dessa data 1/3 do salário mínimo até o ano que completaria 65 anos de idade ou até o óbito dos seus beneficiários, o que ocorrer primeiro.

A redução do percentual é perfeitamente justificável, por ser a idade média em que os indivíduos dessa realidade social constituem sua família, motivo pelo qual passam ajudar seus pais com quantias menores.

Nesse sentido é o posicionamento jurisprudencial pacífico, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica das seguintes ementas:

> *AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHA MENOR. PENSÃO DEVIDA AOS PAIS. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. 1. Tratando-se de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para passar a exercer trabalho remunerado, dano este passível de indenização. 2. Pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, inclusive gratificação natalina, contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro. 3. Agravo regimental provido. Recurso especial conhecido e provido.* (STJ - AgRg no Ag: 1217064 RJ 2009/0124068-2, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 23/04/2013, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 08/05/2013).

> *Direito Processual Civil e Civil. Agravo no recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência. Pensão mensal. - O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. - A pensão mensal devida aos pais, pela morte de filho menor, deve*

> *ser fixada em valores equivalentes a 2/3 do salário mínimo, dos 14 até 25 anos de idade da vítima, reduzido, então, para 1/3 até a data em que o de cujus completaria 65 anos. Precedentes. Agravo no recurso especial não provido.* (STJ - AgRg no REsp: 686398 MG 2004/0124849-0, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 08/06/2010, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 18/06/2010).

Diante dessas considerações, o valor da pensão mensal fica limitada aos percentuais acima referidos e o termo final até o ano que a vítima completaria 65 anos de idade.

Apesar do motorista do ônibus ser o único responsável pelo acidente de trânsito, o mesmo não pode ser dito no tocante ao falecimento do filho dos autores, consequência do ato ilícito praticado, porque estava sendo conduzido de forma inapropriada no trator, por só existir lugar do condutor.

Ao permitirem transporte inadequado do filho menor, seus pais, os autores da demanda, se omitiram no dever legal de guarda e vigilância, por isso são considerados culpados de forma concorrente pelo falecimento, mas não pela ocorrência do acidente de trânsito.

Partindo dessa premissa fática, justo e razoável fixar pensão mensal no valor correspondente a metade do percentual de 2/3 do salário mínimo até quando o filho dos autores completaria 25 anos de idade e metade do percentual de 1/3 até quando completaria 65 anos de idade.

Imprescindível, do mesmo modo, dar provimento aos recursos da empresa ré e da seguradora denunciada quanto à pretensão de deduzir o valor do seguro DPVAT da indenização fixada em juízo proveniente do falecimento do filho dos autores.

Por se tratar de matéria decida com bastante frequência, o Superior Tribunal de Justiça, há tempos, editou a súmula 246, a qual determina expressamente a dedução do valor do seguro obrigatório das indenizações judicialmente fixadas, por isso é prescindível maiores delongas sobre o assunto.

Por fim, não há razão para reforma da sentença relativamente à determinação do magistrado de constituição de capital, por estar de acordo com o artigo 533 do Código de Processo Civil[1] e Súmula 313 do Superior Tribunal de Justiça[2].

Do recurso de apelação dos autores.

Quanto à pretensão de estender o término de incidência da pensão mensal, essa matéria já foi decidida anteriormente no recurso de apelação da seguradora denunciada e no recurso adesivo da empresa ré, motivo pelo qual prescinde de outra análise.

Como já visto acima, o réu motorista do ônibus é culpado exclusivo pela ocorrência do acidente de trânsito, por isso ele e a empresa proprietária do veículo respondem por danos causados a outrem, ainda que exclusivamente moral, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

O dano moral decorrente da morte de parente certamente é o mais grave, especialmente quando se trata de filho menor de idade. Só quem já passou por essa situação consegue mensurar o tamanho do sofrimento.

Todavia, apesar do motorista do ônibus ser o único responsável pelo acidente de trânsito, o mesmo

1 Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

2 Súmula 313 (STJ): Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia do pagamento de pensão, independentemente da situação financeira do demandado.

não pode ser dito relativamente ao falecimento do filho dos autores, porque estava sendo conduzido de forma inapropriada no trator.

Os pais do falecido no acidente de trânsito se omitiram no dever legal de guarda e vigilância quando permitiram transporte inadequado do filho menor, razão pela qual são considerados culpados de forma concorrente pelo evento morte, mas não pelo acidente de trânsito.

Esse fato relevante, evidentemente, deve ser considerado no arbitramento do valor da compensação.

Levando-se em consideração essas peculiaridades, notadamente a culpa concorrente pelo falecimento e o potencial econômico e financeiro da empresa ré, revela-se justo e coerente a quantia de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), suficiente para recompensar os graves danos causados aos autores, sem caracterizar prêmio indevido.

Essa quantia deverá ser corrigida monetariamente pelo IGPM/FGV a partir da publicação deste acórdão (Súmula n.º 362 do STJ[3]) e os juros de mora de 1 % ao mês desde o falecimento, nos termos do artigo 398 do Código Civil[4] e Súmula n.º 54 do STJ[5].

Dos honorários.

O magistrado fixou sucumbência recíproca em 60% para os réus pagarem e 40 para os autores, mas não especificou qual era o valor dos honorários de sucumbência devidos aos advogados (f. 333).

Os honorários e as custas processuais decorrem de lei e são consequências do julgamento dos pedidos formulados, por isso é possível suprir eventual omissão da sentença no julgamento do recurso de apelação.

Diante desses fatos e tendo em vista o julgamento dos pedidos formulados, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, condeno os réus ao pagamento de 15% sobre o valor da condenação a título de honorários e condeno os autores ao pagamento de 12% sobre o valor atualizado da causa, já considerada a majoração prevista no § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação da seguradora denunciada e ao recurso adesivo da empresa ré para o fim de determinar a dedução do seguro DPVAT do valor das indenizações devidas por morte do filho dos autores, bem como para reduzir a pensão mensal, a qual será de metade do valor correspondente a 2/3 do salário mínimo até o quando a vítima fatal do acidente de trânsito completaria 25 anos de idade e partir dessa data metade do valor de 1/3 do salário mínimo. Do mesmo modo, dou parcial provimento ao recurso de apelação dos autores para o fim de condenar os réus ao pagamento de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a título de compensação por danos morais, corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV a partir da publicação deste acórdão e com juros de mora de 1% ao mês desde o falecimento, bem como para estender o período de incidência da pensão mensal até o ano que a vítima fatal completaria 65 anos de idade ou até a data de falecimento dos autores, o que ocorrer primeiro.

Tendo em vista o julgamento do recurso da apelação e omissão da sentença, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, condeno os réus ao pagamento de 15% sobre o valor da condenação a título de honorários e condeno os autores ao pagamento de 12% sobre o valor atualizado da causa,

3 Súmula 362 (STJ): A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

4 Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se em mora, desde que o praticou.

5 Súmula 54 (STJ): Os juros de mora fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

já considerada a majoração prevista no § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil. As obrigações decorrentes da sucumbência dos autores ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, por serem beneficiários da justiça gratuita.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Marcos Brito), após o relator não conhecer do recurso de Edinalva Marques da Silva e outro e dar provimento aos recursos da Companhia Mutual de Seguros e da Viação Cruzeiro do Sul LTDA, enquanto o 2º vogal (Des. Bertelli) dava provimento parcial a todos os recursos.

VOTO (EM 09/08/2017)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º Vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Edinalva Marques da Silva, Edimarcio da Rosa Martins, Companhia Mutual de Seguros e Viação Cruzeiro do Sul Ltda, nos autos de indenização por danos morais, de n.º 0011568-54.2010.8.12.0001 em que contendem entre si.

A sentença julgou parcialmente procedente a inicial, para condenar os requeridos, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 23.534,38, ao pagamento de indenização por danos materiais consistente em pensão mensal no valor de um salário mínimo vigente ao tempo de cada prestação a ser paga, para obrigar os requeridos a constituir capital em favor dos autores e que julgou procedente o pedido trazido na denunciação da lide, para condenar a denunciada a pagar, nos limites financeiros estipulados na apólice, os valores da condenação da lide principal.

O voto do i. relator conheceu e deu provimento ao recurso da Companhia Mutual de Seguros e Viação Cruzeiro do Sul para julgar improcedente os pedidos trazidos na inicial pela inexistência de culpa do art. 186 do CPC, deixando de conhecer do recurso dos autores, Edinalva Marques da Silva, Edimarcio da Rosa Martins por perda de objeto.

O 2º vogal, por seu turno, divergindo do Des. Alexandre Aguiar Bastos, compreendeu por dar parcial provimento ao recurso de apelação da seguradora denunciada e ao recurso adesivo da empresa ré para o fim de determinar a dedução do seguro DPVAT do valor das indenizações devidas por morte do filho dos autores, bem como para reduzir a pensão mensal, a qual será de metade do valor correspondente a 2/3 do salário mínimo até o quando a vítima fatal do acidente de trânsito completaria 25 anos de idade e partir dessa data metade do valor de 1/3 do salário mínimo. Por outro lado, deu provimento ao recurso de apelação dos autores para o fim de condenar os réus ao pagamento de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a título de compensação por danos morais e estender o período de incidência da pensão mensal até o ano que a vítima fatal completaria 65 anos de idade ou até a data de falecimento dos autores, o que ocorrer primeiro.

Em suma os fatos em questão decorrem da morte ocorrida em acidente na rodovia, em que o ônibus da requerida/denunciante colidiu com a traseira do trator em que estava o filho dos autores. Ambos os recursos têm como ponto o enfrentamento da culpa pelo acidente, tentando o autor quer afastar a culpa concorrente e os requeridos buscam o reconhecimento da culpa exclusiva da vítima.

As testemunhas temos narram os seguintes fatos:

> *Márcio Romero de Ávila: (...) que era passageiro do ônibus (...) que estava no corredor do lado direito do ônibus (...) que o trator tinha luzes acessas; que o trator tinha um farol voltado para trás; que os faróis da frente do trator estavam acessos; que os de trás estavam apagados, mas por ter sido quebrado (...) que no trator tinha luzes reflexivas na parte lateral e traseira (...) que antes de descer do ônibus a luz traseira estava acessa,*

quando foi ver estava apagada; que o vidro do farol traseiro estava quebrado; que chegou a vero farol acesso antes de descer do ônibus (...) que o depoente estava na fileira da janela e a cortina estava aberta (p. 254).

José Farias da Conceição: que não presenciou o acidente (...) que quando saiu o trator estava com os quatro faróis da frente acessos, na traseira do lado esquerdo um farol acesso e do lado direito um sinaleiro (como se fosse luz de freio) aceso; que ajudou a acender as luzes do trator porque a moça não sabia ascender; que não se recorda como estavam acomodados (...) (p. 255)

Paulo Sérgio de Lima: (...) No trecho que ocorreu o acidente não é permitido o tráfego de tratores; desconhece se tem sinalização naquele trecho proibindo aludido trafego; que sabe que não é permitido o trafego de trator porque é policial rodoviário estadual e pode afirma que em todas as rodovias estatuais de MS não é permitido trafego de maquinários agrícolas (...) (p. 277-278)

Segundo croqui da p. 42 e fotografias da p. 53-57 observa-se que o local do acidente é uma curva.

O testemunho de Márcio impede de ser acolhido integralmente, pois é contraditório quanto ao seu local no ônibus, ou seja, em que poltrona ocupada quando do acidente, e em relação aos faróis também pairam dúvidas quanto a sua constatação de estivessem aceso, ou não. A segunda testemunha, Sr. José Farias, por seu turno, confirma a existência de uns faróis no trator, voltado para trás e no lado esquerdo, o que se verifica através da fotografia da p. 55, bem como de ter auxiliado condutora do trator a ligá-lo.

Porém, em se tratando de uma curva este farol ativado voltado para trás, do lado esquerdo da pista e no período da noite causa a impressão de que não se tratava de trator em baixa velocidade e seguindo no mesmo sentido do ônibus, mas sim de outro veículo trafegando na faixa contrária da pista de rodagem, o que não resultaria no acidente tratado.

Ademais, segundo confirmação do Policial Militar ouvido em audiência, o local não permite o trânsito de tratores, afastando ainda mais a percepção do motorista do ônibus de se tratar de veículo rural de baixa velocidade. Inclusive, não há comprovação de cumprimento do art. 115, do Código de Transito Brasileiro, referente ao registro do trator para transitar em via pública, o que culminaria na sinalização concernente[6].

Contribuem, ainda, para o provimento do apelo dos réus, no meu sentir, a ausência do acostamento na pista do local do acidente; a proximidade com a curva; o período da noite (18 horas 30 minutos); a utilização de maquinário agrícola para carregar um número pessoas inadequadamente; dirigido por adolescente sem habilidade suficiente; e envolvendo ônibus que não responde à frenagem imediata e efetiva de veículo de pequeno e médio porte. Estes pontos foram detalhadamente indicados pelo i. relator.

Diante do exposto, acompanho o i. relator, para dar provimento ao recurso da Companhia Mutual de Seguros e Viação Cruzeiro do Sul, julgando improcedente os pedidos trazidos na inicial e não conhecendo do recurso dos autores, Edinalva Marques da Silva e Edimarcio da Rosa Martins por perda de objeto.

Por maioria, não conheceram do recurso de Edinalva Marques da Silva e outro e deram provimento

6 Art. 115. O veículo será identificado externamente por meio de placas dianteira e traseira, sendo esta lacrada em sua estrutura, obedecidas as especificações e modelos estabelecidos pelo CONTRAN. (...)
§ 4º-A. Os tratores e demais aparelhos automotores destinados a puxar ou a arrastar maquinaria agrícola ou a executar trabalhos agrícolas, desde que facultados a transitar em via pública, são sujeitos ao registro único, sem ônus, em cadastro específico do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, acessível aos componentes do Sistema Nacional de Trânsito.

aos recursos da Companhia Mutual de seguros e da Viação Cruzeiro do Sul Ltda, nos termos do voto do relator. Vencido o 2º vogal (Des. Vilson Bertelli), que dava parcial provimento a todos os recursos. Assim, fica adiada a conclusão de julgamento, em face da necessidade de convocação de novo membro para voto de desempate.

VOTO (EM 30/08/2017)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (4º Vogal)

Antecipo meu voto, antes do voto do eminente 3º vogal, Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tenho que no caso houve culpa exclusiva da vítima.

O trator era conduzido por uma adolescente, numa pista de rolamento praticamente sem acostamento e próximo a uma curva. Qualquer condutor de trator, naquelas circunstâncias, principalmente naquele horário, teria tomado redobradas precauções antes de iniciar a marcha, o que evidencia culpa da vítima.

Desta forma, hei por bem acompanhar o voto proferido pelo relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 3º vogal (Des. Paulo Alberto), após o relator, o 1º vogal e o 4º vogal darem provimento aos recursos de Companhia Mutual de Seguros e da Viação Cruzeiro do Sul Ltda e o 2º vogal dar parcial provimento a todos os recursos.

VOTO (EM 04/10/2017)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (3º Vogal)

Trata-se de dois recursos de apelação interpostos pelos autores Edinalva Marques da Silva e outro e pela seguradora denunciada, Companhia Mutual de Seguros, bem como de recurso adesivo da ré Viação Cruzeiro do Sul Ltda., contra sentença proferida pelo Juiz da 11ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande-MS, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelos autores na ação indenizatória por danos materiais e morais, para:

> *1. Condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 23.534,38, corrigido desde o ajuizamento da ação pelo IGP-M/FGV e com juros de 1% a contar da citação;*
>
> *2. condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais consistentes em pensão mensal no valor de um salário mínimo vigente ao tempo de cada prestação a ser paga, abrangendo a parcela referente ao décimo-terceiro, com início em 04/02/2017 (data em que o menor falecido viria a completar 14 anos) até 04/02/2048 (data em que o menor falecido viria a completar 45 anos de idade).*
>
> *A obrigação de prestar alimentos cessa após 04/02/2048 ou, antes, se falecidos ambos os autores, pois que, na falta de um, assiste ao outro o direito de acrescer na totalidade a verba alimentar;*
>
> *3. condenar os réus a constituírem capital em favor dos autores, em valor que garanta o cumprimento da obrigação de prestar alimentos, na forma acima especificada, nos termos do art. 475-Q e seguintes do CPC*

> *4. Ante a sucumbência recíproca, na proporção de 60% para o réu e 40% para o autor, condenar ambas as partes ao pagamento das custas e honorários, naquela proporção, ficando suspensa a exigibilidade em face do réu Ival por ser beneficiário da Justiça Gratuita (f. 99-105).*

E julgou procedente o pedido formulado pelo réu denunciante em face da Companhia Mutual de Seguros para:

> *5. condenar a pagar, nos limites estipulados na apólice, a quantia relativa à indenização por danos materiais de R$ 23.534,38 e também do valor referente à pensão alimentícia estipulada em favor dos autores da lide.* (f. 316-334).

Voto do relator o des. Alexandre Bastos conheceu e deu provimento aos recursos da Companhia Mutual de Seguros e da Viação Cruzeiro do Sul, para julgar improcedente os pedidos deduzidos na inicial pela inexistência de culpa, e não conheceu o recurso dos autores por perda do objeto.

Condenou os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios para os advogados dos requeridos, fixados no valor de R$ 2.000,00, ficando suspensa a exigibilidade por serem beneficiários da Justiça Gratuita.

Voto do 2º vogal o Des. Vilson Bertelli deu parcial provimento ao recurso de apelação da seguradora denunciada e ao recurso adesivo da empresa ré para: determinar a dedução do seguro DPVAT do valor das indenizações devidas por morte do filho dos autores; reduzir o valor da pensão mensal para a metade do valor correspondente a 2/3 do salário mínimo até quando a vítima do acidente completasse 25 anos de idade e, a partir dessa data, metade do valor de 1/3 do salário mínimo.

E deu provimento ao recurso de apelação dos autores para: condenar os requeridos ao pagamento de R$ 150.000,00 a título de danos morais; estender o período de incidência da pensão mensal até o ano que a vítima fatal completaria 65 anos de idade ou até a data de falecimento dos autores, o que ocorrer primeiro.

Tendo em vista o julgamento do recurso de apelação e a omissão da sentença, condenou os réus ao pagamento de 15% sobre o valor da condenação a título de honorários, e condenou os autores ao pagamento de 12% sobre o valor atualizado da causa, já considerada a majoração prevista no § 11, do art. 85, do CPC/15. Em relação aos autores, salientou que a obrigação fica suspensa por serem beneficiários da justiça gratuita.

Voto do 1º vogal o Des. Marcos José de Brito Rodrigues, acompanhando o voto do relator, deu provimento aos recursos da Companha Mutual de Seguros e da Viação Cruzeiro do Sul Ltda, julgando improcedente os pedidos da inicial e não conhecendo do recurso dos autores por perda do objeto.

Voto do 4º vogal o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva acompanhou o relator, isto é, conheceu e deu provimento aos recursos da Companhia Mutual de Seguros e da Viação Cruzeiro do Sul, julgando improcedente os pedidos deduzidos na inicial, e não conheceu o recurso dos autores.

Este é, em síntese, o relatório.

Primeiramente, suscito questão de ordem, para que se aprecie, preliminarmente[7], o pedido de nulidade da sentença, formulado no recurso de apelação da Companhia Mutual de Seguros alegando que a sentença é ultra-petita pois não há pedido inicial de pagamento de décimo-terceiro salário no valor da pensão requerida (f. 368) e, ainda, o pedido apresentado pela ré Viação Cruzeiro do Sul LTDA, em seu recurso adesivo, denotando que a sentença é extra-petita na parte que defere o décimo-terceiro salário para

7 Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

integrar o valor da pensão (f. 404-405).

Ambos pedem que a sentença seja ajustada aos limites do pedido.

Consigno que os autores manifestaram-se acerca dos pedidos formulados pelos apelantes em suas contrarrazões (f. 421 e f. 455-456).

Sendo acolhida a questão de ordem, passo a expor o meu entendimento que lhe serve de espeque.

Entendo que há de ser incluída no valor da pensão a parcela relativa ao décimo-terceiro salário por se tratar de direito inerente a toda relação empregatícia, conforme dispõe o art. 7º, inc. VIII, da Constituição Federal, não havendo, por isso, sentença *extra* ou *ultra-petita*, uma vez que não há necessidade de que a parte peça expressamente o pagamento da pensão e mais o décimo-terceiro, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgInt no REsp 1358968/MG, Rel. Min Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, em 17/11/2016.

Assim, rejeito as preliminares suscitadas.

O Sr. Alexandre Bastos (relator).

Mantenho o meu voto pelo não conhecimento do recurso.

O Sr. Marcos José de Brito Rodrigues (1º Vogal)

Acompanho o Des. Paulo Alberto de Oliveira no que se refere tão somente ao 13º salário, no mais acompanho o relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (4º Vogal)

Acompanho o Des. Paulo Alberto de Oliveira.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (3º Vogal)

No tocante ao mérito dos recursos apresentados, inicialmente, observo que a principal questão discutida, que levou à divergência de posições quanto à procedência ou não dos pedidos iniciais, é sobre quem recai a culpa pelo acidente ocorrido no dia 17/05/2009, por volta das 18h30, na Rodovia 384, Km 047, no sentido Antônio João - Bela Vista, no qual um ônibus da Viação Cruzeiro do Sul colidiu na traseira de um trator que trafegava às margens da referida rodovia.

De forma rápida tentarei fazer um resumo dos entendimentos opostos.

Entendeu o relator Desembargador Alexandre Bastos, acompanhado pelo 1º e 4º vogais, que a culpa é exclusiva da vítima, pois *"praticamente não havia acostamento na pista do local do acidente"* e o trator dos autores, conduzido por adolescente não habilitada, foi atingido pelo ônibus da empresa-requerida quando, segundo o relator, *"de forma evidente e clara (...) transitava pela rodovia próximo a uma curva e no anoitecer (18:30min) e com utilização de transporte de várias outras pessoas (três pessoas além da condutora)"*.

Assim, concluiu que *"qualquer pessoa que estivesse na mesma situação não teria evitado o acidente", s*endo de notório conhecimento que um ônibus não responde à frenagem imediata e efetiva de um veículo de pequeno e médio porte, aplicando-se ao caso o princípio da confiança, ou seja, *"qualquer condutor confiaria no fato de que a pista não estivesse bloqueada com veículo de lenta locomoção próximo a uma curva no anoitecer"*.

Acrescentou, sem seu voto, o des. Marcos José de Brito Rodrigues, que acompanhou o relator pela improcedência dos pedidos, que *"a segunda testemunha (...) confirma a existência de um farol no trator, voltado para trás e no lado esquerdo"* e que esta testemunha teria auxiliado a condutora a ligá-lo, porém constata que *"em se tratando de uma curva este farol ativado voltado para trás, do lado esquerdo da pista e no período da noite causa a impressão de que não se tratava de trator em baixa velocidade e seguindo no mesmo sentido do ônibus, mas sim de outro veículo trafegando na faixa contrária da pista de rodagem, o que não resultaria no acidente tratado"*.

Divergindo do voto do relator, o Desembargador Vilson Bertelli salienta que, no local do acidente não era proibida a circulação de tratores; pelo contrário, há, nos autos, foto de placa que adverte os motoristas do cruzamento ou trânsito eventual de toda espécie de tratores e máquinas agrícolas (placa A-31[8]), localizada próxima ao local do acidente, segundo depoimento da testemunha Adair de Ximenes de Araújo.

Além disso, ressalta que o fato de o trator estar sendo conduzido, no momento do acidente, por uma adolescente de dezessete (17) anos, sem habilitação para conduzir o veículo, não atrai, por si só, a responsabilidade pelo acidente ocorrido. Dessa forma, salienta que, para se chegar ao responsável pelo acidente, é necessário se analisar as demais circunstâncias do local e do momento do acidente.

Constata o vogal, em seu voto, que *"havia apenas uma faixa em cada sentido de circulação e o acostamento é bastante estreito (f. 49/58), insuficiente para comportar o trator"*, sendo assim *"inevitavelmente tinha que ocupar parte considerável da faixa de circulação, independentemente da perícia ou experiência do motorista (...) E por existir sinalização indicativa do trânsito de trator e máquinas agrícolas, os demais usuários dessa rodovia deviam ser mais cautelosos na condução de seu veículo, especialmente os motoristas profissionais de transporte de passageiros, a exemplo do réu Ival José Godoy"*.

Ademais, ressalta que, conforme as testemunhas (passageiro do ônibus e pessoa que ajudou a adolescente a ligar os faróis), as luzes estavam acesas no momento do acidente de trânsito, bem como o asfalto estava seco; a sinalização era boa e a visibilidade regular.

Por isso, concluiu que a culpa é exclusiva do motorista de ônibus pelo acidente de trânsito *"por ter ignorado sinalização da rodovia e não ter conduzido seu veículo com cautela"*, sendo que, ao violar a regra prevista no art. 29, inc. II, da Lei n.º 9.503, de 23/09/97 - Código de Trânsito Brasileiro, que prevê que compete ao condutor do veículo de trás guardar distância frontal segura, atraiu a presunção de culpa pelo acidente, que, segundo o relator, não restou afastada pelas provas produzidas durante o processo.

Peço vênia ao ilustre relator e aos demais desembargadores para acompanhar o voto divergente.

Explico as razões.

Entendo que o fato de o trator, conduzido por pessoa não habilitada, estar trafegando no entardecer, na rodovia, carregando passageiros além do permitido, não atrai, por conta disso, a responsabilidade pelo acidente, visto que, como destacou o desembargador Vilson Bertelli, o trecho estava devidamente sinalizado, com placa específica para advertir os condutores da eventual e possível circulação desse tipo de veículo na rodovia; bem como os faróis estavam ligados.

Isso porque há nos autos o depoimento de duas testemunhas que afirmaram que os faróis estavam ligados no momento do acidente, pois disseram em juízo que: *"o trator tinha luzes acesas"* e depois *"os de trás estavam apagados, mas por ter sido quebrados"* (f. 254).

8 Adverte ao condutor do veículo da existência, adiante, de local de cruzamento ou trânsito eventual de toda espécie de tratores e máquinas agrícolas

E, além disso, constata-se, no Croqui de f. 42, pela área de colisão desenhada, que o trator estava seguindo à frente do ônibus, porém antes da curva – logo após a placa indicativa de curva à direita – e à direita do ônibus quando foi atingido, não tendo possibilidade, nessas condições, do motorista ter confundido o farol do lado esquerdo do trator como sendo o de outro carro vindo na direção contrária e na outra pista, como cogitou o desembargador Marcos José de Brito Rodrigues em seu voto.

É preciso salientar que não há nenhum elemento nos autos que aponte que a condutora dirigia de forma perigosa; pelo contrário, o Croqui e os depoimentos prestados demonstram que ela estava conduzindo o trator na margem da rodovia, ocupando parte da via em razão da falta de acostamento no local.

Por isso, na esteira do voto do desembargador Vilson Bertelli, entendo que a culpa pelo acidente foi do motorista do ônibus, pois, mesmo sendo habilitado com carteira de motorista da Categoria D (f. 153), não observou a regra básica de guardar distância segura do veículo que trafegava à sua frente; bem como a sinalização que adverte para a possibilidade de circulação e travessia de tratores e máquinas agrícolas na região do acidente; vindo com isto a colidir com a parte traseira do trator que trafegava à direta da rodovia.

Portanto, atribuo a culpa do acidente à negligência do motorista do ônibus Ival José Godoy, que inobservou as regras e os cuidados mínimos para conduzir o veículo de transporte de passageiros naquele local e nas circunstâncias apresentadas.

Passo agora à análise dos demais pedidos.

No tocante aos pedidos para reduzir o valor da condenação pelos danos materiais, acompanho o 2º vogal, Des. Vilson Bertelli, para manter o valor da condenação em R$ 23.534,38, porquanto também entendo que a avaliação indireta apresentada pela seguradora não tem o condão de superar o orçamento detalhado juntado aos autos pelos autores que comprova quanto será, realmente, necessário para realizar o conserto do trator avariado no acidente, conforme se verifica às f. 46-48 e f. 54-57.

Quanto à pensão mensal, acompanho integralmente o 2º vogal, no sentido de que a pensão seja calculada a partir do momento em que a vítima completasse quatorze (14) anos de idade (que possivelmente iria ajudar os pais no sustento da casa), sendo o valor calculado no percentual de 2/3 do salário mínimo até o ano que o falecido completaria vinte e cinco (25) anos de idade, e a partir dessa data 1/3 do salário mínimo até quando completaria sessenta e cinco (65) anos de idade.

No mesmo sentido, acompanho o voto no que pertine à culpa concorrente dos pais pelo falecimento do filho no acidente, uma vez que permitiram o transporte inadequado de uma criança de seis (6) anos de idade, devendo, por isso, ser reduzida pela metade o valor da pensão acima fixado durante todo o período.

Do mesmo modo, acolho o apelo dos recursos da empresa e da seguradora, para que seja deduzido o valor do seguro DPVAT da indenização fixada em Juízo proveniente do falecimento do filho dos autores, conforme Súmula 246/STJ[9].

E também mantenho a determinação do juiz *a quo* para a constituição de capital, de acordo com o art. 533, do CPC/15 e da Súmula 313 do STJ.

Em relação ao pedido dos autores para o pagamento de indenização por danos morais, acompanho o 2º vogal, tendo em vista que a conduta culposa do motorista acarretou o acidente de trânsito que causou a morte do filho dos autores, o que é uma perda irreparável e incomensurável; principalmente quando se trata de um filho de apenas seis (6) anos de idade e que muito provavelmente teria uma vida inteira pela frente.

9 O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.

Porém, considerando a culpa concorrente dos pais, pelo resultado trágico ocorrido, por terem sido omissos no cuidado com o menor, e as condições financeiras da empresa-ré, acompanho o relator também na fixação da indenização no valor de R$ 150.000,00, que entendo justa e suficiente para compensar pelo dano causado, sem importar em enriquecimento indevido dos autores.

Acrescento, todavia, que o voto do 2º Vogal não tratou da matéria relativa à correção monetária e aos juros de mora, no que complemento-o para que seja a indenização corrigida pelo IGPM, a partir do arbitramento (Súmula n.º 362/STJ), e com acréscimo de juros de mora de 1% ao mês, a contar da data do falecimento do filho dos autores (Súmula n.º 54/STJ).

Por último, em relação aos honorários advocatícios, acompanho o voto do 2º vogal, que, na omissão do juiz *a quo,* fixou o percentual, condenando os réus ao pagamento de 15% sobre o valor da condenação, e os autores ao pagamento de 12 % sobre o valor atualizado da causa, já considerada a majoração prevista no § 11, do art. 85, do CPC/15.

Diante do exposto, acompanho integralmente o voto do 2º vogal, Des. Vilson Bertelli, e conheço dos recursos do autor, da empresa-ré e da seguradora; e rejeito a preliminar suscitada pela empresa-ré e pela seguradora, e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso de apelação da seguradora denunciada e ao recurso adesivo da empresa-ré para: determinar a dedução do seguro DPVAT do valor das indenizações devidas pela morte do filho dos autores, e reduzir a pensão mensal para metade do valor correspondente a 2/3 do salário mínimo até quando a vítima completasse vinte e cinco (25) anos e a metade de 1/3 do salário mínimo a partir dessa data. E dou provimento ao recurso de apelação dos autores para: estender o período de incidência da pensão mensal até o ano em que a vítima falecida completasse sessenta e cinco (65) anos de idade, ou até a data de falecimento dos autores; o que ocorrer primeiro; e condenar os réus ao pagamento de indenização pelos danos morais no valor de R$ 150.000,00, corrigido pelo IGPM, a partir do arbitramento (Súmula nº 362/STJ), e com juros de mora de 1 % a contar da data do falecimento (Súmula nº 54/STJ).

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (4º Vogal).

Após ouvir o voto do 3º vogal, Des. Paulo Alberto de Oliveira, refleti sobre a matéria e re-ratifico o voto que havia proferido em sessão passada.

Com efeito, Edinalva Marques da Silva e Edimarcio da Rosa Martins ajuizaram ação de conhecimento de natureza condenatória contra Viação Cruzeiro do Sul Ltda. e Ival José Godoy, tendo o juízo singular condenado os réus, solidariamente, ao pagamento de R$ 23.534,38 (vinte e três mil, quinhentos e trinta e quatro reais e trinta e oito centavos) a título de reparação moral, além do valor correspondente a um salário mínimo, inclusive 13º salário, até fevereiro do ano de 2.048. Condenou a seguradora denunciada ao pagamento em regresso das condenações dos réus nos limites da apólice.

Houve recurso das partes.

O relator, Des. Alexandre Bastos, deu provimento ao apelo da seguradora denunciada e ao recurso adesivo da empresa ré, para julgar improcedente a pretensão dos autores, no que foi acompanhado pelo voto do 1º vogal, des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Em contrapartida, o 2º vogal, Des. Vilson Bertelli, deu parcial provimento aos recursos da seguradora denunciada, ao adesivo da empresa ré, conferindo provimento ao apelo dos autores, no que foi integralmente acompanhado pelo voto do 3º vogal, Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Como antecipado, re-ratifico o voto que havia proferido.

O principal tema em discussão é se teria ocorrido ou não culpa exclusiva da vítima, por ocasião do acidente automobilístico descrito na inicial.

O sinistro ocorreu por volta das 18h30m do dia 17.05.2009, ou seja, ao anoitecer, na rodovia MS 384, km 047, no sentido Antonio João - Bela Vista.

Maiane Lenara Rosa Martins, irmã dos autores, que contava 17 anos de idade quando da ocorrência dos fatos, na ocasião conduzia o trator Massey Ferguson, quando referido veículo foi atingido, em sua traseira, pelo ônibus da Viação Cruzeiro do Sul, conduzido pelo réu Ival José Godoy.

Registro que não se desconhece o fato do trator estar sendo conduzido por uma adolescente, na pista de rolamento praticamente sem acostamento e próximo a uma curva. Contudo, assim como o 2º e o 3º vogais, compreendo que o fato do trator estar sendo conduzido por menor de idade, que não contava com habilitação para fazê-lo, não implica, por si só, em culpa exclusiva da vítima pelo acidente de trânsito.

O seguinte julgado corrobora esta compreensão:

> *APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CAMINHÃO QUE COLIDE NA TRASEIRA DE TRATOR QUE TRAFEGAVA PELO BORDO DA PISTA DE ROLAMENTO DE RODOVIA FEDERAL. SINALIZAÇÃO PRECÁRIA DO VEÍCULO AGRÍCOLA. AUSÊNCIA DE CAUTELA, PORÉM, DO CONDUTOR DO CAMINHÃO. CONDUTA PREPONDERANTE. ACIDENTE OCORRIDO À LUZ DO DIA, EM PISTA DUPLA, RETILÍNEA E SEM ACOSTAMENTO. REGIÃO AGRÍCOLA. CULPA EXCLUSIVA EVIDENCIADA. REFORMA DA SENTENÇA. DANO MATERIAL. ORÇAMENTO IDÔNEO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS RECONVINDOS. APELO DOS RÉUS CONHECIDO E PROVIDO E RECURSO ADESIVO DA AUTORA PREJUDICADO. A sinalização precária de veículo agrícola constitui mera inobservância de regra administrativa e, por si só, não é capaz de ensejar culpa concorrente em acidente de trânsito, sobretudo quando houve causa preponderante para o acontecimento do sinistro, como por exemplo, a desatenção e a falta de cautela de condutor de caminhão que, em rodovia localizada em região agrícola, com pista dupla e retilínea, à luz do dia, colide na traseira daquele. (...)* (TJSC; AC 0011001-02.2012.8.24.0039; Lages; Segunda Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Sebastião César Evangelista; DJSC 31/08/2017; Pag. 115).

Não bastasse esta inegável realidade, no local em que o sinistro ocorreu havia sinalização indicativa de tráfego de tratores e máquinas agrícolas, o que implica dizer que aos motoristas que transitam naquela via incumbe maior cautela ao ali transitar, cuidado este que se espera em especial de motoristas como o condutor do ônibus envolvido no acidente, profissional do transporte de passageiros por via terrestre, experiência esta que lhe proporciona maior previsibilidade das situações com as quais está rotineiramente habituado a lidar.

O conjunto probatório colhido nos autos dá conta de que ainda que a vítima estivesse conduzindo o trator sem condições legais de fazê-lo, por ausência de porte da carteira de habilitação correlata, já que sequer contava com idade suficiente para obtê-la, as testemunhas presenciais dos fatos relataram que a vítima lançou mão dos itens de segurança mínimos, como dirigir a máquina com as luzes acesas, situação esta que facilita sobremaneira ao motorista do ônibus tomar ciência de sua presença naquela via e adotar as cautelas imprescindíveis para impedir a caracterização do sinistro, obrigação que lhe compete não apenas como decorrência de sua profissão, mas também das normas previstas no Código de Trânsito Brasileiro.

Veja-se: o trator conduzido pela vítima foi atingido em sua traseira, o que implica dizer que ao motorista do ônibus, caso estivesse em velocidade compatível com a via e valendo-se da cautela necessária

que a situação requer, obviamente poderia ter impedido o sinistro, posto que, repita-se, o trator encontrava-se com as luzes acesas e na frente do ônibus, não se tratando de veículo pequeno que eventualmente pudesse passar desapercebido pelo motorista.

De ver-se que, em conformidade com a dinâmica do acidente, é possível concluir que o motorista provavelmente não conseguiu evitar o acidente como decorrência de não ter guardado a distância de segurança imprescindível para o tráfego em rodovias, o que pode ter sido agravado por excesso de velocidade.

Desta forma, por compreender que a dinâmica do acidente se operou conforme a compreensão externada no voto do 2º vogal, hei por bem em acompanha-lo em seu voto, inclusive no que se refere ao *quantum* referente à pensão mensal, à indenização por danos morais e à dedução do valor do seguro DPVAT das indenizações devidas aos autores, por compreender que fazem justiça à hipótese *sub judice*. Também compreendo que os juros e correção monetária deverão se dar na forma do voto do 3º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, rejeitaram as preliminares, deram parcial provimento a todos os recursos, nos termos do voto do 2º (Des. Vilson Bertelli) vogal com acréscimos do 3º vogal (Des. Paulo Alberto), vencido o relator que não conhecia do recurso de Edinalva Marques da Silva e outro e dava provimento aos recursos de Companhia Mutual de Seguros e da Viação Cruzeiro do Sul Ltda. E o 1º vogal (Des. Marcos José de Brito Rodrigues) que acompanhava o 2º vogal (Des. Vilson Bertelli), somente no que se refere à preliminar do 13º salário e no mais, acompanhando o relator, nos termos do art. 942, do CPC.

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, Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 04 de outubro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1410183-45.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator designado Des. Vilson Bertelli

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* – AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE – VEDAÇÃO EM REGULAMENTO INTERNO – URGÊNCIA – DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA – RECURSO PROVIDO.

Em que pese que exista disposição específica no regulamento do plano de saúde da Cassems, excluindo a cobertura do procedimento de inseminação artificial, a Lei n.º 11.935/09 acrescentou o inciso III ao artigo 35-C da Lei n.º 9656/98, determinando a obrigatoriedade de cobertura de atendimento nos casos de planejamento familiar. Tal regra regulamenta o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal e, por interpretação sistemática, supera a antecedente disposição do artigo 10, III da Lei n.º 9.656/98. Por conseguinte, a exclusão da inseminação artificial do rol de procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde é meramente administrativa e não possui o condão de se sobrepor à disposição de natureza constitucional. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator que lhe negava provimento.

Campo Grande, 25 de outubro de 2017.

Des. Vilson Bertelli – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Samira Fincatti Ayoub e Fadi Ayoub, nos autos de obrigação de fazer c/c restituição de despesas, de n.º1410183-45.2017.8.12.0000, em que contende com a Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS, oferece recurso de agravo de instrumento apelação.

Os recorrentes, em síntese, aduzem:

Infertilidade conjugal, visto que a primeira agravante é acometida de endometriose e baixa reserva ovariana, enquanto o segundo agravante apresenta quadro clínico de azoospermia, conforme laudos e relatórios médicos apresentados, porém administrativamente a ora agravada indeferiu o anexo pedido de cobertura da fertilização *in vitro*.

A possibilidade da demora intensificar as graves sequelas das doenças que os acometem e a falta de tratamento pode tornar zero a chance de terem um filho, pugnando assim pela concessão da tutela de urgência para compelir a recorrida a garantir, quantas vezes forem necessárias, a cobertura integral dos procedimentos

médicos (fertilização *in vitro* - reprodução assistida), inclusive, arcando com as despesas de consultas, intervenções cirúrgicas e clínicas, exames clínicos e laboratoriais, internações hospitalares, medicamentos e demais prescrições médicas necessárias para a obtenção de sucesso, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais), em caso de descumprimento.

Estar comprovada a probabilidade do direito em face da demonstração da doença, a negativa da requerida e aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, razoabilidade, no direito à saúde, na norma originária que resguarda a proteção ao planejamento familiar, no art. 226, § 7°, CF, bem como as normas que a regulamentaram, quais sejam, a Lei n.º 9.656/98 e a Lei n.º 9.263/96, o disposto no art. 7º, incisos I e IV, da Resolução Normativa ANS n.º 211, de 11 de janeiro de 2010 e o Código de Defesa do Consumidor.

Serem as Resoluções 387/2015 e 338/2013 referente a inseminação artificial e não fertilização *in vitro*, tratamento que se consubstancia como o único e exclusivo capaz de possibilitar a gravidez da agravante, sendo a cláusula excludente constante no Regulamento do Plano de Saúde da recorrida abusiva, aplicando-se assim a Súmula n.º 469, do STJ, que sedimentou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, para restabelecer o equilíbrio contratual, pois inexiste qualquer cláusula de exclusão do procedimento pleiteado.

Sequer ter acesso ao regulamento quando da assinatura do contrato de plano de saúde.

Pelos relatórios e laudos médicos ser possível verificar claramente o risco ao resultado útil do processo, diante da informação de que a 1ª agravante apresenta o quadro de endometriose e sua reserva de óvulos em falência, pois sua quantidade e qualidade está piorando com o passar do tempo, de modo a prejudicar suas chances de engravidar. Além disso, o 2ª agravante já teria sido diagnosticado com patologia de azoospermia que impede a reprodução de forma natural. A demora intensificará as graves sequelas das doenças que acometem os requerentes.

A necessidade da concessão da tutela recursal com o recebimento do agravo, nos termos do art. 1.019, inciso I, do CPC.

Requer, desta feita, o conhecimento do presente com a concessão da tutela recursal e, ao final, o provimento do agravo de instrumento (p. 01-17).

O recurso foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo não provimento do mesmo (p. 101-118).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Samira Fincatti Ayoub e Fadi Ayoub, nos autos de obrigação de fazer c/c restituição de despesas, de n.º 1410183-45.2017.8.12.0000, em que contendem com a Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS.

A fim de melhor elucidar a questão controvertida, colaciono excertos da decisão objurgada, que indeferiu a realização da cobertura da fertilização *in vitro:*

> *(...) Na espécie, tenho que o fumus boni iuris e o periculum in mora não estão devidamente demonstrados, tendo em vista que o procedimento que os requerentes pugnam não implicam em risco a saúde dos mesmos, não sendo a cura para nenhuma das doenças dos autores, tanto que já efetuaram uma tentativa prévia sem resultado positivo e sem alteração nas patologias destes.*

> *Ademais, verificando o contrato de f. 122-165 é possível constatar que existe a exclusão expressa do procedimento requerido pelos autores, conforme se observa às f. 126, no art. 13, III, do contrato.*
>
> *Forte nessas razões, indefiro a tutela de urgência vindicada. (...).* (p. 419-20)

A concessão da tutela antecipada pelo magistrado somente se justifica diante do preenchimento dos requisitos exigidos para tanto, constantes do artigo 300, do CPC:

> *Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

Com efeito, observa-se dos autos que a recorrida ajuizou uma ação de obrigação de fazer c/c restituição de despesas e pleiteou, liminarmente, que fosse determinado que a agravada garanta, quantas vezes forem necessárias, a cobertura integral dos procedimentos médicos (fertilização *in vitro*), inclusive, arcando com as despesas de consultas, intervenções cirúrgicas e clínicas, exames clínicos e laboratoriais, internações hospitalares, medicamentos e demais prescrições médicas necessárias para a obtenção de sucesso com a fertilização *in vitro*, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais), em caso de descumprimento.

Dito isso, em sede de tutela de urgência, não vislumbro a demonstração de probabilidade de provimento do reclamo pelas provas carreadas, senão vejamos.

No presente caso, embora haja demonstração da agravante estar acometida de endometriose e baixa reserva ovariana e o segundo agravante apresentar quadro clínico de azoospermia, conforme laudos e relatórios médicos apresentados (p. 22-28; e 30), certo é que o contrato firmado entre as partes regido pelo regulamento acostado, segundo se observa em consulta ao processo de primeira instância (p. 126, art. 13, inciso III), deixa claro, em obediência a Resolução 387/2015, acerca da exclusão de cobertura quanto a inseminação artificial, entre outras técnicas de reprodução assistida como prevê o regulamento:

> *Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998.*
>
> *§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:*
>
> *I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental, isto é, aquele que:*
>
> *a) emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país;*
>
> *b) é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina – CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia- CFO; ou*
>
> *c) não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).*
>
> *II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim, ou seja, aqueles que não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita;*
>
> *III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio*

> *de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas;* (destacaque)

Sem enveredar por caminhos diversos do Direito, podemos compreender, através do conhecimento geral e da simples consulta à rede mundial de computadores, que a inseminação artificial consiste em injetar espermatozoides diretamente no útero da mulher e então fecundar o óvulo e gerar o feto. Para potencializar as chances de isso acontecer, a paciente toma uma medicação à base de hormônios, como o HCG, que estimula a ovulação. O sêmen do parceiro é colhido em laboratório e os espermatozoides com maior mobilidade, que têm mais potencial de criar bebês, são separados e injetados no útero, restando, assim, aguardar pela concretização da gravidez.

Por sua vez, a fertilização *in vitro* é um procedimento mais complexo, indicado quando as tubas uterinas, canais que ligam os ovários ao útero, originalmente chamados trompas de falópio, são obstruídas, impedindo a fertilização natural. O tratamento começa com injeções diárias à base dos hormônios usados no procedimento da inseminação. No entanto, depois, o médico realiza o ultrassom transvaginal, em que um pequeno bastão envolto com camisinha e gel lubrificante é introduzido na vagina, a fim de extrair entre 1 e 3 óvulos, que vão para o laboratório, onde ficam em uma estufa com 100 mil espermatozoides, o que é muito pouco quando comparado com a ejaculação normal, que tem de 40 a 100 milhões de células reprodutivas. Depois de 24 horas, um espermatozoide fecunda um óvulo e se terá um bebê a caminho. Mas nem sempre a técnica funciona: 40 das tentativas dão certo, o que é muito se copara a taxa de fertilização dos humanos que é de 15 a 20%. Só então o embrião é transferido para o útero, onde irá se desenvolver.[1]

Claramente destas sucintas informações percebe-se que o primeiro procedimento, por possuir um número menor de etapas e, consequentemente, de trabalhos dos profissionais envolvidos, é mais simples que o segundo, o qual envolve a fecundação em laboratório.

Ora, se há vedação para o menos – inseminação artificial – compreendo que a menção constante na resolução fazendo alusão a outras técnicas de reprodução assistida alcança e impede a fertilização *in vitro*, pois se trata do mais, em função da sua complexidade, não havendo assim, ainda nesta etapa, meios de conceder a tutela recursal pretendida em um juízo de verossimilhança dos fatos, como é o presente.

Nessa senda, colho o seguinte julgado:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO – NÃO COMPROVADA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES – TRATAMENTO EXPRESSAMENTE EXCLUÍDO NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE – AUSENTE REQUISITO EXIGIDO PELO ART. 273 DO CPC – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1411270-07.2015.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 16/02/2016, p: 19/02/2016).
>
> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DISPONIBILIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO EM FACE DA INFERTILIDADE FEMININA CONSTATADA NA PARTE AUTORA – FERTILIZAÇÃO IN VITRO – MÉRITO RECURSAL – AUSÊNCIA DE URGÊNCIA – EXPRESSA VEDAÇÃO CONTRATUAL – INEXISTÊNCIA DA PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – Vislumbrando-se a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo,*

1 *https://super.abril.com.br/ciencia/qual-a-diferenca-entre-fertilizacao-e-inseminacao/*

pode o julgador conceder tutela provisória, seja de caráter satisfativo (antecipatório) ou mesmo cautelar, visando tutelar um estado de urgência que não permite o aguardo da tutela jurisdicional final. II – Havendo cláusula expressa de exclusão do tratamento e não ficando demonstrada a urgência/emergência ou a necessidade de submissão da agravada ao tratamento pleiteado (fertilização in vitro), não se vislumbra a probabilidade do direito alegado, a justificar a concessão da tutela de urgência, no sentido de que o plano de saúde seja compelido a arcar com os custos daquele. Recurso interposto pelo plano de saúde provido. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1405100-48.2017.8.12.0000, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 18/07/2017, p: 01/08/2017).

Assim, ausente um dos pressupostos imprescindíveis para o acolhimento do efeitos suspensivo, despicienda maiores argumentações a respeito do risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo de rigor a não concessão, até porque também não há demonstração de eventual prejuízo segundo os relatórios médicos da p. 27-30.

Ao menos neste momento processual, verifica-se apenas uma necessidade subjetiva urgente, traduzida no desejo de tornar-se pais, sem qualquer risco de vida ou mesmo agravamento de seu quadro clínico, a justificar o presente pleito, sendo possível aguardar a instrução processual e o desfecho da demanda.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de agravo, mantendo-se na íntegra a decisão objurgada.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (1º Vogal)

Introdução

Samira Fincatti Ayoub e Fadi Ayoub interpõem agravo de instrumento contra decisão de indeferimento da tutela de urgência, requerida para determinar o fornecimento do tratamento de reprodução assistida por meio de fertilização *in vitro*, proferida pelo juiz da 12ª Vara Cível de Competência Residual de Campo Grande nos autos do Processo n.º 0821399-49.2017.8.12.0001.

O relator, Desembargador Marcos José de Brito Rodrigues, por constatar cláusula expressa de exclusão do tratamento, e diante da não demonstração da urgência/emergência ou da necessidade de submissão dos agravantes ao tratamento pleiteado, não vislumbrou a possibilidade do direito alegado, a justificar a concessão de tutela de urgência, no sentido de obrigar o plano de saúde a arcar com os custos daquele tratamento.

Peço vênia para divergir do ilustre relator.

Fundamentação

Nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência antecipatória será concedida quando houver elementos a evidenciar a probabilidade do direito e o perigo de dano.

Dessarte, o juízo de convencimento deve ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte pretendente da tutela de urgência. Não se cinge somente à probabilidade do direito subjetivo da parte autora, mas também, e principalmente, aos males a que ela e o réu estão expostos.

Na hipótese, os agravantes possuem infertilidade conjugal. Samira Fincatti Ayoub conta com 33 anos, possui endometriose e baixa reserva ovariana, e tal condição resultará em uma menopausa precoce que inviabilizará uma gravidez. Por seu turno, Fadi Ayoub apresenta quadro clínico de azoospermia. Dados esses evidenciados por laudos e relatórios médicos apresentados às fls. 22/30 dos autos originais. O requerimento de antecipação dos efeitos da tutela pauta-se, de igual modo, no risco de as condições favoráveis para a ocorrência da gravidez diminuírem com a demora no início do tratamento, fato que

caracteriza o estado de urgência.

A Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul suscita a legalidade da exclusão do procedimento de inseminação artificial – e por analogia da fertilização *in vitro* – em razão do disposto no artigo 10 da Lei 9.656/98 que prevê:

> *Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (...) III - inseminação artificial.*

De outra parte, a Resolução Normativa n.º 387/2015, em seu artigo 20, parágrafo 1º, inciso III, informa:

> *Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998.*
>
> *§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:*
>
> *III - inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas;*

Não obstante, posto que exista disposição específica no regulamento do plano de saúde da Cassems, excluindo a cobertura do procedimento de inseminação artificial, a Lei n.º 11.935/09 acrescentou o inciso III ao artigo 35-C da Lei n.º 9656/98, determinando a obrigatoriedade de cobertura de atendimento nos casos de planejamento familiar.

Por planejamento familiar, conforme artigo 2º da referida lei, deve ser entendido o *"conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento de prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal"*. Tal regra veio de forma a regulamentar o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal e, por interpretação sistemática, supera a antecedente disposição do artigo 10, III da Lei n.º 9.656/98. Por conseguinte, a exclusão da inseminação artificial do rol de procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde é meramente administrativo e não possui o condão de se sobrepor à disposição de natureza constitucional.

Neste sentido, cito precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> *PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer. Fertilização in vitro. Recusa de cobertura. Autora que já conta com 41 anos e 10 meses de idade, com diagnóstico de endometriose e adenomiose, com aconselhamento médico de histerectomia (retirada do útero). Cobertura devida (art. 10, caput, da Lei n. 9.656/98). Inteligência do art. 35-C, inciso III, da Lei n. 9.656/98, e do art. 2º da Lei n. 9.263/96. Obrigatoriedade da cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar, compreendida aí a técnica de fertilização in vitro. Manutenção da multa diária para o caso de descumprimento da ordem judicial. Recurso não provido.* (TJSP; Agravo de Instrumento 2144926-50.2017.8.26.0000; Relator (a):Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2017; Data de Registro: 31/08/2017).

Saliento não se tratar de hipótese de liminar satisfativa irreversível: aquelas cuja execução produza resultado prático que inviabiliza o retorno *ao status quo ante* em caso de revogação. Isso porque há possibilidade de o agravado ser ressarcido posteriormente do montante equivalente aos custos do procedimento, em eventual improcedência do pedido ao final. Assim, diante da presença dos requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil, deve ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela postulada pelos agravantes.

Dispositivo

Ante o exposto, divirjo do relator e dou provimento ao agravo de instrumento interposto por Samira Fincatti Ayoub e Fadi Ayoub a fim de conceder a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, para determinar que a ré forneça o tratamento de fertilização *in vitro* no prazo de 15 dias, sob pena de pagamento de multa de 1.000,00 (reais) por dia de atraso. Ordeno, outrossim, a intimação pessoal do representando legal da ré para cumprimento da ordem, providência essa a cargo do juízo de primeiro grau.

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

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator que lhe negava provimento.

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, 25 de outubro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Exceção de Suspeição nº 1603916-73.2017.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DO MAGISTRADO EM RAZÃO DE PRONUNCIAMENTO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO QUE O JULGADOR INCORREU EM ALGUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 145 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO NÃO COMPROVADA.

O mero pronunciamento público de magistrado sobre fatos que atentariam contra a Administração Pública, sem comprovação inequívoca da parcialidade, configura-se como livre manifestação de pensamento, não sendo capaz, por si só, de evidenciar sua suspeição.

Exceção de suspeição rejeitada.

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 exceção, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de outubro de 2017.

Des. Vilson Bertelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Cicero dos Santos oferece exceção de suspeição contra o juiz de direito da 2ª Vara da Comarca de Naviraí/MS em ação civil pública por ato de improbidade administrativa autuada sob o n.º 0800907-49.2017.8.12.0029.

O excipiente alega que o magistrado é suspeito por incorrer na hipótese prevista no inciso IV do artigo 145 do Código de Processo Civil, porque, em sessão ordinária realizada na Câmara Municipal de Naviraí, teria prejulgado os envolvidos na operação atenas, afirmando seu posicionamento contra a corrupção e contra os políticos e servidores públicos presos.

O excepto, por sua vez, sustenta a fragilidade das alegações do réu, ora excipiente (fl. 14).

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução.

Cicero dos Santos oferece exceção de suspeição contra o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca

de Naviraí/MS em ação civil pública por ato de improbidade administrativa autuada sob o n.º 0800907-49.2017.8.12.0029.

Fundamentação.

A exceção de suspeição é o incidente cabível para impugnar a imparcialidade do julgador, a quem se imputa uma das hipóteses previstas no artigo 145 do Código de Processo Civil, cujo rol é taxativo e, portanto, não admite interpretação analógica ou extensiva.[1]

Por isso, não basta a simples alegação de uma das hipóteses de suspeição previstas no dispositivo legal em comento, sendo necessário que o excipiente comprove ter o julgador incorrido em alguma delas, de modo a justificar a arguição do incidente.

Na hipótese, o excipiente alega suspeição do juiz porque, em sessão ordinária realizada na Câmara Municipal de Naviraí, teria prejulgado os envolvidos na "operação Atenas", afirmando seu posicionamento contra a corrupção e contra os políticos e servidores públicos presos.

Conforme o documento de fls. 06/13, em sessão ordinária do dia 13/10/2014 o excepto teria se pronunciado na tribuna, como direito de resposta. Expôs que sempre orientou os candidatos e assessores quanto ao que é permitido e o que é proibido durante a realização do pleito eleitoral, narrando fatos ocorridos no exercício da função de juiz eleitoral. Em sentido genérico, orientou a população no sentido de fiscalizar os políticos. Elogiou o trabalho da Polícia Federal e de outro juiz de direito (da Vara Criminal) e do assessor desse (não do assessor do excipiente), em operação policial deflagrada alguns dias antes. Exaltou as qualidades da população do município e mais uma vez enalteceu a honestidade.

O fato de o juiz se pronunciar sobre fatos ocorridos enquanto juiz eleitoral e contra o descaso, desvio e mau uso de dinheiro público em evento público na Câmara dos Vereadores, enfatizando o trabalho da Polícia e do Judiciário em determinada operação policial não tem a capacidade, por si só, de evidenciar prejulgamento.

Trata-se de livre manifestação de pensamento, típico dos sistemas democráticos, e explanação de assunto que faz parte do cotidiano jurisdicional. A externalização pelo juiz de suas impressões sobre fatos que atentariam contra a Administração Pública não se confunde com comportamento tendencioso ou manifestação de interesse. Ou seja, não significa que o julgador seja suspeito ou esteja impedido de continuar a presidir o processo, tampouco prenúncio de condenação do excipiente na ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

A parcialidade do julgador deve estar respaldada em prova idônea e inequívoca apta a influenciar sua subjetividade na apreciação da demanda, bem como prejudicar o deslinde do processo. Meras alegações e sem fundamentos não são suficientes para comprovar a suspeição do juiz. Nesse sentido:

> *EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. AÇÃO CAUTELAR. IRRESIGNAÇÃO DO DEMANDADO QUANTO A EVENTUAL INTERESSE NO JULGAMENTO DA CAUSA EM FAVOR DE UMA DAS PARTES. HIPÓTESE DO ART. 135 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MOTIVO LEGAL INEXISTENTE. Preconiza o art. 135, no inciso V, do CPC, que o juiz poderá ser declarado suspeito na hipótese em que for interessado no julgamento da causa em favor de um dos litigantes. Os fatos em que se lastreia a exceção de suspeição devem levar à inequívoca conclusão de que o juiz será beneficiário, moral ou material, do julgamento. Na hipótese, não demonstrado o interesse do julgador, mas isolada a alegação, leviana, a*

1 EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. HIPÓTESES DO ART. 135 DO CPC. ROL TAXATIVO. No caso dos autos, revela-se descabida a exceção, fundamentada na relação de animosidade entre o magistrado e os procuradores da parte, por se tratar de hipótese não contemplada pelo regramento vigente. O rol do art. 135, do CPC é taxativo, não comportando ampliação. O receio de parcialidade não consta no rol mencionado. Eventual determinação infundada e sem fundamento legal, poderá ser objeto de recurso próprio. DESACOLHERAM A EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. UNANIME. (TJ-RS – EXSUSP: 70066309063 RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Data de Julgamento: 01/10/2015, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/10/2015)

exceção merece ser rejeitada. Exceção manifestamente improcedente. DESACOLHERAM A EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. UNÂNIME. (TJ-RS - EXSUSP: 70060641404 RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Data de Julgamento: 18/09/2014, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/09/2014).

Assim, como as alegações do excipiente não estão fundadas em nenhuma nas hipóteses de suspeição previstas no artigo 145 do Código de Processo Civil, o incidente revela-se desprovido de fundamento.

Dispositivo

Ante o exposto, rejeito a exceção de suspeição arguida por Cicero dos Santos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a exceção, 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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 25 de outubro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0807658-81.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – POLICIAL MILITAR AMBIENTAL – ANÁLISE PROCESSUAL – REGULAR – ANÁLISE DO MÉRITO – VEDADA – AUTONOMIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA – PODER JUDICIÁRIO – EXAME DA LEGALIDADE – REPERCUSSÃO DA SENTENÇA PENAL – NÃO EVIDENCIADA – DANOS MORAIS – NÃO COMPROVAÇÃO – RECURSO – CONHECIDO – DESPROVIDO.

Ao Poder Judiciário, não cabe análise de mérito de processo administrativo em que o recorrente, policial militar, visa a anular punição disciplinar, uma vez que as esferas administrativa, civil e penal são autônomas entre si.

Não há repercussão da sentença penal definitiva na esfera cível, visto que não se trata de inexistência do fato ou negativa de autoria, não havendo formação de coisa julgada penal.

Conquanto o processo administrativo possa trazer algum transtorno ao policial militar, tal vicissitude é ínsita ao processo em si mesmo, que não apresentou qualquer ilegalidade. Portanto, ausentes os requisitos da responsabilidade civil, não há falar em condenação ao pagamento de danos morais.

Recurso conhecido e 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Marcos José da Silva interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo juízo da vara de fazenda pública e de registros públicos da Comarca de Três Lagoas, MS, que julgou improcedente o pedido formulado na inicial da ação anulatória c.c indenização por danos morais ajuizada em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em suas razões recursais (f. 149/157), o apelante afirma que o fato de o Ministério Público Estadual não ter iniciado persecução criminal indica que sua inocência quanto à sanção administrativa sofrida, não devendo ser interpretado em seu desfavor.

Pondera que *"se o representante do Ministério Público Estadual ao analisar a documentação carreada pela PM chegou à conclusão de que o apelante não teve nenhuma participação nos fatos; se o douto juiz da ação penal recebeu a denúncia contra Cleibe José da Silva, concluiu que o mesmo recebera vantagem indevida para liberação do caminhão e que a alegação de que o apelante era o culpado não tinha nenhuma procedência nos autos pelo fato de ser Cleibe quem se encontrava em serviço naquela data, como se aplicar uma penalização ao apelante por fato de que não participou, por não ter culpa na ocorrência, por não se encontrar em serviço naquele dia?"*

Aduz que, ao contrário do decidido em sentença, o apelante, de nome "Da Silva", na corporação militar, não estava de serviço no dia 06/07/2007, não sendo possível ter incorrido em conduta contrária às normas regulamentares de suas atribuições. Outrossim, estava de serviço nas datas de 05/07/2007 a 07/07/2007 outro policial de sobrenome Silva, com nome de guerra "J. Silva".

Sustenta que a sentença da Ação Penal 0062.831-62.2009 aponta que as interceptações telefônicas carreadas às f. 260/280 dos autos, do dia 06/02/2007, indicam o envolvimento de dois policiais militares em cometimento de ilícito, um dos quais era Cleibe J. Da Silva.

Ao fim, pugna pelo conhecimento e provimento do apelo para:

> *1. Retirar toda e qualquer anotação de cunho acusatório/condenatório da ficha funcional do Apelante, que guarde relação com o caso aqui apontado, em razão de ter sido provada a sua inocência; 2. Pagar multa pecuniária caso descumpra a determinação judicial, fixando um valor para cada dia de atraso, nos termos do parágrafo 1º, do artigo 536 do Código de Processo Civil; 3. Pagar ao apelante indenização de cunho pedagógico por danos morais em quantia não inferior ao equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos e a mesma quantia de caráter punitivo; 4. Pagar custas e despesas judiciais e honorários de sucumbência.*

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo desprovimento do recurso (f. 165/175).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marcos José da Silva, irresignado com a sentença proferida pelo juízo da vara de fazenda pública e de registros públicos da Comarca de Três Lagoas, MS, que julgou improcedente o pedido formulado na inicial da ação anulatória c.c indenização por danos morais ajuizada em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Conforme relatório exarado, o apelante afirma que o fato de o Ministério Público Estadual não ter iniciado persecução criminal indica que sua inocência quanto à sanção administrativa sofrida, não devendo ser interpretado em seu desfavor.

Pondera que:

> *Se o representante do Ministério Público Estadual ao analisar a documentação carreada pela PM chegou à conclusão de que o Apelante não teve nenhuma participação nos fatos; se o Douto Juiz da Ação Penal recebeu a denúncia contra Cleibe José da Silva, concluiu que o mesmo recebera vantagem indevida para liberação do caminhão e que a alegação de que o Apelante era o culpado não tinha nenhuma procedência nos autos pelo fato de ser Cleibe quem se encontrava em serviço naquela data, como se aplicar uma penalização ao Apelante por fato de que não participou, por não ter culpa na ocorrência, por não se encontrar em serviço naquele dia?*

Aduz que, ao contrário do decidido em sentença, o apelante, de nome "Da Silva", na corporação militar, não estava de serviço no dia 06/07/2007, não sendo possível ter incorrido em conduta contrária às normas regulamentares de suas atribuições. Outrossim, estava de serviço nas datas de 05/07/2007 a 07/07/2007 outro policial de sobrenome Silva, com nome de guerra "J. Silva".

Sustenta que a sentença da Ação Penal n.º 0062.831-62.2009 aponta que as interceptações telefônicas carreadas às f. 260/280 dos autos, do dia 06/02/2007, indicam o envolvimento de dois policiais militares em cometimento de ilícito, um dos quais era Cleibe J. Da Silva.

Ao fim, pugna pelo conhecimento e provimento do apelo para:

> *1. Retirar toda e qualquer anotação de cunho acusatório/condenatório da ficha funcional do Apelante, que guarde relação com o caso aqui apontado, em razão de ter sido provada a sua inocência; 2. Pagar multa pecuniária caso descumpra a determinação judicial, fixando um valor para cada dia de atraso, nos termos do parágrafo 1º, do artigo 536 do Código de Processo Civil; 3. Pagar ao Apelante indenização de cunho pedagógico por danos morais em quantia não inferior ao equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos e a mesma quantia de caráter punitivo; 4. Pagar custas e despesas judiciais e honorários de sucumbência.*

Extrai-se dos autos que o autor ingressou com a demanda anulatória e indenização contra o Estado alegando que, à época dos fatos, era Policial Militar no 15º Batalhão de Polícia Ambiental na cidade de Cassilândia/MS, tendo passado por sindicância administrativa em 2008 pela Polícia Militar por envolvimento em crimes investigados pela Polícia Federal. Conforme a inicial, a sua participação nos crimes teria sido identificada por meio de interceptações telefônicas nos dias 05, 06 e 07 de julho de 2007.

Explicou, em sua defesa, que havia dois policiais de sobrenome Silva, sendo que o apelante era identificado na polícia como "Da Silva", e o outro policial, como "J. Silva". Defende que "J. Silva" foi o investigado pela Polícia Federal. O recorrente afirmou que não estava em serviço nos dias dos fatos e que a sua inocência teria sido comprovada no Processo Criminal n.º 0062831-62.2009.8.12.0001.

Asseverou que consta em seu prontuário informação de que foi punido administrativamente em 5 dias de detenção, e que seu nome foi noticiado na imprensa como um dos culpados do crime, o que teria lhe causado constrangimentos onde vive.

Após a devida instrução, o pedido foi julgado improcedente pelo juízo *a quo*.

Pois bem. De acordo com os documentos trazidos ao processo, foi aberta Sindicância pela Polícia Militar de Mato Grosso do Sul (f. 33) para apurar, nos termos do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, o cometimento, em tese, de transgressões disciplinares imputadas ao apelante, vejamos:

> *(...) conforme demonstrado nos documentos constantes dos autos de apuração e durante a Operação Diamante Negro, desencadeada pela Polícia Federal, ficou demonstrado que quando servia no 2º Pel PM Ambiental/15ºBPMA/Cassilância, no ano de 2007 e pertencia ao serviço ambiental, com atribuições de fiscalizar o transporte de carga de carvão vegetal, deixou de observar normas regulamentares na esfera de suas atribuições, negligenciando ato de serviço no dia 06/07/2007, ao receber o valor de quinhentos reais e mais cem litros de óleo diesel, a fim de liberar um caminhão carregado de carvão vegetal. Com sua atitude, demonstrou falta de sentimento de dever e ferindo o decoro da classe além da inobservância dos preceitos da ética, colocando em descrédito a Instituição Policial Militar e Ambiental, bem como denegrindo a imagem da Instituição Policial Militar. Em tese, cometendo as transgressões disciplinares abaixo relacionadas:*

> *Incurso no número 02 – Utilizar-se do anonimato.*
>
> *Incurso no número 07 – Deixar de cumprir ou de fazer cumprir normas regulamentares na esfera de suas atribuições;*
>
> *Incurso no número 12 – Retardar ou prejudicar medidas de ações de ordem judicial ou policial militar de que esteja investido ou devia promover;*
>
> *Incurso no número 35 – Fazer, diretamente, ou por intermédio de outrem, transações pecuniárias envolvendo assunto de serviço, bens da Administração pública ou material proibido, quando isso não configurar crime.*
>
> *Incurso no número 37 – Deixar de providenciar a tempo, na esfera de suas atribuições, por negligência ou incúria, medidas contra qualquer irregularidade que venha a tomar conhecimento. (Relação de Transgressões do anexo I, c/c inciso II, do art. 14, do Decreto nº 1260, de 02 Out 81 – RDPMMS e, combinado com o Art. 26, caput e Incs. II, IV, XVIII, XVII e XVIII, da LC nº 053/90 – Estatuto PMMS)*

Ao fim do procedimento disciplinar, o apelante foi considerado culpado das acusações a ele imputadas, recebendo, a título de punição, 5 dias de detenção (f. 33/38).

> ***Punir o CB PM MARCOS JOSÉ DA SILVA – Mat. 200.341-4 do 13º BPM por ter no ano de 2007, quando servia no 2º Pel PM Ambiental, deixado de observar normas regulamentares na esfera de suas atribuições, negligenciando ato de serviço no dia 06/07/2007, ao receber o valor de quinhentos reais e mais cem litros de óleo diesel, a fim de liberar um caminhão carregado de carvão vegetal****. Dado o direito Constitucional e da Ampla Defesa, não apresentou fatos que justificassem seu ato, incidindo assim no* ***nº 02*** *– Utilizar-se do anonimato.* ***nº 07*** *– Deixar de cumprir ou de fazer cumprir normas regulamentares na esfera de suas atribuições;* ***nº 12*** *– Retardar ou prejudicar medidas de ações de ordem judicial ou policial militar de que esteja investido ou devia promover;* ***nº 35*** *– Fazer, diretamente, ou por intermédio de outrem, transações pecuniárias envolvendo assunto de serviço, bens da Administração pública ou material proibido, quando isso não configurar crime.* ***nº 37*** *– Deixar de providenciar a tempo, na esfera de suas atribuições, por negligência ou incúria, medidas contra qualquer irregularidade que venha a tomar conhecimento. (Relação de Transgressões do anexo I, c/c inciso II, do art. 14, do Decreto nº 1260, de 02 Out 81 – RDPMMS e, combinado com o Art. 26, caput e Incs. II, IV, XVIII, XVII e XVIII, da LC nº 053/90 sem atenuantes, com agravante do inciso II e V do artigo 19, tudo do Decreto nº. 1.260 de 02/10/81 (RDPMMS), Transgressão* ***MÉDIA****. Fica* ***DETIDO por 05 (cinco) dias****, devendo a punição ser cumprida no Quartel do 13º BPM/Paranaíba/MS, e que o Comandante do referido Batalhão, providencie a apresentação do policial na unidade para cumprimento da punição).* (Solução de ATD, referente Sindicância de Portaria nº. 559/CORREG/PMMS/SIND/2008, 10 OUT 08) (Grifou-se).

Consoante destacou a magistrada (f. 137), a penalidade administrativa contra a qual se insurge o autor (ora apelante) foi aplicada pela Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul não porque teria praticado delito, mas porque suas atitudes, embora não tipificadas como delitos, consistiram em transgressões disciplinares que devem ser punidas na esfera administrativa.

Como cediço, não cabe ao poder judiciário rever o mérito dos atos administrativos, cabendo-lhe apenas dizer se estes estão em conformidade com a lei e com o ordenamento jurídico. Em outras palavras, a atividade do Poder Judiciário se restringe apenas ao exame do respeito aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal substancial e material, sendo vedado adentrar ao mérito administrativo.

Nesse sentido, há muito decide o STJ, vejamos:

> *ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR. CONSELHO DE DISCIPLINA. APLICAÇÃO DA SANÇÃO DISCIPLINAR. ATO DO COMANDANTE DA AERONÁUTICA. COMPETÊNCIA DO STJ. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. IRREGULARIDADES FORMAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. 1. Compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento administrativo disciplinar sem, contudo, reexaminar as provas para adentrar o mérito da decisão administrativa; havendo, porém, erro invencível, justifica-se a intervenção do Judiciário. Precedentes. 2. O Conselho de Disciplina deve apreciar os elementos que justificaram a sua instauração, especificando para o acusado as condutas que lhe são imputadas, e, após a elaboração do Relatório, este documento é enviado à autoridade que nomeou o referido conselho, que poderá ser o Comandante da Aeronáutica, cabendo a esta a aplicação de pena disciplinar, se considera contravenção ou transgressão disciplinar a razão pela qual a praça foi julgada culpada (art. 13 do Decreto 71.500/72). 3. As irregularidades formais apontadas no processo disciplinar devem afetar o exercício da ampla defesa e do contraditório para justificarem a anulação deste STJ. RMS 19607/PR, Ministro Relator Nefi Cordeiro, 6ª Turma, DJe 16/4/2015) 4.Mandado de segurança denegado.* (MS 13.024/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 08/09/2015).

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. POLICIAL MILITAR. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS CAPAZES DE MACULAR A LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. PROVIMENTO NEGADO. 1. A aplicação da penalidade de demissão a servidor público, após regular processo administrativo, não está condicionada à existência de decisão definitiva na seara judicial. 2. A legislação aplicável aos Policiais Militares do Estado de Goiás veda, expressamente, a concessão de transferência para a reserva remunerada ao Policial Militar que estivesse respondendo a inquérito ou processo em qualquer jurisdição (art. 89, § 2º, I, da Lei Estadual n. 8.033/1975). 3. Ainda que legalmente prevista a reforma como uma das penalidades disciplinares aplicáveis, não compete ao Poder Judiciário, substituindo-se ao Administrador, rever o mérito da decisão administrativa e decidir pela imposição de pena menos gravosa ao servidor, sobretudo diante da ausência, na hipótese, de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez constatada a prática, pelo indiciado, de conduta também tipificada como crime (corrupção passiva). 4. Hipótese, ademais, na qual se constatou, no âmbito administrativo, a procedência das acusações formuladas contra o recorrente, por contrariar os arts. 27, I, II, IV, VII, XIII, e XIX, e 30, III, da Lei Estadual n. 8.033/1975 (Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Goiás). 5. Agravo regimental não provido.* (AgRg no RMS 31.182/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. POLICIAL MILITAR. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PENALIDADE APLICADA. REEXAME DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. REGULAR PROCEDIMENTO. 1. Não merece prosperar a tese de violação do art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada. 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, cabe ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, o que ocorreu no caso. 3. Dessa forma, tendo o*

> *aresto recorrido verificado, com base na prova dos autos, a regularidade do procedimento administrativo e a adequada aplicação da pena, não pode o Judiciário revê-la, sob pena de incursão no campo de discricionariedade reservado à Administração Pública. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 814.398/ES, Rel. Ministra Diva Malerbi - Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016).

Além disso, consoante o disposto no art. 125 da Lei 8.112/90, as instâncias penal, civil e administrativa são, em princípio, independentes e autônomas entre si, não havendo repercussão da decisão de uma delas no decisório das outras: *"Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si"*.

Entretanto, excepcionalmente, pode ser afastada a aplicação do princípio da independência das esferas. A decisão de processo administrativo pode ser revista pelo Poder Judiciário, com a ressalva de que, em via judicial, a competência para rever a decisão resume-se à análise da legalidade do procedimento. Nas palavras do doutrinador José Armando Costa:

> *Por outro lado, deverá o Judiciário, nessa função jurisdicional, ater-se ao exame dos aspectos de legalidade do ato impugnado. Posto ser-lhe defeso incursionar no mérito da punição, para verificar se a reprimenda foi imposta com justiça ou injustiça.*
>
> *Se ao Poder Judiciário fosse dada tamanha atribuição, asfixiada ficaria a gestão dos órgãos da Administração Pública. Com tal hipertrofia do Poder Judiciário, eliminado restaria o Poder Executivo.* (COSTA, José Armando. Direito Administrativo Disciplinar – São Paulo. Método, 2009).

Deveras, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, a independência entre as esferas civil, administrativa e penal será superada nos casos em que a decisão criminal reconheça a inexistência de fato ou a negativa de autoria, conforme entendimento do STJ:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PEDIDO IMPROCEDENTE. 1. Ação rescisória que visa desconstituir decisão desta Corte que declarou a prescrição da ação na qual se apontavam nulidades em processo administrativo disciplinar. 2. Demanda originária que contemplava dupla pretensão: a) invalidação do procedimento administrativo disciplinar; b) reintegração no cargo, por força da norma contida no art. 138, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo. 3. Quanto ao primeiro pedido, prevalece nesta Corte a orientação de que a ação visando à invalidação de processo administrativo disciplinar, com a consequente reintegração do servidor faltoso, deve ser ajuizada no prazo de cinco anos contados da aplicação da pena, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32. Precedentes. 4. Quanto ao segundo pedido, não há falar, de fato, em prescrição, tendo em vista que o exercício do direito previsto no art. 138, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo, que assegura a reintegração do servidor demitido na hipótese de absolvição na instância penal, pressupõe a prolação de sentença definitiva naquela esfera de competência. 5. No entanto, ao referido preceito deve ser conferida interpretação consentânea com o ordenamento jurídico pátrio, no sentido de que a sentença proferida no âmbito criminal somente repercute na esfera administrativa quando reconhecida a inexistência material do fato ou a negativa de sua autoria. 6. A sentença absolutória que reconhece a prescrição da pretensão punitiva do Estado não produz efeitos sobre a decisão administrativa que excluiu o autor das fileiras da Corporação Militar. 7. Pedido da ação rescisória improcedente.* (STJ - AR: 3694 SP 2006/0284281-0, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 27/05/2015, S3 - Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 10/06/2015).

Deveras, o processo administrativo, no caso presente, transcorreu de forma regular, tendo sido devidamente instaurado e instruído, além de a sanção devidamente aplicada, atendendo, inclusive, ao princípio da proporcionalidade. Garantiu-se, pois, o devido processo legal ao passar por todas as etapas do processo administrativo, bem como, direito de o apelante se defender com a produção de todas as provas admitidas e necessárias.

Como já demonstrado, no presente caso, ao Poder Judiciário é atribuído examinar as decisões de esfera administrativa quanto à questão processual, não sendo de sua alçada a análise no plano do mérito, tendo em vista que estaria invadindo a autonomia da esfera administrativa.

Repise-se que o fato de o Ministério Público não oferecer denúncia contra o apelante não causa reflexos na esfera administrativa, não alcançando os efeitos de decisão absolutória em esfera penal, até mesmo porque o caso não se encaixa em nenhuma das exceções.

A respeito do dano moral, melhor sorte não lhe assiste. O apelante alega que passou por abalo psíquico e moral em razão de vir a público o fato de que sofreu punição administrativa por meio de processo disciplinar. Relata que suportou constrangimentos entre seus colegas de farda, no meio social e entre os seus familiares.

Não obstante suas alegações, a punição disciplinar não trouxe aborrecimento apto a ensejar reparação civil via dano moral. Com efeito, conquanto o processo administrativo possa trazer algum transtorno ao policial militar, tal vicissitude é ínsita ao processo em si mesmo, que não apresentou qualquer ilegalidade.

Em outras palavras, não há abalo emocional ou psicológico em razão da punição disciplinar, não satisfazendo os requisitos básicos para a demonstração de danos morais.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> *APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MERO DISSABOR QUE NÃO ALCANÇA O PATAMAR DO DANO MORAL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.* (TJ-PR - AC: 5562427 PR 0556242-7, Relator: Dimas Ortencio de Mello, Data de Julgamento: 04/08/2009, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 202).

Só deveria ser acolhido o pedido de compensação por danos morais se comprovado que o agente atuou com má-fé, dolo, propósito de prejudicar ou tenha instaurado o procedimento disciplinar sem justo motivo, o que não corresponde ao presente caso.

Desse modo, não comprovada a existência de dano moral, não há qualquer reparo a ser feito na sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, porquanto o apelante foi submetido a regular processo administrativo e a decisão foi tomada de acordo com a previsão legal.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação, mas nego-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

Com fundamento no artigo 85, § 11 do Novo Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios, fixados em primeiro grau, para 12 % (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa; mantendo o diferimento da exigência, na forma estipulada pelo juízo de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0836453-60.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA – CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E A INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, DA VIDA PRIVADA, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS – NOTICIADO FATO VERÍDICO – *ANIMUS NARRANDI* – EXCESSO DO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAÇÃO NÃO CARACTERIZADO – RIGORISMO TÉCNICO NÃO EXIGIDO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – HONORÁRIOS RECURSAIS – MAJORAÇÃO – ART. 85, § 11, NCPC – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

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

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, 26 de setembro de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Em substituição Legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Nivaldo Mancuelho Portilho interpôs recurso de apelação em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, que nos autos da ação indenizatória movida em face da Rede Record de Televisão, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Aduz que foi alvo de uma investigação policial desastrosa, irresponsável e sensacionalista divulgada pela apelada, que lhe imputou a falsa prática de atos criminosos (contrabando de cigarros) e culminou com a invasão da sua residência, mas que naquela época não teve interesse de ingressar com ação indenizatória.

Sustenta que em 10/10/2014 foi surpreendido com a reexibição dolosa da matéria jornalística, durante o programa "Cidade Alerta", sem ter sido sequer informado que se tratava de reprise de matéria anterior, tampouco do desfecho do processo ou sua suposta inocência, de modo que a reportagem realizada ultrapassou seu caráter informativo, colocando em dúvida sua credibilidade e idoneidade pessoal e profissional, eis que é policial militar e tem o dever de combater o próprio ilícito noticiado pela apelada.

Alega que o fato em comento ocorreu e foi divulgado pela emissora requerida no dia 27/11/2011, e a matéria foi levada ao ar, como se fosse ao vivo, no dia 10/10/2014, praticamente 03 anos após a realização da operação.

Assevera que houve conduta ilícita, devendo a empresa de jornalismo indenizar a título de danos morais.

Requer o provimento do recurso para acolher o pedido de indenização contido na inicial.

A apelada apresentou contrarrazões e pugnou pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Nivaldo Mancuelho Portilho interpôs recurso de apelação em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, que nos autos da ação indenizatória movida em face da Rede Record de Televisão, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

A questão posta em apreciação consiste no pedido de reparação de danos, pela veiculação de matéria jornalística. De acordo com o recorrente em 27/11/2011 foi alvo de uma investigação policial desastrosa, irresponsável e sensacionalista divulgada pela apelada, que lhe imputou a falsa prática de atos criminosos (contrabando de cigarros) e culminou com a invasão da sua residência, mas que naquela época não teve interesse de ingressar com ação indenizatória.

Ocorre que, em 10/10/2014 foi surpreendido com a reexibição dolosa da matéria jornalística, durante o programa "Cidade Alerta", sem ter sido sequer informado que se tratava de reprise de matéria anterior, tampouco do desfecho do processo ou sua suposta inocência, de modo que a reportagem realizada ultrapassou seu caráter informativo, colocando em dúvida sua credibilidade e idoneidade pessoal e profissional, eis que é policial militar e tem o dever de combater o próprio ilícito noticiado pela apelada.

O juízo de primeiro grau entendeu que não houve excesso, mas sim conteúdo informativo de interesse público.

Inconformado, requer o provimento do recurso para acolher o pedido de indenização contido na inicial.

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

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 se 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 por Antonio Jeová Santos:

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

No presente caso, há uma colisão de direitos fundamentais. De um lado, o apelante, sustentando serem inverídicos os fatos divulgados, pleiteia a compensação pelo prejuízo moral que diz ter sofrido. De outro, a apelada, alicerçada na liberdade de imprensa, defende que somente reproduziu informações verdadeiras constantes de outro veículo de comunicação social. Controvérsias como esta exigem extrema cautela do julgador, mormente porque a liberdade de manifestação do pensamento é responsável pelo fortalecimento das instituições democráticas e por manter a sociedade informada dos fatos que são do seu interesse.

As empresas jornalísticas e os profissionais do ramo, desde que imbuídos tão somente do *animus narrandi,* limitando-se a veicular fatos efetivamente ocorridos, não cometem ato ilícito passível de responsabilização.

Comungo com o magistrado de piso no sentido de que:

> *No caso sub judice, não houve excesso ou abuso na conduta da Ré que, por meio de uma reportagem, apenas reprisou matéria jornalística de 27/11/2011, intitulada "Rei do Cigarro Paraguaio", sobre uma operação policial que efetuou a prisão de diversas pessoas e apreendeu diversos bens, quando então foi cumprida ordem judicial na residência do Autor, por suspeita de envolvimento no crime de contrabando de cigarros. Assim, a conduta da Ré limitou-se a acompanhar e transmitir a operação policial, retratando os fatos obtidos através da própria Polícia, sem qualquer intenção de difamar os envolvidos.*

A propósito, confiram-se precedentes deste Tribunal:

> *APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS REPORTAGEM JORNALÍSTICA SIMPLES ANIMUS NARRANDI INEXISTÊNCIA DE DANO RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Notícia jornalística com simples animus narrandi contendo fatos verídicos não configura dano moral indenizável, pois a divulgação de tais matérias reveste-se de interesse público, prestigiando, assim, o direito à informação consagrado na Constituição Federal e em seus artigos 5º, XIV e 200, § 1º* (Apelação nº 2012.019207-0/0000-00. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Sideni Soncini Pimentel. Julgamento 26.7.2012).

> *APELAÇÃO CÍVEL OBRIGAÇÃO DE FAZER E DANOS MORAIS INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CARACTERIZADA EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO LIBERDADE DE EXPRESSÃO RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.* (Apelação nº 2011.016048-9/0000-00. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgamento 7.7.2011).

Dessa forma, não demonstrado o intuito ofensivo na conduta da apelada, que não ultrapassou os limites do exercício regular do direito de informação, não resta caracterizado o dano moral indenizável, o que torna imperiosa a manutenção da sentença.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

Outrossim, deixo de majorar os honorários recursais, tendo em vista a sentença já ter fixado o percentual no limite previsto pelo 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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

Campo Grande, 26 de setembro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801661-59.2015.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – CONTROLE BIOMÉTRICO – UNIDADES MUNICIPAIS DE SAÚDE – ASSIDUIDADE E PONTUALIDADE – SERVIDORES VINCULADOS AO SUS – AUTONOMIA DO MUNICÍPIO – IRREGULARIDADES NO SISTEMA DE LIVRO – PONTO – NÃO COMPROVADO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O sistema de controle de assiduidade e pontualidade dos servidores vinculados ao Sistema Único de Saúde, nas unidades municipais, é de responsabilidade do município, respeitados sua autonomia e poder discricionário.

A aplicação do disposto na Portaria n.º 2.571/2012 do Ministério da Saúde, que dispõe sobre a implantação de controle biométrico de faltas e horários dos servidores, abrange os seus órgãos e os servidores neles lotados, o que não inclui as unidades municipais de saúde vinculadas ao SUS.

Não demonstrada irregularidade ou fraude no sistema adotado, não há razão para que haja a substituição por sistema biométrico.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, irresignado com a sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em ação civil pública ajuizada contra o Município de Naviraí.

Em sede de recurso de apelação (fls. 465-476), o Ministério Público Estadual afirma que instaurou procedimento administrativo n.º 72/2013, em razão de denúncia anônima, para investigar possíveis irregularidades no controle de assiduidade e pontualidade dos funcionários públicos municipais vinculados ao Sistema Único de Saúde. O procedimento tramitou na 2ª Promotoria de Justiça de Naviraí.

Ao final do procedimento, o Ministério Público constatou que o controle adotado não é eficiente, pois sujeito a irregularidades na prestação do serviço.

Explica ser necessária a implantação de cadastro biométrico composto de diversos mecanismos, os quais seriam modo adequado de averiguação da jornada dos funcionários. Os mecanismos abrangem, dentro outros mecanismos, a implantação de controle biométrico no lugar do "cartão-ponto" e a disponibilização do registro de assiduidade e pontualidade dos funcionários nas unidades e na *internet.*

O órgão ministerial alega que não se trata de verificar a eficiência do atual sistema de controle de assiduidade e pontualidade da gerência de saúde do município, e sim demonstrar que a municipalidade não possui discricionariedade administrativa para decidir sobre o sistema que regula a assiduidade e pontualidade de seus servidores públicos das unidades municipais de saúde.

Ressalta que o presente recurso visa à prolação de decisão judicial tendente a compelir o município apelado a adotar controle de horários dos servidores municipais que trabalham nas unidades de saúde vinculadas ao SUS.

Argumenta que a municipalidade, nos termos do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, ao executar ações e serviços públicos de saúde, deve realizá-los de modo integrado ao SUS.

Sustenta que a Portaria n.º 2.571/12 do Ministério da Saúde, que deveria ser seguida pelos municípios, tem por fim estabelecer controle de assiduidade e pontualidade, por meio de biometria, a todos que prestam serviços vinculados o Sistema Único de Saúde.

Entende que o sistema manual de controle atualmente adotado é falho, sujeito às irregularidades constatadas em procedimento administrativo, devendo ser implantado o controle biométrico, nos termos da exordial.

Outrossim, defende que a manutenção de sistema manual ofende o princípio da eficiência. Além disso, aos munícipes é garantido acesso às informações do sistema de controle de horários dos servidores municipais em razão do direito fundamental à saúde.

Colaciona jurisprudência a seu favor.

Finaliza pugnando pelo provimento do recurso e reforma da sentença.

Em contrarrazões (fls. 480-485), o Município de Naviraí afirma que o controle manual de assiduidade e pontualidade dos servidores municipais vinculados ao SUS é suficiente para fiscalização do trabalho realizado, tendo orientada a fixação destas informações em mural acessível aos usuários, em todas as unidades de saúde.

Sustenta que o papel do Ministério Público é fiscalizar o cumprimento da lei, e não interferir na competência do Município.

Finaliza pugnando pelo desprovimento do recurso e manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso (f. 496-500).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em ação civil pública ajuizada contra o Município de Naviraí.

Em sua exordial (fls. 1-21), o Ministério Público afirmou que, por meio de investigação originada em denúncia anônima, instaurou procedimento administrativo, no qual concluiu que o sistema atual de verificação de assiduidade e pontualidade dos funcionários municipais da saúde vinculados ao Sistema Único de Saúde – SUS era ineficaz e passível de irregularidades.

Desta forma, requereu a implantação de controle eletrônico de frequência, visto que o atual sistema de averiguação de jornada não alcançaria o objetivo para o qual foi designado e que os funcionários estariam descumprindo suas jornadas. Nos autos, constam as seguintes reivindicações:

> *a) implantar, no prazo de 90 (noventa) dias, controle eletrônico de frequência(biométrico), para todos os servidores da área da saúde, bem como sistema de responsabilização dos servidores que não cumprirem com a jornada de trabalho devida;*
>
> *b) garantir, no prazo de 30 (trinta) dias, inclusive com edição dos respectivos atos administrativos, a todos os usuários do SUS, não atendidos no serviço de saúde solicitado, o fornecimento de certidão ou documento equivalente, no qual conste o nome do usuário, data, hora e motivo da recuso do atendimento, sempre que assim o usuário solicitar;*
>
> *c) providenciar, no prazo de 30(trinta) dias, a instalação, em local visível das salas de recepção de todas as unidades públicas de saúde, inclusive hospitais públicos, unidades de pronto atendimento, postos de saúde, postos do programa "Saúde da Família" e outras eventuais existentes, de quadros que informem ao usuário, de forma clara e objetiva, os nomes de todos os médicos e odontólogos em exercício na unidade naquele dia, bem como sua especialidade e o horário de início e término da jornada de trabalho de cada um deles, bem como veicular a informação, em tais quadros, de que o registro de frequência destes profissionais estará disponível para consulta de qualquer cidadão;*
>
> *d) determinar, no prazo de 30 (trinta) dias, a todas as unidades de saúde, que disponibilizem para a consulta de qualquer cidadão, o registro da assiduidade e da pontualidade dos profissionais que ocupem cargos públicos vinculados de qualquer modo, ao Sistema Único de Saúde;*
>
> *e) providenciar, no prazo de 30 (trinta) dias, a disponibilização, pela internet, preferencialmente junto ao 'portal da transparência" do Município de Naviraí, do local e horário de atendimento dos médicos e odontólogos que ocupem cargos públicos vinculados, de qualquer modo, ao Sistema Único de Saúde;*
>
> *f) estabelecer, no prazo de 30 (trinta) dias, e executar com frequência, rotinas destinadas a fiscalizar o cumprimento dos itens acima, sob pena de responsabilidade pelas ilegalidades que vierem a ocorrer.*

Alega que as medidas são necessárias por ter constatado que, em mais de 70% das unidades básicas de saúde investigadas, o controle era feito por meio de cartão ponto no qual já se encontravam preenchidos os horários dos funcionários.

Assim, estaria comprovada a necessidade de regularização do sistema de assiduidade e pontualidade, visto que suscetível a irregularidades e fraudes pelos próprios funcionários.

Sustenta que a competência para estabelecer normas gerais, de observância obrigatória por outros entes federativos, para defesa e proteção da saúde, é da União.

Caberia ao município apelado, nesse caso, cumprir as determinações federais da Portaria n.º 2.571/2012 do Ministério da Saúde, que, por sua vez, estabelece o uso de controle eletrônico de ponto para registro de assiduidade e pontualidade dos servidores lotados e em exercício nos órgãos do referido ministério.

Entende que o descontrole de horários caracteriza prejuízos aos usuários, pois não há certeza de que os profissionais de saúde encontram-se realmente em serviço no horário devido.

Em sua contestação (fls. 431-437), o município recorrido afirma que já efetua o controle de frequência dos funcionários das unidades de saúde, sendo desnecessária a mudança do sistema.

Alega que o Ministério Público não comprovou descumprimento de horário de algum servidor, ou de prejuízo para os munícipes.

Aduz que já tomou providências quanto à publicação de horários dos funcionários, os quais serão disponibilizados em murais visíveis aos usuários para observação dos interessados.

Defende que não cabe ao apelante compelir a municipalidade a implementar sistema de fiscalização de horários e faltas dos profissionais da saúde.

Os pedidos formulados pelo Ministério Público foram julgados parcialmente procedentes, sendo deferido o pedido de informar à população os nomes de médicos e odontólogos que prestam serviço em cada unidade municipal de saúde, bem como especialidade, período de trabalho e horários da jornada de trabalho. Tais informações também deverão encontrar-se no Portal da Transparência:

> *Ante o exposto, extinguindo o processo com resolução de mérito na forma do art. 487, I, do CPC, JULGO EM PARTE PROCEDENTE OS PEDIDOS que, nesta Ação Civil Pública o Ministério Público fez em face do Município de Naviraí, para o fim único e específico de determinar à Este que, num prazo não superior a 30(trinta) dias, para atender ao Princípio da Publicidade e resguardar o direito à informação, informe sua população acerca dos profissionais médicos e odontólogos que prestam serviços em cada Unidade de Saúde Municipal (Hospital Municipal, Unidades de Pronto Atendimento, Postos de Saúde, PSFs, etc), afixando, de forma clara e objetiva, em local visível e de fácil acesso, relação, constantemente atualizada, contendo o nome, a especialidade, o período de trabalho, com especificação do horários de início e do término da jornada de trabalho de cada profissional, providenciando, ainda, a divulgação desses dados no site do Município, preferencialmente no "Portal da Transparência", tudo sob pena de astreinte a ser posteriormente fixada em caso de comprovação do não cumprimento desta determinação.*

Da autonomia do município.

A constituição de 1988 garante ao Município competência privativa (artigo 30, CF), e competência comum (artigo 23, CF) junto à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

No caso, o município tem competência comum junto aos outros entes estatais no que concerne à saúde pública, sendo responsável pelo funcionamento das unidades municipais de saúde, tais como hospitais municipais, postos de atendimento e unidades de pronto atendimento – UPAs.

A referida competência é garantia constitucional, bem como a autonomia municipal imanente ao apelado.

Autonomia de um ente estatal pode ser definida como:

> *(...) prerrogativa política outorgada pela Constituição a entidades estatais internas (estados-membro e municípios), para compor o seu governo e prover a sua Administração*

> *segundo o ordenamento jurídico vigente (art. 18). É a administração própria daquilo que lhe é próprio. Daí por que a Constituição assegura a autonomia do Município pela composição de seu governo e pela administração própria no que concerne ao seu interesse local (art. 30, I)*[1].

Com este conceito em mente, pode-se inferir que incumbe ao Município a competência para gerir seus recursos que tratem de interesses locais, em razão da autonomia assegurada pela Carta Magna.

Da Portaria n.º 2.571/2012 do Ministério da Saúde.

Em que pese os argumentos do órgão ministerial, a Portaria n.º 2.571/2012 tem por objetivo implantar o controle biométrico de assiduidade e pontualidade nos órgãos do Ministério da Saúde. Consoante o texto da portaria:

> *Define o uso do controle eletrônico de ponto para registro de assiduidade e pontualidade dos servidores públicos lotados e em exercício nos órgãos do Ministério da Saúde.*

São órgãos do Ministério da Saúde, conforme a estrutura descrita em seu portal eletrônico, bem como no livro de Karyna Rocha Mendes:

> *Órgãos da Administração Direta*
>
> *Institutos: Into – Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia Jamil Haddad, Inca – Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva, INC – Instituto Nacional de Cardiologia.*
>
> *Órgão Colegiado*
>
> *CNS – Conselho Nacional de Saúde*[2].

Ou seja, dentre os órgãos que compõem a estrutura do Ministério da Saúde, não se encontram a unidades de saúde municipais, ainda que vinculadas ao SUS e, como já descrito, a Portaria n.º 2.571/2012 é voltada para os órgãos do Ministério da Saúde e seus respectivos servidores, tão somente.

Outrossim, a referida portaria foi revogada em 20/05/2015, sendo substituída pela Portaria n.º 587, de 20/05/2015, portanto, antes do ajuizamento da ação. Logo, mesmo que fosse extensível aos funcionários municipais da Saúde, a sua aplicação não teria eficácia.

Ainda, a Portaria n.º 587/2015 também é voltada apenas aos órgãos do Ministério da Saúde, e sua finalidade não abrange unidades municipais de saúde.

A elaboração e fiscalização de diretrizes aos servidores municipais é de competência do Município correspondente. Não há norma legal que estipule a aplicação de portarias ou resoluções destinadas ao funcionalismo público federal que possam ser também empregadas a servidores estaduais ou municipais.

Logo, o Ministério Público não demonstrou que a Portaria n.º 2.571/2012, que trata do uso de controle eletrônico para verificação de assiduidade e pontualidade dos servidores federais dos órgãos do Ministério da Saúde, seja compatível com as diretrizes estipuladas pelos municípios às suas unidades de saúde.

1 Meirelles, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro** – 5. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1993, p. 80.

2 Mendes, Karyna Rocha. **Curso de direito de Saúde**/Karyna Rocha Mendes – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 121.

Da falta de provas

Em suas razões de apelação, o Ministério Público afirma que o método utilizado pelo Município de Naviraí para verificação de faltas e atrasos de funcionários municipais, qual seja, por "livro-ponto", é ineficiente, e não cumpre os fins para os quais foi implantado.

Ainda, aduz que é passível de fraudes, uma vez que os funcionários assinariam cartão ponto já com horário previamente transcrito, inviabilizando a averiguação do horário real de trabalho.

Todavia, o *Parquet* não apresentou em juízo provas da fragilidade do sistema de controle municipal, ou de que os horários constantes nos cartões ponto não correspondem à jornada verdadeira de trabalho dos funcionários vinculados ao SUS. Tampouco demonstrou que o controle utilizado pode sofrer ou sofreu irregularidades ou fraudes.

Destarte, não se configura, nos autos, a necessidade de troca do sistema de controle de assiduidade e pontualidade atualmente utilizado pelas unidades de saúde do Município de Naviraí.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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

Campo Grande, 17 de outubro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0805905-55.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – REEXAME DE SENTENÇA E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – MUNICÍPIO – SAÚDE PÚBLICA – SUS – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONTROLE – FREQUÊNCIA DE MÉDICOS E ODONTÓLOGOS – FALTAS – RESPONSABILIZAÇÃO – CERTIDÃO – RECUSA – ATENDIMENTO – DISPONIBILIZAÇÃO – QUALIFICAÇÃO, HORÁRIOS E REGISTRO DE FREQUÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS AOS USUÁRIOS DO SISTEMA DE SAÚDE – MULTA – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

Na hipótese de ineficácia do controle de horários de médicos e odontólogos, funcionários das unidades de saúde municipais, deve o município adotar sistema de aferição de faltas e responsabilização dos funcionários que não cumprirem a jornada de trabalho.

Do mesmo modo, é obrigação das unidades de saúde fornecer, quando requerido pelo usuário, certidão de recusa de atendimento em que conste a qualificação do cidadão, da unidade de saúde, data, hora e motivo do não atendimento.

É dever das unidades municipais de saúde disponibilizar registros em que constem a qualificação dos médicos e odontólogos, seus horários de atendimento e frequência de trabalho.

Ainda, cabe ao município fiscalizar o cumprimento de carga horária dos funcionários do Sistema Único de Saúde.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Selvíria, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação civil pública, que julgou procedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

Afirma que a manutenção de sistema de responsabilização adequado e eficiente a servidores que não cumprirem a sua jornada, deve ser feita de acordo com o Estatuto do Servidor Público Municipal.

Assim, para apuração de falta ou descumprimento de jornada, deve haver notificação do chefe do setor ao Departamento de Recursos Humanos para análise de abertura de processo administrativo quanto à conduta do funcionário.

Esclarece que fornece informações e certidões solicitadas pelos administrados, que devem preencher requerimento com seus dados pessoais, protocolá-lo pessoalmente ou por meio do portal transparência, e aguardar a resposta no prazo de 15 (quinze) dias.

Logo, já estaria garantido ao usuário, não atendido pela unidade de saúde, todas as informações às quais faz jus, bem como ao servidor público que assim requerer, nos termos da Lei n.º 9.051/1995.

No que concerne às informações, nas unidades de saúde, sobre horários de atendimento, jornada, nomes de médicos e dentistas, suas funções e especialidades, bem como registros de frequência dos profissionais, nos termos da Lei n.º 12.527/2011, relata que são de fácil acesso junto aos recepcionistas e assistentes, pessoalmente ou por telefone.

Aduz que não há reclamações quanto às informações requeridas pelo apelado. Entretanto, quanto ao registro de frequência dos profissionais, entende que é documento de caráter pessoal, podendo caracterizar constrangimento aos mesmos.

Sustenta, também, quanto ao registro de frequência dos profissionais que ocupam cargo público, vinculado ao Sistema Único de Saúde, que se trata de documento pessoal, não podendo estar à disposição da população, nos termos do artigo 31 da Lei n.º 12.527/2011.

Quanto à disponibilização na rede mundial de computadores, de local e horário de atendimento dos referidos profissionais, entende ser necessária a disponibilização pelo portal da Prefeitura Municipal.

Em relação à fiscalização do cumprimento de carga horária, afirma que já foi determinado aos funcionários que assinem a folha de frequência todos os dias e, havendo faltas injustificadas, o caso será relatado ao setor de recursos humanos.

Argui a invalidade da multa diária, a ser aplicada no caso de descumprimento da sentença, visto que se mostra excessiva e por consequência, penaliza a sociedade.

Finaliza, pugnando pela reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na exordial.

Em contrarrazões, o órgão ministerial, em atuação junto ao juízo de primeiro grau, defendeu a manutenção da sentença. No mesmo sentido, é o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 1039-43).

Sentença submetida ao reexame obrigatório.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo Município de Selvíria, irresignado com a sentença proferida pelo juízo da vara de fazenda pública e registros públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação civil pública que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos

pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em síntese, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, ora apelado, interpôs ação civil pública em face do Município de Selvíria-MS em razão de irregularidades identificadas durante a realização da 34ª Etapa do Programa de Fiscalização da Controladoria Geral da União.

A ação tem como objetivo o cumprimento de medidas administrativas com o objetivo de inibir ou corrigir irregularidades nos serviços executados pelo Sistema Único de Saúde.

Do mesmo modo, as medidas pugnadas têm como escopo propiciar aos cidadãos ferramentas para a fiscalização da qualidade dos serviços prestados.

Em sentença, o Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas julgou parcialmente procedentes os pedidos do recorrido, condenando o recorrente à adoção das seguintes medidas:

> *a) manter um sistema de responsabilização adequado e eficiente dos servidores que não cumprirem a jornada de trabalho devida;*
>
> *b) garantir a todos os usuários do SUS não atendidos no serviço de saúde solicitado, o fornecimento de certidão ou documento equivalente constando nome do usuário, unidade de saúde, data, hora e motivo da recusa de atendimento, sempre que solicitado, na forma e prazos previstos na Lei nº 9.051/1995;*
>
> *c) fornecer certidão ou documento equivalente ao servidor público da unidade, ainda que os serviços de recepção sejam terceirizados, na forma e prazos previstos na Lei nº 9.051/1995;*
>
> *d) informar ao usuário, nas unidades de saúde, inclusive hospital, pronto atendimento, postos de saúde, postos do programa "Saúde da Família" e outros existentes, de maneira clara e objetiva, os nomes dos médicos e odontólogos em exercício na unidade naquela determinada data, bem como sua especialidade e o horário de início e de término da jornada de trabalho, devendo informar, ainda, que o registro de frequência dos profissionais estará disponível para consulta de qualquer interessado, nos termos da Lei n.º 12.527/2011. Tudo isso no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais);*
>
> *e) disponibilizar, nas unidades públicas de saúde, para consulta de qualquer cidadão, o registro de frequência dos profissionais que ocupem cargos públicos vinculados ao SUS, nos termos da Lei n.º 12.527/2011, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais);*
>
> *f) disponibilizar na internet, o local e horário de atendimento dos médicos e odontólogos que ocupem cargos públicos vinculados ao SUS, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais);*
>
> *g) estabelecer rotinas destinadas a fiscalizar o cumprimento da carga horária dos profissionais vinculados ao SUS e disponibilização da informação à população, sob pena de responsabilidade.*
>
> *Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.*
>
> *Sem custas e honorário advocatícios.*

Em recurso de apelação, o município pugna pelo provimento do recurso e reforma da sentença.

Entende serem desnecessárias todas as medidas decretadas em sentença, uma vez que já adotaria mecanismos eficazes para o atendimento aos administrados nos termos da lei.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugna pelo desprovimento do recurso e manutenção da sentença.

Manter um sistema de responsabilização adequado e eficiente dos servidores que não cumprirem a jornada de trabalho devida.

O apelante alega que mantém sistema adequado e, quando necessário, ocorre a instauração de procedimento administrativo para apuração de irregularidades, nos termos do Estatuto do Servidor Público. Desse modo, não seria necessária implantação de outro sistema para apuração de falta de funcionário ao trabalho.

No presente caso, considere-se que a forma de controle de frequência dos funcionários é de discricionariedade municipal, ligada ao instituto de conveniência e oportunidade da Administração Pública. A determinação de método a ser adotado não cabe ao Poder Judiciário.

Na lição do doutrinador Hely Lopes Meirelles:

> *O Poder Discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática dos atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. (....)*
>
> *Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; (....).*[1]

Entretanto, ainda que seja da faculdade do Município a escolha do sistema de responsabilização que achar viável, é seu dever a implantação de método que seja eficiente na responsabilização de servidores que não cumprirem a jornada de trabalho.

Pela análise dos autos, foi demonstrado que a sistemática atual não é eficiente. Deve o apelante, dessa forma, adotar medidas eficazes para a resolução do problema em questão, adequando-se às exigências legais.

Assim cabe à municipalidade a implantação, em tempo hábil, de método adequado de fiscalização e de responsabilização dos funcionários em razão de suas faltas.

Garantir a todos os usuários do SUS não atendidos no serviço de saúde solicitado, o fornecimento de certidão ou documento equivalente constando nome do usuário, unidade de saúde, data, hora e motivo da recusa de atendimento, sempre que solicitado, na forma e prazos previstos na Lei n.º 9.051/1995.

Fornecer certidão ou documento equivalente ao servidor público da unidade, ainda que os serviços de recepção sejam terceirizados, na forma e prazos previstos na Lei n.º 9.051/1995.

O artigo 5ª garante acesso a informações

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu*

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 29ª edição atualizada. São Paulo: Ed. MALHEIROS EDITORES LTDA, 2004, p. 116/117.

> *interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*
>
> *XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
>
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*
>
> *b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*

Quanto ao fornecimento de certidões, nos casos de não emissão a algum usuário ou a servidor público da unidade.

> *Art. 1º As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor.*
>
> *Art. 2º Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.*

No caso em concreto, o recorrente entende que as certidões requeridas pelos usuários ou servidores só podem ser disponibilizadas após 15 dias e depois de explicado o motivo dos requerimentos.

Trata-se de informação a ser prestada pelo Estado, que deve ser concedida de forma célere e gratuita, nos referidos termos da Carta Magna, visto que se trata de dados de interesse do usuário.

O motivo é a recusa de atendimento. Todavia, não se vislumbra a necessidade de que o usuário explique a razão pela qual quer certidão. De fato, o simples requerimento verbal é suficiente para a emissão de certidão ou documento equivalente que trate de informações a respeito dos serviços prestados ao cidadão ou de que acredite serem-lhe necessárias.

Ademais, consoante princípios garantidos na Constituição, a administração pública é que deve motivar os seus atos, e não o usuário. Ou seja, é ilegítimo exigir do administrado que explique a causa pela qual demanda as informações.

Consoante a lição de Hely Lopes Meirelles quanto ao instituto do *motivo* nos atos administrativos da Administração Pública:

> *O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. (....). Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o que o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável por ausência de motivação.*[2]

O apelante dever prestar as informações nos termos da Lei de Informação (lei n.º 12.527/2011),

2 *MEIRELLES, Hely Lopes.* **Direito Administrativo Brasileiro** *– 29ª edição atualizada. São Paulo: Ed. MALHEIROS EDITORES LTDA, 2004, p. 151*

preferencialmente de imediato ao seu pedido:

> *Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.*
>
> *§ 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.*
>
> *§ 2º Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet.*
>
> *§ 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.*
>
> *Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível.*
>
> *§ 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias:*
>
> *I - comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão;*
>
> *II - indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou*
>
> *III - comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação.*

O usuário não está obrigado ao pagamento de custas para obtenção das informações e documentos, salvo exceção para cobrir custos e materiais utilizados:

> *Art. 12. O serviço de busca e fornecimento da informação é gratuito, salvo nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade pública consultada, situação em que poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados.*
>
> *Parágrafo único. Estará isento de ressarcir os custos previstos no caput todo aquele cuja situação econômica não lhe permita fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família, declarada nos termos da Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983.*

Destarte, deve o recorrente adotar medidas para os casos em que deva fornecer certidão ou documento equivalente ao usuário.

Informar ao usuário, nas unidades de saúde, inclusive hospital, pronto atendimento, postos de saúde, postos do programa "Saúde da Família" e outros existentes, de maneira clara e objetiva, os nomes dos médicos e odontólogos em exercício na unidade naquela determinada data, bem como sua especialidade e o horário de início e de término da jornada de trabalho, devendo informar, ainda, que o registro de frequência dos profissionais estará disponível para consulta de qualquer interessado, nos termos da Lei n.º 12.527/2011. Tudo isso no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

O artigo 4º da Lei n.º 12.527/11, no inciso I, considera como informação dados, processados ou não,

que sejam usados para produção e transmissão de conhecimento:

> *Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:*
>
> *I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;*

No caso em análise, é dever do apelante informar ao usuário as informações que lhe sejam úteis quanto à qualificação dos profissionais médicos e odontólogos, bem como seus horários de atendimento, segundo disposição legal do artigo 6º da mencionada Lei de Informação:

> *"Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:*
>
> *I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;*
>
> *II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e*
>
> *III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso. "*

Ou seja, é tarefa do recorrente propiciar amplo acesso à informação correspondente aos serviços que desenvolve, bem como sua disponibilidade aos usuários e ao público, pois são dados também de seu interesse.

Da mesma forma, deve estar disponível o registro de frequência dos citados profissionais para consulta pelo administrado, tendo em vista que são informações de interesse público.

Ao contrário do afirmado em apelação, o registro de frequência dos profissionais não se configura em documento de caráter pessoal, não existindo informações que digam respeito à intimidade do profissional.

As justificativas das faltas constantes nos registros de frequência, também tem natureza pública, tratando-se somente de informação quanto à falta do profissional ao trabalho.

Desta forma, não se enxerga possibilidade de constrangimento do funcionário quanto à publicidade do motivo de sua falta.

Outrossim, mantem-se o prazo dado em sentença para adequação dos serviços, sob pena de multa.

Disponibilizar, nas unidades públicas de saúde, para consulta de qualquer cidadão, o registro de frequência dos profissionais que ocupem cargos públicos vinculados ao SUS, nos termos da Lei n.º 12.527/2011, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Disponibilizar na internet, o local e horário de atendimento dos médicos e odontólogos que ocupem cargos públicos vinculados ao SUS, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

A disponibilização do registro de frequência e do horário de atendimento aos cidadãos configura-se, como já demonstrado, em informação de opinião pública, devendo ser disponibilizado e de fácil acesso tanto nos locais de prestação de serviço quanto em portal na internet.

Todas essas medidas foram constituídas em sentença para que começassem a ser adotadas no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), decurso de tempo

que se considera razoável para cumprimento da decisão.

Logo, mantém-se o prazo concedido em decisão de 1º grau, o qual deve ser cumprido, sob pena de ao apelante ser imputada multa de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Estabelecer rotinas destinadas a fiscalizar o cumprimento da carga horária dos profissionais vinculados ao Sistema Único de Saúde e disponibilização da informação à população, sob pena de responsabilidade.

Por fim, cabe ao município apelante implantar rotinas de fiscalização ao cumprimento de carga horária dos profissionais vinculados ao SUS e de acesso de informações à população, tendo em vista tratar-se de medida assecuratória de transparência e manutenção da prestação de serviços ligados à área de saúde.

Ante o exposto e, de acordo com o parecer ministerial, conheço de ambos os recursos, mas nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0052814-93.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – VENDA DE MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA O CONSUMO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – NÃO PROVIMENTO.

Demonstradas materialidade e autoria delitiva resta incabível o pleito absolutório.

Impossível excluir a tipicidade do delito, através da aplicação do princípio da insignificância, em crimes de perigo abstrato que atentam contra as relações de consumo e saúde pública.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante a perfeita correspondência da sentença com a legislação em vigor.

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, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Campo Grande, 6 de novembro de 2017.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Antonio Macieira Rodrigues interpõe apelação objetivando a reforma da sentença que o condenou a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa, pela prática de crime de exposição à venda de produto em condição imprópria para o consumo (art. 7º, IX, da Lei n.º 8.137/90).

Aduz que *"não houve análise científica (direta e indireta) da carne apreendida atestando que havia risco concreto à saúde, e, portanto, não está comprovada a materialidade do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90"* e que *"não basta a apreensão da mercadoria sem comprovação de procedência ou ausência de inspeção para afirmar a impropriedade do consumo"*.

Alega, outrossim, que a carne não era destinada a comercialização, mas ao consumo de sua família e empregados, sendo devido o reconhecimento da atipicidade da conduta pela mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 346/350).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento (f. 359/362).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Antonio Macieira Rodrigues interpõe apelação objetivando a reforma da sentença que o condenou a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa, pela prática de crime de exposição à venda de produto em condição imprópria para o consumo (art. 7º, IX, da Lei n.º 8.137/90).

Consta que, aos 21 de setembro de 2011, na Rua Dom Fernandes Sardinha, esquina com Rua Benedito Viana, Jardim Uirapuru, em Campo Grande, juntamente com Raimundo Nonato Bizerril Rodrigues, o acusado praticou crime contra as relações de consumo ao expor a venda e vender matéria prima em condições impróprias ao consumo, vez que a carne bovina comercializada estava em desacordo com as normas sanitárias de acondicionamento e higiene.

Na data dos fatos a Agência Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal - IAGRO comunicou à polícia judiciária sobre a possível existência de abatedouro clandestino e ao se deslocarem à propriedade apontada policiais civis constataram a veracidade dos fatos prendendo em flagrante os acusados.

No local foram encontrados uma carcaça bovina de 160 kg (cento e sessenta quilos) pendurada em uma árvore, um gancho usado para suspensão, várias facas e chairas fincadas no tronco, bem como o couro do animal abatido aberto no solo com as patas e cabeça sobre ele, além de uma balança com capacidade para 60 kg (sessenta quilos) e uma calculadora.

Conforme "laudo de constatação e exame de corpo de delito" elaborado pelos agentes da IAGRO e laudo realizado pela polícia judiciária (f. 96/102 e 112/125), a carcaça de animal bovino apresentava grande quantidade de moscas e no local era possível verificar restos de resíduos de outros abates próximos ao local. Além disso, os ganchos e utensílios utilizados para os cortes estavam sem a devida higienização e apresentavam sinal de ferrugem. Outrossim, todo o processo ea realizado a céu aberto sem as mínimas condições higiênico-sanitárias exigidas tanto para o manejo da carne quanto para armazenamento e transporte.

Processado, aduz que *"não houve análise científica (direta e indireta) da carne apreendida atestando que havia risco concreto à saúde, e, portanto, não está comprovada a materialidade do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90"* e que *"não basta a apreensão da mercadoria sem comprovação de procedência ou ausência de inspeção para afirmar a impropriedade do consumo"*.

O crime em questão (art. 7º, IX, da Lei n.º 8.137/90) possui a natureza jurídica de norma penal em branco, devendo ser analisado em conjunto com o art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> *Art. 18. (...)*
>
> *§ 6° São impróprios ao uso e consumo:*
>
> *I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;*
>
> *II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;*
>
> *III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.*

Analisando-se o dispositivo extrai-se que são considerados impróprios para o consumo aqueles

fabricados em desrespeito com as normas regulamentares, situação que se subsume ao caso concreto.

Com efeito, infere-se dos autos que o acusado era responsável por um abatedouro clandestino, o qual comercializava carne bovina, sem especificação de procedência, tampouco controle de qualidade.

Os documentos de f. 101/104 e 117/130 demonstraram que o abate e corte do bovino era realizado sem qualquer observância normativa ou regulamentar, sendo certo também pela prova testemunhal que o acusado não mantinha local apropriado para descarte de restos do animal e armazenamento da carne, sendo constatado que aquelas que já haviam sido cortadas estavam jogadas ao sol, sem qualquer embalagem e refrigeração, na caçamba de um veículo expostas a toda sorte de intemperes.

De outro vértice, as testemunhas Valdir Pereira e José Bisbo confirmara que o acusado expunha à venda produtos de origem animal que não possuíam procedência, carimbo da inspeção sanitária, tampouco prazo de validade, restando caracterizado que tais se encontravam em desacordo com as normas regulamentares de distribuição, tendo os mesmos esclarecidos que a carne era vendida pela importância de R$ 5,50 (cinco reais e cinquenta centavos) o quilo.

Assim, comprovado que o acusado mantinha em funcionamento o abatedouro clandestino, no qual não se realizava a prévia inspeção industrial e sanitária dos produtos de origem animal, razão pela qual plenamente configurado o tipo penal em apreço.

Dessarte, não se mostra imprescindível a existência de laudo pericial atestando que os produtos comercializados encontravam-se impróprios para o consumo, vez que tal situação é presumida pelas péssimas condições sanitárias em que se encontrava o abatedouro, consoante se depreende da simples leitura do "Laudo de Constatação e Exame de Corpo de Delito" realizado pela Agência Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 101/104) e "Laudo de Vistoria em Local" (f. 117/130).

Ademais, as fotos do local retratam que o abatedouro é desprovido de câmara frigorífica e as carcaças dos animais abatidos ficam expostas ao calor, insetos, etc, evidenciando o perigo de contaminação da carne, do solo e dos outros animais que aguardam o abate.

Dessarte, caracterizado o perigo à saúde, à vida e o desrespeito às normas regulamentares, de rigor a manutenção do édito condenatório.

A jurisprudência caminha neste sentido:

> *O delito previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, é de natureza formal e de perigo abstrato, consumando-se com a mera inobservância da norma incriminadora. Assim, viola o referido artigo aquele que expõe a venda produto em condições impróprias para o consumo.*[1]
>
> *APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – TER EM DEPÓSITO PARA VENDER MATÉRIA-PRIMA OU MERCADORIA, EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS AO CONSUMO (ART. 7º, INC. IX, DA LEI Nº 8.137/90) – PLEITO ABSOLUTÓRIO EM RAZÃO DA FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – INACOLHIMENTO – PROVAS EM SUFICIÊNCIA A FUNDAR DECRETO CONDENATÓRIO – PRESCINDÍVEL LAUDO A ATESTAR O RISCO A SAÚDE CONSIDERANDO A AUSÊNCIA DE CARIMBO DE INSPEÇÃO SANITÁRIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO – DE OFÍCIO RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO NA MODALIDADE*

1 TJMG, Ap 1.0625.09.093918-6/001, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Paulo Cézar Dias, j. 06/08/2013.

RETROATIVA, DECLARANDO EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE.

A condenação baseou-se nas provas trazidas aos autos, tanto na fase inquisitorial quanto na judicial, submetendo-se ao crivo do contraditório e a garantia do exercício da ampla defesa.

No que tange a argumentação de inexistência de laudo que confirme a nocividade da carne apreendida, tenho que este se torna prescindível, ao passo que as peças apreendidas se mostram ausentes de qualquer tipo anterior de inspeção ou certificação de origem (nota fiscal), sendo que a ausência de carimbo de inspeção indica a impropriedade da carne de forma presumida.

Assente-se a imprescindibilidade da inspeção ante mortem *em estabelecimento de abate, levando-se em consideração que certas enfermidades tem sintomatologia clara em animais vivos, contudo se realizado somente o exame* post mortem *pode nenhuma ou pouca afetação ser detectada.*[2] (Destaques não originais)

Alega, outrossim, que a carne não era destinada a comercialização e sim ao consumo de sua família e empregados sendo devido o reconhecimento da atipicidade da conduta pela mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Sem razão, ainda, quanto ao pleito de reconhecimento da insignificância da conduta, vez que o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, visa a tutela de bens juridicamente relevantes, como relações de consumo e saúde pública.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

O princípio da insignificância não incide nos crimes contra as relações de consumo, especialmente quando envolvam alimentos impróprios ao consumo, pois o tipo penal tutela, além das relações de consumo, a vida e a saúde humana.

Não se olvide, ademais, que "o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, é de natureza formal e de perigo abstrato, consumando-se com a mera inobservância da norma incriminadora. Assim, viola o referido artigo aquele que expõe a venda produto em condições impróprias para o consumo.[3]

Ante o exposto, nego provimento ao apelo manejado por Antonio Macieira Rodrigues.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Revisor)

É apelo interposto por Antonio Macieira Rodrigues contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que o condenou à pena de 2 anos e 4 meses e 15 dias de reclusão, em regime aberto e 53 dias-multa pela prática de crime de exposição à venda de produto em condição imprópria para consumo (art. 7º, IX, da Lei 8.137/90).

O e. relator, Des. Carlos Eduardo Contar nega provimento ao recurso defensivo.

Divirjo para dar provimento ao apelo.

Isso porque, consoante a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, para caracterizar o crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo, a qual, no presente caso, não foi produzida pelo órgão de acusação.

2 TJPR, Ap 1010646-0, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Lidio José Rotoli de Macedo, DJPR 07/08/2013.

3 TJMG, Ap 1.0625.09.093918-6/001, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Paulo Cézar Dias, j. 06/08/2013.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. LEI N. 8.137/1990. CRIMES CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO. MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA CONSUMO. EXAME PERICIAL. NECESSIDADE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. SÚMULA 83/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para caracterizar o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 - crime contra as relações de consumo -, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Incidência da Súmula 83/STJ. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1175679/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)

> *PENAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. PERÍCIA. NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Recurso especial desprovido.* (REsp n. 1.184.240/TO, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 20/6/2011)

> *CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (ARTIGO 7º, INCISO IX, DA LEI 8.137/1990). DENÚNCIA. PERÍCIA ILÍCITA. EXAME REALIZADO POR MÉDICO VETERINÁRIO. DELITO NÃO TRANSEUNTE. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO OFICIAL. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Da leitura do artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, percebe-se que se trata de delito não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso dos autos, a impropriedade para consumo dos produtos apreendidos no estabelecimento dos pacientes foi atestada por médico veterinário da Inspetoria Veterinária e Zootécnica da Secretaria de Agricultura e Abastecimento de Bento Gonçalves, inexistindo qualquer perícia oficial que confirme tal condição. 3. Diante da ausência de laudo firmado por perito oficial ou por duas pessoas idôneas portadoras de diploma de curso superior, impossível a caracterização do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, motivo pelo qual revela-se imperioso o trancamento da ação penal em exame. 4. Reconhecida a falta de justa causa para a persecução criminal em apreço, ante a inexistência de comprovação da materialidade delitiva, resta prejudicada a análise das demais máculas suscitadas na impetração. 5. Impetração não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor dos pacientes.* (HC 191.663/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 24/04/2013)

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 7º, IX, DA LEI 8.137/90 E 68 DA LEI 8.078/90. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AUTORIA. SÓCIOS-PROPRIETÁRIOS. MATERIALIDADE DELITIVA. PERÍCIA TÉCNICA. CRIME MATERIAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS IDÔNEOS DA MATERIALIDADE DELITIVA QUE AUTORIZAM A PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PERÍCIA TÉCNICA. RECURSO PROVIDO. 1. Nos denominados crimes de autoria coletiva ou societários, admite-se o recebimento da denúncia sem que haja uma descrição pormenorizada da conduta de*

> *cada agente, desde que esteja demonstrado vínculo entre o denunciado e a conduta a ele imputada. 2. A mera constatação de que os produtos se mostram impróprios para o consumo não é suficiente para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/80, sendo necessário laudo pericial para sua comprovação. 3. Recurso provido para trancar a Ação Penal 00220060128630, em curso na 2ª Vara Criminal de Ariquemes/RO.* (RHC 24.516/RO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010)

Logo, depreende-se dos autos que a sentença recorrida contraria a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça, merecendo reforma.

A propósito, ressalto que esta 2ª Câmara Criminal já se manifestou sobre a matéria, decidindo pela mesma solução à controvérsia:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 – PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – PERÍCIA – NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO – RECURSO PROVIDO. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. Recurso provido.* (TJMS, 2ª Câmara Criminal, n. 0002334-26.2012.8.12.0018, minha Relatoria, j. 28.7.2014).

Diante do exposto, divirjo do relator para dar provimento à apelação criminal interposta por Antonio Macieira Rodrigues, a fim de absolvê-lo nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 06 de novembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000588-98.2014.8.12.0036 - Inocência
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – DESACATO – DESOBEDIÊNCIA – PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO – TIPICIDADE – BEM JURÍDICO INFRINGIDO – DESNECESSIDADE DE NÚMERO MÍNIMO DE VÍTIMAS – PROVAS SUFICIENTES DAS CONDUTAS – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO MEIO E FIM – NÃO PROVIMENTO.

Não há falar em atipicidade da conduta relativa ao crime de desacato se a ofensa proferida pelo agente teve o nítido propósito de atingir o prestígio da Administração e do funcionário público, notadamente quando a proteção do bem jurídico infringido encontra-se consagrada na Carta Magna.

Não há número mínimo de pessoas incomodadas para caracterização da contravenção penal do art. 42, do Decreto-Lei n.º 3.688/41.

A existência de provas suficientes de culpabilidade obsta a pretensão absolutória.

Apesar de as infrações serem cometidas num mesmo contexto, não havendo evidência de relação de dependência e progressividade entre os fatos, inviável reconhecer a aplicação do princípio da consunção entre os crimes de desobediência e desacato.

Apelação defensiva a que se nega provimento com base na correta aplicação da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento a ambos os recursos, unânime.

Campo Grande, 16 de outubro de 2017.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta por Cheriton Fernandes dos Santos e Eliane Fernandes Gomes contra a sentença (f. 59/65) que condenou o primeiro a 06 (seis) meses de detenção, pela prática do crime do art. 331 (desacato), do Código Penal, e a segunda a 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção, pelos delitos dos art. 330 (desobediência) e art. 331, ambos do mesmo *Codex*, e 15 (quinze) dias de prisão simples, pela contravenção penal do art. 42 (perturbação do sossego), do Decreto-Lei n.º 3.688/41.

Sustentam que devem ser absolvidos, por atipicidade ou insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugnam pela incidência do princípio da consunção entre a desobediência e o desacato (f. 86/96).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 101/110).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, apesar de devidamente cientificada (f. 115), deixou de se manifestar extrapolando por demais o prazo determinado em lei.

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Cheriton Fernandes dos Santos e Eliane Fernandes Gomes contra a sentença (f. 59/65) que condenou o primeiro a 06 (seis) meses de detenção, pela prática do crime do art. 331 (desacato), do Código Penal, e a segunda a 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção, pelos delitos dos art. 330 (desobediência) e art. 331, ambos do mesmo *Codex*, e 15 (quinze) dias de prisão simples, pela contravenção penal do art. 42 (perturbação do sossego), do Decreto-Lei n.º 3.688/41.

Consta na denúncia (f. 38/40) que, aos 04 de maio de 2014, por volta de 04h30min, na Rua Alagoas, n.º 504, Jardim Boa Esperança, em Inocência, Cheriton Fernandes dos Santos e Eliane Fernandes Gomes perturbaram o sossego alheio abusando de instrumentos sonoros.

Na mesma ocasião, os acusados desobedeceram a ordem emanada dos policiais militares, bem como desacataram funcionário público no exercício de suas funções.

Policiais militares foram acionados visto que na residência dos acusados havia uma festa e o volume do som estava bastante alto, o que perturbou o sossego alheio.

Dessa forma, uma guarnição da Polícia Militar compareceu ao local dos fatos, oportunidade em que ordenou que os acusados abaixassem o volume do som, o que não foi acatado por Cheriton e Eliane.

Em ato continuo, os acusados ainda desacataram os policiais dizendo *"Vocês só sabem encher o saco, não é Polícia que vai tampá nossa boca, seus policiais de merda, aqui na Bucaina, Delegado, PM, Conselho Tutelar, juiz e promotor são tudo uns bosta"* (*sic*).

Inicialmente, os acusados sustentam que devem ser absolvidos, por atipicidade ou insuficiência de provas.

Sobre a alegação de atipicidade da conduta de desacato, os acusados buscam a análise acerca da compatibilização do art. 331, do Código Penal, ao art. 13, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, naquilo que é denominado doutrinariamente de Controle de Convencionalidade.

Prima facie, a fim de facilitar a compreensão da *quaestio*, é salutar a transcrição do dispositivo da convenção utilizado como parâmetro:

> *Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão*
>
> *1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.*
>
> *2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:*
>
> *a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou*

> *b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.*
>
> *3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.*
>
> *4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.*
>
> *5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.*

Com efeito, vislumbra-se que referido comando normativo visa proteger a liberdade de expressão, todavia, isto não se confunde com a *mens legis* do crime de desacato, que não visa tolher a liberdade de expressão, mas tão somente assegurar a honra da função pública.

Nitidamente que, em casos de desacato, além da função pública, a ofensa é dirigida de maneira pessoal, tanto que embora o sujeito passivo primário seja o Estado, secundariamente a vítima é o funcionário público, de tal sorte que há também injúria em relação a este.

Assim, quando se trata de princípios, não há como simplesmente excluir um deles do ordenamento jurídico em prol de outro, vale dizer, inexiste meio de assegurar a livre expressão, nos termos do art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal, expurgando-se a inviolabilidade da honra das pessoas, consoante assegura o art. 5º, X, da Carta Magna.

A propósito, colhe-se o posicionamento de doutrina abalizada, *in verbis*:

> *Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõe que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.*
>
> *Dessa característica resulta que, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflitos entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.*
>
> *Uma matéria jornalística, por exemplo, sobre a vida de alguém pode pôr em linha de atrito o direito de liberdade de expressão e a pretensão à privacidade do retratado. Considerados em abstrato, ambos os direitos são acolhidos pelo constituinte como direitos fundamentais. A incidência de ambos no caso cogitado, porém, leva a conclusões contraditórias entre si. Para solucionar o conflito, hão de se considerar as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática.*[1]

1 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 274.

Dessa forma, deve-se conciliar a existência de ambos através dos vetores trazidos pelo caso concreto.

In casu, verifica-se que os acusados ofenderam policiais aduzindo que *"Vocês só sabem encher o saco, não é Polícia que vai tampá nossa boca, seus policiais de merda, aqui na Bucaina, Delegado, PM, Conselho Tutelar, juiz e promotor são tudo uns bosta"* (*sic*), restando nitidamente que existe o dolo de ofensa e não mera liberdade de expressão.

Ora, vislumbrar que ofensas irrogadas contra a Administração e contra o funcionário público devam permanecer impunes não se coaduna com a lógica do ordenamento jurídico e com a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, eis que esta assegura a impossibilidade de censura prévia à liberdade de expressão, o que inexiste no crime de desacato, na medida em que a sanção é posterior à transgressão legal.

Como se não bastasse, o art. 13.2.b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, expressamente autoriza a responsabilização posterior daquele que pratica conduta que possa afetar *"a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas"*, ou seja, considerando que o delito do art. 331, do Código Penal, tem como bem jurídico tutelado o prestígio da Administração Pública, resta nítido que referido tipo penal encontra-se em consonância com a necessidade de proteção da ordem e moral públicas.

Dessarte, não há falar em absolvição dos acusados pela imputação de desacato, seja por atipicidade ou por insuficiência de provas.

Com relação à contravenção penal de perturbação da tranquilidade, absolutamente inviável acolher a tese atipicidade por não haver o testemunho de moradores incomodados com o barulho. Isso porque há provas suficientes de que os acusados iniciaram uma festividade na noite do dia anterior, a viatura policial somente foi ao local após ligações de moradores e, nem assim, os acusados admitiram baixar o volume do som.

A jurisprudência traz precedente que calha à fiveleta no caso dos autos:

> *Em relação à contravenção penal, pleito de absolvição por atipicidade da conduta e, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal. Delito de desacato. Materialidade e autoria comprovadas. Réu que xingou os policiais de merda (SIC), quando da abordagem policial, que se deu em razão de reclamação de vizinho em decorrência do som alto na casa do acusado. Depoimentos firmes, detalhados e coesos dos policiais militares, dando conta de como ocorreu o desacato. Contravenção de perturbação do trabalho ou sossego alheios. Prova segura de que o volume do som estava alto, gerando o chamamento da Polícia Militar ao local. Possibilidade de reclamação por parte de uma única vítima, confirmada por outros moradores, como ocorreu no caso dos autos. Art. 42, da LCP que não fixa número de pessoas para apresentação de reclamação ou de queixa-crime.*[2]

Subsidiariamente, Eliane pugna pela incidência do princípio da consunção entre a desobediência e o desacato.

A respeito da consunção, Celso Delmanto ensina *"quando a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste."*[3]

Ou seja, para que se aplique a consunção faz-se necessário que as normas violadas visem à mesma finalidade, sendo que *"a prática de um delito pressupõe necessariamente a prática de outro"*.[4]

2 TJSP, Ap 0004208-77.2016.8.26.0483, Ac. 10737419, 8ª Câm. de Dir. Crim., rel.ª Des.ª Ely Amioka, j. 24/08/2017, DJ 31/08/2017.

3 *Apud* MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. **Direito Penal**, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 216.

4 MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. Op. cit., p. 216.

Não fosse o suficiente, para que se reconheça a ocorrência do aludido princípio, necessário se faz demonstrar que as condutas praticadas pelo agente tenham se dado no mesmo contexto fático, denotando, assim, uma relação de progressividade.

Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa. Incabível a aplicação automática do princípio da consunção, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto.*[5]

É exatamente o que não se verifica *in casu*, porquanto apesar de as infrações serem cometidas num mesmo contexto fático, não há uma relação de dependência e progressividade entre os fatos envolvendo a prática de ambos os delitos (desobediência e desacato).

Isso porque, inicialmente, a acusada desobedeceu a ordem legal (baixar o volume do som) dada por policiais militares com a finalidade de garantir o sossego da vizinhança. Posteriormente, os ânimos se acaloraram e Eliane proferiu diversos xingamentos contra os policiais e outras autoridades locais, conforme já mencionado.

Não se nota qualquer relação de dependência entre os delitos, sendo perfeitamente possível o exercício hipotético de separar as condutas e, ainda assim, alcançar-se a consumação de ambos.

Neste cenário, inviável o reconhecimento do princípio da consunção.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Cheriton Fernandes dos Santos e Eliane Fernandes Gomes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento a ambos os recursos, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 16 de outubro de 2017.

***

5 REsp 890.515, 5ª T., rel. Min. GILSON DIPP, j. 19/04/2007, DJU 04/06/2007.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000103-35.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE A ATESTAR A TRAFICÂNCIA – PENA-BASE REDUZIDA – MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – TRÁFICO PRIVILEGIADO – CONFIGURADO – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PARA AS CORRÉS – RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.

Segundo dispõe o art. 301 do Código de Processo Penal, qualquer um do povo pode prender aquele que estiver em flagrante delito. O fato da prisão em flagrante do acusado ter sido realizada por guarda municipal não revela ilegalidade.

Se as provas colhidas no conjunto probatório são idôneas e sustentam o decreto condenatório pela prática do crime de tráfico de drogas, torna-se inviável falar em absolvição.

Pena-base reduzida. Decotadas as moduladoras da culpabilidade, conduta social e consequências do delito, pois valoradas sob fundamentação inidônea.

Considerando que as corrés são primárias, possuem bons antecedentes e não há provas de que se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa, nos termos da Lei de Drogas, fazem jus ao patamar de redução da causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado na razão de 1/4. Reconhecimento de ofício.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso do réu para diminuir a pena-base e, de ofício, reconheço a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 em favor das corrés.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar parcial provimento ao recurso e de ofício, reconhecer a minorante do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em favor de Talyta Fonseca Gonçalves e Elisângela Pereira de Oliveira, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, 5 de outubro de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ivan Alves da Silva contra sentença (fls. 386-398) que

o condenou pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, ao cumprimento da pena de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Segundo narra a denúncia (fls. 02-03):

> *No dia 30 de novembro de 2015, aproximadamente as nove horas, no Terminal Rodoviário de Dourados, localizado na Avenida Marcelino Pires, centro, Dourados/MS, Elisangela Pereira de Oliveira e Talyta Fonseca Gonçalves traziam consigo (transportavam), sem autorização e em desacordo com determinação legal, duas malas com dezessete tabletes contendo dezesseis quilogramas da substância entorpecente conhecida popularmente como maconha, droga proscrita em todo o território nacional, de acordo com a Portaria SVS/MS n.º 344, de 12 de maio de 1998, com o intuito de comercialização.*
>
> *Guardas Municipais, em patrulhamento de rotina no Terminal Rodoviário de Dourados, abordaram as denunciadas. Os servidores públicos localizaram em suas bolsas dezessete tabletes da droga supracitada, sendo que onze tabletes foram encontrados na bolsa preta com detalhes vermelhos e seis tabletes estavam na bolsa preta.*
>
> *As denunciadas confessaram que a droga foi obtida na cidade de Ponta Porã/MS e seria levada para Bataguassu/MS, assim como receberiam a quantia de R$ 1.600,00 quando o entorpecente fosse entregue (págs. 06 e 14).*
>
> *Talyta Fonseca Gonçalves informou que agia em conluio com Ivan Alves da Silva, vulgo Ducatti, o qual está preso no Presídio de Segurança Média em Três Lagos/MS. O denunciado, por intermédio do aplicativo WhatsApp (número 9149-5074), contratou Talyta Fonseca Gonçalves para transportar a droga pela quantia acima mencionada. Ivan Alves da Silva foi o autor intelectual do crime, organizando o delito e dirigindo a atividade das acusadas. Os denunciados associaram-se para praticar o tráfico de entorpecentes.*
>
> *Alega, em síntese, que a prisão em flagrante se constitui em prova ilícita, tendo em vista ter sido realizada por guardas municipais, os quais não têm competência para tal ato. Entende que a ilicitude apontada contamina todo o processo e impõe sua absolvição. Alternativamente, pede a diminuição da pena (fls. 430-438).*
>
> *O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, pediu a manutenção da sentença condenatória (fls. 442-461).*
>
> *Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (fls. 483-489).*

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ivan Alves da Silva contra sentença (fls. 386-398) que o condenou pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, ao cumprimento da pena de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Segundo narra a denúncia (fls. 02-03):

> *No dia 30 de novembro de 2015, aproximadamente as nove horas, no Terminal Rodoviário de Dourados, localizado na Avenida Marcelino Pires, centro, Dourados/MS, Elisangela Pereira de Oliveira e Talyta Fonseca Gonçalves traziam consigo (transportavam), sem autorização e em desacordo com determinação legal, duas malas com dezessete tabletes contendo dezesseis quilogramas da substância entorpecente conhecida*

popularmente como maconha, droga proscrita em todo o território nacional, de acordo com a Portaria SVS/MS n.º 344, de 12 de maio de 1998, com o intuito de comercialização.

Guardas Municipais, em patrulhamento de rotina no Terminal Rodoviário de Dourados, abordaram as denunciadas. Os servidores públicos localizaram em suas bolsas dezessete tabletes da droga supracitada, sendo que onze tabletes foram encontrados na bolsa preta com detalhes vermelhos e seis tabletes estavam na bolsa preta.

As denunciadas confessaram que a droga foi obtida na cidade de Ponta Porã/MS e seria levada para Bataguassu/MS, assim como receberiam a quantia de R$ 1.600,00 quando o entorpecente fosse entregue (págs. 06 e 14).

Talyta Fonseca Gonçalves informou que agia em conluio com Ivan Alves da Silva, vulgo Ducatti, o qual está preso no Presídio de Segurança Média em Três Lagos/MS. O denunciado, por intermédio do aplicativo WhatsApp (número 9149-5074), contratou Talyta Fonseca Gonçalves para transportar a droga pela quantia acima mencionada. Ivan Alves da Silva foi o autor intelectual do crime, organizando o delito e dirigindo a atividade das acusadas.

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença condenatória julgando parcialmente procedente a denúncia para absolver os acusados da imputação do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, da Lei n.º 11.343/2006), bem como para condená-los pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei n.º 11.343/2006), impondo ao apelante Ivan Alves da Silva a pena de 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, e para Talyta Fonseca Gonçalves e Elisângela Pereira de Oliveira as penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, todos com regime inicial fechado.

As rés não interpuseram recurso, tendo a sentença transitado em julgado para elas, consoante certidão cartorária de fl. 462.

Inconformado com a sentença condenatória, o apelante busca a absolvição, sob o argumento de se constituir a prisão em flagrante em prova ilícita, uma vez que foi realizada por guardas municipais, os quais carecem de competência para tanto. Alternativamente, pede a diminuição da pena (fls. 430-438).

Passa-se à análise do recurso.

Os guardas municipais Porfírio Arguelho Riveiro Júnior e Gledson Gimenes dos Santos estavam de serviço na Estação Rodoviária de Dourados e, por volta das 09h05min, avistaram duas mulheres em atitude suspeita, ou seja, aparentando nervosismo, e decidiram abordá-las, sendo que tal diligência resultou na apreensão de 17 (dezessete) tabletes, que totalizaram 16 Kg (dezesseis quilogramas) de maconha (fls. 07-08, 11-12 e 327-328), consoante Laudo Pericial acostado na fl. 35.

Segundo dispõe o artigo 301 do Código de Processo Penal, *"Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito"*.

Assim, o fato da prisão em flagrante ter sido realizada por guardas municipais não revela ilegalidade.

A propósito do assunto, colhe-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AVENTADA INCOMPETÊNCIA DOS GUARDAS MUNICIPAIS PARA EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE ABSOLUTA. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. PERMISSIVO DO ART. 301 DO CPP. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. ILEGALIDADE. VERIFICADA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. Pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art.

> *144, § 8º, CF), bem como qualquer do povo, prender aquele encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP). 2. (...)* (HC 365.283/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em 27/09/2016, DJe 24/11/2016)

> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA . SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFIRMAÇÃO DE PORTE DA DROGA PARA USO PESSOAL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE REALIZADO POR GUARDAS MUNICIPAIS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CUSTÓDIA FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO ANTERIOR POR NARCOTRÁFICO. PACIENTE QUE ESTAVA EM CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME ABERTO QUANDO DA PRÁTICA DO PRESENTE DELITO. RISCO EFETIVO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO CORRÉU. PRETENDIDA EXTENSÃO DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 580 DO CPP. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. NÃO COMPROVAÇÃO E IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 3. Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, razão pela qual não há qualquer óbice à sua realização por guardas municipais. Precedentes. (...)* (HC 357.725/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 18/04/2017, DJe 12/05/2017)

As provas são lícitas, ao contrário do afirmado pela defesa, e demonstram livre de dúvidas que o apelante fez contato com a corré Talyta para combinar o transporte da droga.

A corré Talyta Fonseca Gonçalves confessou que, juntamente com Elisangela, receberia R$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais) para fazer o transporte da droga que lhe foi entregue na rodoviária de Ponta Porã até Paranaíba, bem como afirmou ter sido contratada pelo apelante Ivan, de pseudônimo "Ducati" (fl. 21):

> *Que em certa conversa a interroganda comentou que estava precisando de dinheiro, tendo este proposto à interroganda que viesse até a cidade de Ponta Porã para pegar a quantia de quinze quilos de maconha e levar para a cidade de Paranaíba; Que pelo transporte ganharia o valor de R$ 1.600,00 Reais que seria pago na entrega da droga; Que, então a interroganda e sua amiga Elisangela foram até a referida cidade onde um homem desconhecido entregou à interroganda duas bolsas contendo certa quantidade de maconha; Que vieram até a cidade pedindo carona e seguiriam viagem de ônibus até Paranaíba; (...)*

Elisangela Pereira de Oliveira também confessou ter transportado a droga na ocasião do interrogatório extrajudicial, afirmando que o contato com Ivan foi feito por Talyta (fl. 13):

> *(...) que deixou o emprego há uns quatro dias; QUE; na data de 28/11/2015, sábado, TALYTA chamou a interroganda para ir até a cidade de Ponta Porã, sendo que no meio da viagem TALYTA disse que iria até a cidade para pegar certa quantidade de maconha; Esclarece a interrogando que TALYTA propôs à interroganda que caso quisesse desistir, poderia, no entanto decidiu continuar a viagem; QUE, na data de hoje se encontraram com um homem desconhecido na rodoviária daquela cidade o qual entregou à interroganda e sua comparsa duas bolsas contendo aproximadamente dezesseis tabletes de maconha; Que chegaram a esta cidade pegando carona na estrada, Que ainda na data de hoje, por volta das 09h00min foram até o terminal rodoviário de Dourados e como o ônibus só sairia às 15h00min, para a cidade de Paranaíba, deixaram as bolsas no guarda volumes da rodoviária e foram para uma lanchonete, momento em que foram abordado guardas*

municipais, os quais as indagaram sobre o paradeiro das bolsas, sendo que de pronto falaram que estava no guarda volumes da rodoviária; Que, recebeu voz de prisão e foi encaminhada à esta Delegacia; Esclarece a interroganda que que quem fazia o contato com a pessoa que encomendou a droga era TALYTA; Que pelo transporte ganhariam a quantia de R$ 1.600,00 Reais.

As corrés foram interrogadas judicialmente e confirmaram que já receberam as drogas nas mochilas em que foram apreendidas e realizariam o transporte das drogas até a cidade de Paranaíba, mas acabaram sendo presas na rodoviária de Dourados (fls. 327-328).

O apelante foi identificado pela autoridade policial judiciária, como sendo o indivíduo que entrou em contato telefônico com a corré Talita e fez a proposta para o transporte das drogas (fl. 48).

Ressalta-se que o apelante teve três oportunidades para declinar o nome de seu advogado particular (fl. 85, 145 e 351, quando foi interrogado e permaneceu calado sobre os fatos) e se manteve silente, motivo pelo qual o magistrado *a quo* nomeou para sua assistência um representante da Defensoria Pública, sendo inviável falar em cerceamento de defesa.

Ao analisar os elementos trazidos aos autos, constata-se que, contrário do afirmado no recurso, as provas são lícitas e formam um conjunto probatório hábil para sustentar o decreto condenatório pela prática do crime de tráfico de drogas.

Do pleito de diminuição da pena-base

O magistrado *a quo* ao fixar a pena-base do apelante, considerou como desfavoráveis as moduladoras da culpabilidade, conduta social, personalidade, circunstâncias e consequências do crime, aplicando a reprimenda, na primeira etapa de dosimetria, acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, *verbis:*

Passo a dosar a pena do réu Ivan Alves da Silva, na esteira dos artigos 59 e 68 do Código Penal.

É reprovável a culpabilidade do réu, pois agiu de forma premeditada mediante a divisão de tarefas e contratou as rés para transportar o entorpecente de Ponta Porã até Bataguassu.

Os antecedentes serão analisados na segunda fase da dosimetria da pena, para se evitar o bis in idem (f. 299-301 e 306-17).

Conduta social voltada para a prática deletéria.

Apresenta personalidade egocêntrica, de forma a impor sua forma reprovável de agir a terceiras pessoas.

Os motivos são próprios do tipo penal.

As circunstâncias do delito demonstram a ousadia do réu, que do interior do presídio em Três Lagoas, comandou o esquema criminoso por meio de telefone.

São graves as consequências do tráfico, apesar da droga ser apreendida, pois a conduta do réu serve de estímulo para que outras pessoas se engajem nessa prática deletéria. Ainda a proliferação das drogas causa danos à saúde pública, que não tem estrutura suficiente para tratar os viciados, para que estes tenham possibilidade, mesmo minimamente, de se livrarem dessa odiosa dependência química.

> *Na forma do artigo 42 da Lei 11.343/2006, denoto que houve grande quantidade de maconha apreendida (16kg). Assim, uma vez devidamente acondicionada em pequenas porções, rende alta quantia em dinheiro.*
>
> *Destarte, fixo a pena-base do crime de tráfico de drogas em* ***6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa****.*
>
> *Ante a agravante da reincidência, elevo a reprimenda para* ***cravá-la definitivamente em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa****.* (destaques originais)

As sanções impostas devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias do delito perpetrado e, ainda, com as características subjetivas do agente infrator. Em observância a isso, o julgador criminal, com espeque, ainda, nas disposições previstas nos artigos 59 a 68, todos do CP, fixa a reprimenda que entende adequada e suficiente para as finalidades retributiva e preventiva da sanção penal.

Ricardo Augusto Shmitt[1] leciona que a conduta social do agente: "*(...) Trata-se do comportamento do agente no seio social, familiar e profissional. Revela-se por seu relacionamento no meio em que vive, tanto perante a comunidade, quanto perante sua família e seus colegas de trabalho.(...)*".

E continua ao discorrer sobre a personalidade[2]: *"(...) trata-se de uma valoração da história pessoal de vida de cada pessoa, de sua índole, de seus antecedentes biopsicológicos herdados, de sua estrutura como pessoa,(...)*".

A moduladora da personalidade diz respeito às qualidades pessoais do indivíduo e para sua análise são necessárias circunstâncias que escapam à seara do direito, não existindo nos autos elementos suficientes para sua aferição, devendo ser considera neutra. Também não pode ser mantida como desfavorável a conduta social, sob o argumento de ser a do acusado "voltada para a prática deletéria", já que tal análise deve ser feita em circunstância judicial própria, os antecedentes, bem como a agravante da reincidência, esta considerada na segunda fase da dosimetria.

Quanto às consequências do delito, observa-se que a moduladora foi considerada com base na gravidade abstrata do delito já sopesado pelo legislador, sem respaldo algum nos elementos angariados aos autos, sendo medida imperativa o afastamento de sua prejudicialidade.

Nessa trilha trago o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *(...) A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. 3. No presente caso, as instâncias ordinárias se utilizaram de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base, ao valorar negativamente as consequências do crime, uma vez que a afirmação de que o crime gerou descrença da população, no sentido de que os processos de votação podem ser viciados, maculados, recaindo no descrédito o Poder Legislativo Municipal não justifica a valoração negativa dessa circunstância, motivo pelo qual não pode ser sopesada, pois não aponta para maior reprovabilidade da conduta, tratando de fundamentação baseada em considerações abstratas.* (AgRg no REsp 1604434/RN, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017)

1 **Sentença Penal Condenatória** 4ª ed. JusPoivm, 2009.P.96/98.

2 **Sentença Penal Condenatória** 4ª ed. JusPoivm, 2009.P.96/98.

Muito embora o aumento relativo às moduladoras acima deva ser excluído, a pena-base deve permanecer acima do mínimo legal, já que a culpabilidade desfavorece ao réu, que agiu mediante divisão de tarefas e contratou as acusadas para transportar a droga de Ponta Porã até Bataguassu, o que denotou, no caso, um maior grau de reprovabilidade da conduta delitiva, diante do planejamento antecipado da ação criminosa. De igual forma, as circunstâncias do delito também são desfavoráveis, tendo em vista que Ivan comandou a prática do crime do interior do presídio em Três Lagoas, local onde cumpre pena pelo crime de latrocínio.

Causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006 – reconhecimento de ofício para as corrés Talyta Fonseca Gonçalves e Elisângela Pereira de Oliveira.

É de se reconhecer o tráfico privilegiado para as acusadas, que são rés primárias e portadoras de bons antecedentes, como consta expresso na sentença monocrática (certidões de fls. 297-298, 302-305), e não há nos autos evidências de que se dediquem à atividade criminosa ou integrem organização criminosa, sendo descabido o afastamento do benefício legal com base em presunções.

O transporte da droga foi realizado em ônibus coletivo e não houve carro preparado para tal desiderato.

Das provas coligidas nos autos, não há como dessumir estreita relação idônea a configurar integração à organização criminosa ou dedicação às atividades criminosas de Talyta e Elisângela, não havendo elementos para se concluir que elas já praticaram outros atos de traficância.

Todos os elementos indicam que as acusadas agiram tipicamente na figura que a prática policial e forense convencionou denominar "mula", a fim de transportar o entorpecente e em caso de apreensão, ser responsabilizada criminalmente.

Por óbvio, o simples contato com agentes da organização criminosa é inevitável em tal situação; todavia, para que pressuponha a dedicação à atividade criminosa ou integração de organização criminosa são exigíveis elementos concretos, hábeis a demonstrar, pela logística empregada, a efetiva colaboração com a traficância organizada, o que não há comprovação na hipótese.

Em que pese a quantidade de droga transportada – 16 Kg (dezesseis quilos), não é vultosa a ponto de impedir a aplicação da minorante, mormente por ser elemento isolado nos autos.

Neste sentido, colaciono os julgados:

> *(...)* ***pois mesmo sendo grande a quantidade de droga e de alto poder lesivo à saúde, não se pode perder de vista que o agente é também vítima do narcotráfico, já que foi contratado como 'mula' para transportar a referida substância entorpecente****. Recurso parcialmente provido.* (Apelação Criminal 1.0040.08.069320-9/001 0693209-36.2008.8.13.0040 (1) Des.(a) Antônio Armando dos AnjosCâmaras Criminais Isoladas / 3ª Câmara Criminal - Data do Julgamento: 27/01/2009)

> *(...) Possível aplicar-se o corréu que exerce o papel de transportar o entorpecente a mando dos demais ("Mula") a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Recursos conhecidos e parcialmente providos.* (Acórdão n.794201, 20130110406050APR, Relator: Cesar Laboissiere Loyola, Revisor: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/05/2014, Publicado no DJE: 06/06/2014. Pág.: 245) – grifei.

Reconheço, pois, em favor de Talita e Elisângela, a causa especial de diminuição pelo tráfico privilegiado.

Readequação da pena

Ivan Alves da Silva:

Na primeira fase, mantida como desfavorável as moduladoras da culpabilidade e das circunstância do delito, diminuo a pena-base para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa. Na segunda fase, resta presente a agravante da reincidência, pela qual agravo a pena em 08 (oito) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa. Ausentes atenuantes. Na terceira fase da dosimetria, ausentes causas de aumento ou diminuição, motivos pelos quais torno a reprimenda definitiva em 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 640 (seiscentos e quarenta) dias-multa, à razão do mínimo diário vigente à época dos fatos.

Talita Fonseca Gonçalves:

Partindo do mínimo legal de 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, definido após o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, passo para a terceira fase da dosimetria, na qual incide a causa de diminuição da pena constante do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à razão de 1/4, tendo em conta a quantidade elevada de entorpecentes - 16 Kg (dezesseis quilos), restando em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, a qual torno definitiva ante a ausência de demais causas de diminuição ou de aumento da pena.

Elisângela Pereira de Oliveira:

Partindo do mínimo legal de 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, definido após o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, passo para a terceira fase da dosimetria, na qual incide a causa de diminuição da pena constante do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à razão de 1/4, tendo em conta a quantidade elevada de entorpecentes - 16 Kg (dezesseis quilos), restando em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, a qual torno definitiva ante a ausência de demais causas de diminuição ou de aumento da pena.

O regime inicial de cumprimento de pena das rés será o semiaberto, o que tem amparo na quantidade de entorpecentes apreendida - 16 Kg (dezesseis quilos), pois se mostra o mais adequado para prevenção e reprovação do delito (art. 33, § 3º, do Código Penal).

A substituição também se revela incabível, dadas as circunstâncias judiciais indicarem que a medida é insuficiente para o alcance das finalidades da pena (art. 44, incs. I e III, do Código Penal).

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso de Ivan Alves da Silva para diminuir a pena-base e, de ofício, reconhecer a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06 em favor de Talyta Fonseca Gonçalves e Elisângela Pereira de Oliveira.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Revisor)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Vogal)

Peço vênia para divergir parcialmente do eminente relator quanto ao reconhecimento, de ofício, da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, em favor de Talyta Fonseca Gonçalves e Elisangela Pereira de Oliveira.

Infere-se dos autos que as acusadas acima mencionadas foram condenadas à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, por infração ao artigo 33, *caput,* da Lei 11.343/2006, cuja sentença transitou em julgado sem a interposição de recurso.

Inicialmente, urge anotar que a benesse reconhecida de ofício pelo e. Relator não se trata de mera fixação de pena, mas sim, de matéria que demanda a discussão de provas, o que, portanto, ensejaria a interposição de recurso pelas acusadas, para a sua devida apreciação.

Não fosse isso, não há, no caso, como reconhecer o tráfico privilegiado porque, dentre outras circunstâncias abaixo enumeradas, as acusadas transportavam grande quantidade de maconha, ou seja, cerca de 16 quilos, impedindo o reconhecimento do tráfico ocasional, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, ante a ausência de um de seus requisitos, qual seja o de não integrar organização criminosa.

Além dessa grande quantidade, que torna clara a participação de organização criminosa em razão do notório grande investimento que demanda, a sentença apontou com clareza outro forte elemento que comprova esse fato ao destacar que as acusadas confessaram que foram contratadas, por *WhatsApp,* pelo sentenciado Ivan Alves da Silva, mentor intelectual do crime, o qual, naquela ocasião, já se encontrava preso no presídio de segurança média de Três Lagoas/MS, para buscarem o entorpecente em Ponta Porã/MS, onde as malas com a droga já estavam adredemente preparadas, e a levarem até Bataguassu-MS, por cuja empreitada receberiam, cada uma, a quantia de R$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais).

De fato, são elementos de prova mais do que suficientes para o afastamento do privilégio.

Primeiramente, é essencial ter-se em mente que "integrar organização criminosa" é fato muito diferente de "dedicação a atividade criminosa". A dedicação exige habitualidade, repetição de ações, ao contrário da integração, para cuja caracterização basta a realização de tarefa importante para os propósitos criminosos, ainda que uma única vez.

É nesse sentido o voto do Ministro Gilmar Mendes, do STF, no HC 101265, julgado em 10.04.2012, com ementa relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa, publicado no DJe 153 em 06.08.2012, de onde se extrai:

> *(...) a 'mula`, de fato, integra a organização criminosa na medida em que seu trabalho é uma condição sine qua non para a narcotraficância internacional. Pressupondo, assim, que toda organização criminosa estrutura-se a partir de uma divisão de tarefas que objetiva um fim comum, é inegável que esta tarefa - de transporte - está inserida nesse contexto como essencial. E, em princípio, diferentemente da referência à "atividade criminosa" em que o legislador exigiu "dedicação", ou seja, habitualidade, reiteração de condutas, tal condição não é essencial no caso do "integrar organização criminosa". aliás, se assim fosse, desnecessário o próprio requisito, pois já contido na "atividade criminosa. (...).*

E como ficou provado, e foi admitido pelas apelantes que o tráfico era realizado sob orientação de outro traficante, que inclusive já estava preso por isso, elas estão muito longe de ser consideradas mula, e sim membros atuantes de tal grupo.

É evidente que uma organização criminosa age com divisão de tarefas, e que seus líderes jamais participam das atividades de execução, como é o caso do transporte, em razão do elevado risco que isso representa. Normalmente a maior parte de seus componentes sequer se conhece. É da natureza da organização ocultar a identidade de seus membros. E isto é assim porque *"não saber quem é quem numa dessas organizações é uma medida de segurança para os que a integram, tanto para afastar riscos de delação, quanto para se esquivar da chamada 'queima de arquivo` (..)"* (TRF 3ª R.; ACr 0010410-28.2009.4.03.6000; MS; Quinta Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto; Julg. 17.12.2012; DEJF 27.12.12; p. 25).

O primeiro fator indicativo da participação em atividade própria de organização especialmente organizada para o tráfico de drogas é a quantidade de substância entorpecente, que neste caso, é efetivamente elevada – cerca de 16 quilos.

Ainda que tal fato, isoladamente, não baste para demonstrar a participação em organização de tal natureza, nestes autos é farta a prova acerca da presença de tais elementos.

É fato público e notório (independe de prova) que o tráfico de drogas movimenta elevadas quantias em dinheiro. O investimento é pesado na preparação e planejamento de cada etapa, na cuidadosa escolha dos participantes, distribuição de tarefas e, principalmente, na execução do ato, especialmente quando se trata do transporte de tamanha quantidade de substância proscrita.

Sendo assim, por óbvio, o transportador, encarregado de uma das tarefas mais importantes da cadeia do tráfico, não é escolhido ao acaso, aleatoriamente. Se assim fosse, seria arregimentado dentre qualquer pessoa que já se encontrasse no local onde a droga foi preparada para o transporte (Ponta Porã/MS), e não especialmente contratado em outra localidade (Bataguassu/MS), para deslocar-se até a cidade fronteiriça deste Estado, para carregar e retornar para a localidade de origem.

Por certo, ainda que as acusadas possam ser consideradas tecnicamente primárias, foram vários os integrantes do grupo que atuaram nesta empreitada, cada um com sua tarefa bem definida, sendo inegável que elas integravam tal organização criminosa, ainda que de forma eventual.

De modo que resta incabível o reconhecimento, *ex officio,* do tráfico privilegiado em benefício de Talyta Fonseca Gonçalves e Elisangela Pereira de Oliveira.

No mais, acompanho o e. relator para dar parcial provimento ao recurso interposto por Ivan Alves da Silva, para reduzir a pena que lhe foi fixada para 06 anos e 02 meses de reclusão, em regime fechado, e 640 dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento parcial provimento ao recurso e de ofício, reconheceram a minorante do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em favor de Talyta Fonseca Gonçalves e Elisângela Pereira de Oliveira, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

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, 05 de outubro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0011902-41.2017.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – DIREITO DE VISITA – VISITANTE PROCESSADA POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – AUSÊNCIA DE ÓBICE LEGAL – RECURSO PROVIDO.

É legalmente assegurado ao preso o direito de receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos como forma de reinserção social e abrandamento dos efeitos psicológicos da pena. Todavia, referido direito não tem caráter absoluto, devendo ser ponderado diante das peculiaridades do caso concreto.

No caso, apesar da requerente, genitora do apenado, ter sido flagrada tentando adentrar no presídio com chip e acessórios de aparelho celular em outra ocasião e estar sendo processada pelos delitos de tráfico de drogas e associação criminosa, tal não é suficiente para obstar o pedido de visita ao apenado, mormente porque foi devidamente processada e condenada pelo primeiro delito e encontra-se aguardando em liberdade o julgamento de recurso referente ao segundo. Também não há que se falar que permitir o seu ingresso na penitenciária causaria insegurança na disciplina e ordem do presídio, uma vez que o estabelecimento penal tem ao seu dispor todo um aparato fiscalizatório para impedir a introdução de drogas no presídio por algum visitante.

Ausentes fundamentos idôneos para o indeferimento do pedido de visita da genitora do apenado, impõe-se a reforma da decisão atacada.

Com o parecer, recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de dezembro de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Roger Diego do Nascimento em face da decisão de fls. 28-29, proferida pelo juiz da 3ª Vara Criminal de Dourados, que indeferiu o pedido de visita formulado por Geralda Fátima do Nascimento.

Alega que não pode ter o direito de visita negado indefinidamente, eis que a convivência com seus

familiares, nesse caso a requerente, sua genitora, é razão de melhor ressocialização, direito garantido pela Constituição Federal e pela Lei de Execução Penal.

Afirma que o afastamento desde o cometimento da infração da sua genitora (30/08/2015) caracteriza punição suficiente para ambos, sendo que ela está cumprindo fielmente as condições do regime em que se encontra.

Requer, ao final, que seja reformada a decisão agravada para que seja deferido o direito do agravante receber visita de sua genitora.

Contrarrazões as fls. 41-48, pelo não provimento do recurso.

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 79-82).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Roger Diego do Nascimento em face da decisão de fls. 28-29, proferida pelo juiz da 3ª Vara Criminal de Dourados, que indeferiu o pedido de visita formulado por Geralda Fátima do Nascimento.

Alega que não pode ter o direito de visita negado indefinidamente, eis que a convivência com seus familiares, nesse caso a requerente, sua genitora, é razão de melhor ressocialização, direito garantido pela Constituição Federal e pela Lei de Execução Penal.

Afirma que o afastamento desde o cometimento da infração da sua genitora (30/08/2015) caracteriza punição suficiente para ambos, sendo que ela está cumprindo fielmente as condições do regime em que se encontra.

Requer, ao final, que seja reformada a decisão agravada para que seja deferido o direito do agravante receber visita de sua genitora.

Passo à análise.

Acerca do direito à visitas garantido aos presos, dispõe o art. 41, X, da LEP e o art. 5º, LXIII, CF, *in verbis*:

> *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.*
>
> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*

Como se vê, é legalmente assegurado ao preso o direito de receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos como forma de reinserção social e abrandamento dos efeitos psicológicos da pena.

Todavia, referido direito não tem caráter absoluto, devendo ser ponderado diante das peculiaridades do caso concreto.

No caso, o juiz *a quo* indeferiu o direito de visitas ao apenado por sua genitora, em razão dela ter sido presa ao adentrar na penitenciária com chip de telefone celular e demais acessórios, além de ter sido condenada pelo crime previsto no art. 288, do CP, concluindo que aceitar o seu ingresso na penitenciária causaria insegurança na disciplina e ordem do presídio, além de que a sua presença em nada contribuiria para a ressocialização do apenado, já que inserida na delinquência.

A fundamentação utilizada pelo magistrado não é o bastante para afastar o direito subjetivo de visitas a seu filho e deste em recebê-la, uma vez que a condenação sofrida na ação penal não impede o gozo dos direitos individuais, exceto aqueles expressos pela sentença condenatória.

Além disso, o indeferimento do direito de visitas pelas razões utilizadas pelo Juízo da Execução acaba criando uma punição dupla, pois pune a genitora, impedindo que visite seu filho e também o próprio condenado, que se vê privado do contato com a sua mãe, que apesar de ter tentado adentrar no presídio portanto chip de celular e acessórios, foi devidamente processada, além de encontrar-se aguardando em liberdade o julgamento de recurso referente aos crimes de tráfico de drogas e associação criminosa, conforme consulta no SAJ dos Autos nº 0002077-20.2015.8.12.0010.

Importante ressaltar que apesar da requerente ter sido flagrada tentando entrar no presídio com chip e acessórios de aparelho celular, tal conduta não é suficiente para proibi-la de visitar seu filho na prisão, já que compete ao Estado realizar revista pessoal e rigorosa nos visitantes, alimentos e outros materiais destinados aos presos, tendo o estabelecimento penal ao seu dispor todo um aparato fiscalizatório para impedir a introdução desses artefatos no presídio por algum visitante.

Assim, ausentes fundamentos idôneos para o indeferimento do pedido de visita da genitora do apenado, impõe-se a reforma da decisão atacada.

Com o parecer, dou provimento ao agravo para assegurar ao recorrente o direito de receber visitas, nos termos do art. 41, X, da LEP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 07 de dezembro de 2017.

***

1ª Seção Criminal
Desaforamento de Julgamento nº 1410619-04.2017.8.12.0000 - Nioaque
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – DESAFORAMENTO REQUERIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – MEDIDA EXCEPCIONAL – DÚVIDA EM RELAÇÃO À IMPARCIALIDADE DOS JURADOS – PERICULOSIDADE DO ACUSADO EVIDENCIADA – ALEGAÇÕES MINISTERIAIS DEMONSTRADAS – PEDIDO ACOLHIDO.

O desaforamento de um julgamento trata-se de medida excepcional. A regra é que o acusado seja submetido a júri popular no local em que cometeu o crime contra a vida e tenha sua conduta julgada pela comunidade atingida pelo fato.

No caso vertente, está comprovada a necessidade do desaforamento como meio de salvaguardar a realização de justiça, pois presente a excepcionalidade dos fatos concretos a indicar a ocorrência do risco de imparcialidade dos jurados, nos termos do artigo 427 do Código de Processo Penal, considerando-se que o requerido poderá exercer influência sobre a convicção dos jurados em razão das suas diversas passagens criminais graves. Com efeito, o requerido responde a outras ações penais por outro crime doloso contra a vida e incêndio, de maneira que o risco à imparcialidade dos jurados não advém de suposições, mas é dado concreto, que deve ser levado em conta por esta Corte. Corrobora a periculosidade do requerido, objetivamente dessumida da sua reiteração delitiva, as informações prestadas por várias testemunhas durante a instrução processual de outra ação penal que pende sobre o acusado, no sentido de que ele é pessoa violenta e já se envolveu em outra tentativa de homicídio não levada, em princípio, ao conhecimento da justiça. Trata-se, ademais, de Comarca pequena, em que a manutenção do julgamento traria risco à ordem pública.

Com o parecer, acolho o pedido ministerial e determino o desaforamento do julgamento do Tribunal do Júri para a Comarca de Sidrolândia-MS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover por unanimidade. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 29 de novembro de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de pedido de desaforamento formulado pelo presentante do Ministério Público Estadual, referente à Ação Penal n.º 0000988-38.2016.8.12.0038 em que Valdeir Patrick da Silva incorre na prática, em tese, do delito descrito no artigo 121, § 2°, I e IV, c/c art. 14, ambos do Código Penal.

Alega, em síntese, que há dúvida acerca da imparcialidade do corpo de jurados para julgar o requerido, por ser de conhecimento da população do local em que ocorreu o delito o fato dele ser pessoa perigosa e que já tentou contra a vida e agrediu outras pessoas. Sustenta que não há como garantir a imparcialidade do referido julgamento em virtude do temor da população, considerando que se trata de cidade pequena, devendo ser concedido o pedido de desaforamento do julgamento para comarca da região, distante pelo menos 100 km da cidade de Nioaque-MS.

A defesa do requerido manifestou-se as fls. 1185-1193 e impugnou as argumentações do requerente, sob a fundamentação, em resumo, de que o julgamento pelo Tribunal do Júri deve ocorrer no local do delito e que está assegurada a imparcialidade dos jurados, porquanto não houve comprovação de que o requerido é pessoa temida na comarca de Nioaque-MS, que é distante 60 km do assentamento onde ocorreu o delito (Assentamento Conceição), bem como as testemunhas apontadas pelo *Parquet* não se manifestaram no sentido da suposta periculosidade do réu.

As informações foram prestadas pelo magistrado singular as fls. 1197-1198.

A PGJ emitiu parecer pelo deferimento do pedido as fls. 1202-1205.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de pedido de desaforamento formulado pelo presentante do Ministério Público Estadual, referente à Ação Penal n.º 0000988-38.2016.8.12.0038 em que Valdeir Patrick da Silva incorre na prática, em tese, do delito descrito no artigo 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, ambos do Código Penal.

Alega, em síntese, que há dúvida acerca da imparcialidade do corpo de jurados para julgar o requerido, por ser de conhecimento da população do local em que ocorreu o delito o fato dele ser pessoa perigosa e que já tentou contra a vida e agrediu outras pessoas. Sustenta que não há como garantir a imparcialidade do referido julgamento em virtude do temor da população, considerando que se trata de cidade pequena, devendo ser concedido o pedido de desaforamento do julgamento para comarca da região, distante pelo menos 100 km da cidade de Nioaque-MS.

A defesa do requerido manifestou-se as fls. 1185-1193 e impugnou as argumentações do requerente, sob a fundamentação, em resumo, de que o julgamento pelo Tribunal do Júri deve ocorrer no local do delito e que está assegurada a imparcialidade dos jurados, porquanto não houve comprovação de que o requerido é pessoa temida na comarca de Nioaque-MS, que é distante 60 km do assentamento onde ocorreu o delito (Assentamento Conceição), bem como as testemunhas apontadas pelo *Parquet* não se manifestaram no sentido da suposta periculosidade do réu.

Passo a analisar.

O desaforamento de um julgamento trata-se de medida excepcional. A regra é que o acusado seja submetido a júri popular no local em que cometeu o crime contra a vida e tenha sua conduta julgada pela comunidade atingida pelo fato.

Nesse sentido é o artigo 427 do Código de Processo Penal, que disciplina os requisitos, que interessam a este feito, para o deferimento do pleito de desaforamento:

> *Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do*

> *Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.* (g.n.)

Nesse andar, a competência do corpo de jurados local só poderia ser afastada mediante comprovação de fatos concretos no sentido de que as condições locais não permitiriam um julgamento isento ou poderiam colocar em risco a segurança do réu, testemunhas ou dos jurados.

O presentante ministerial alicerça seu pedido no suposto fato de que a sociedade da Comarca de Nioaque-MS tem sua parcialidade comprometida em relação ao requerido, porquanto os cidadãos teriam medo ou receio de servir como jurados ou testemunhas do processo em razão dos graves crimes recentemente imputados a ele.

Examinando-se os autos, nota-se que o requerido responde pelo cometimento, em tese, do delito de homicídio qualificado tentado contra o seu sogro à época dos fatos, bem como é réu em duas outras ações penais pela prática de outros delitos graves na mesma comarca ocorridos em datas próximas e há pouco tempo, quais sejam tentativa de homicídio e incêndio praticados contra a mesma vítima (Autos n.º 000856-78-2016.8.12.0038 e 0000857-63.2016.8.12.0038, respectivamente).

A prática de delitos graves, de forma reiterada e com grande repercussão em Comarca pequena, como é o caso dos autos (Nioaque-MS, região do Assentamento Conceição) trata-se de situação idônea a incutir medo ou receio nos jurados ou em eventuais testemunhas, de modo que o entendimento destes acerca dos fatos poderá estar viciado quando da realização da Sessão do Júri.

No presente caso, o risco à imparcialidade dos jurados não advém de suposições, mas é dado concreto, que deve ser levado em conta por esta Corte. Explica Nucci[1]:

> *Não há possibilidade de haver um julgamento justo com um corpo de jurados parcial. Tal situação pode dar-se quando a cidade for muito pequena e o crime tenha sido gravíssimo, levando à comoção geral, de modo que o caso vem sendo discutido em todos os setores da sociedade muito antes do julgamento ocorrer. Dificilmente nesta hipótese haveria um Conselho de Sentença imparcial, seja para condenar, seja para absolver, visto que a tendência a uma postura ou outra já estará consolidada há muito tempo. (...) Interesse da ordem pública: a ordem pública é a segurança é a segurança existente na Comarca onde o júri deverá realizar-se.*

Havendo motivos razoáveis e comprovados de que a ocorrência do julgamento provocará distúrbios, gerando intranquilidade na sociedade local, constituído está o fundamento para o desaforamento. Sérias são as dúvidas de ter-se um julgamento justo, porquanto o corpo de jurados constitui-se, na sua maioria, de pessoas que possuem temor do acusado, tendo vista sua periculosidade, circunstância pré-existente a ser considerada.

Corrobora a periculosidade do requerido, objetivamente dessumida da sua reiteração delitiva, as informações prestadas por várias testemunhas durante a instrução processual de outra ação penal que pende sobre o acusado, no sentido de que ele é pessoa violenta e já se envolveu em outra tentativa de homicídio não levada, em princípio, ao conhecimento da justiça. Nesse sentido, colaciono a transcrição de parte dos depoimentos das seguintes testemunhas dos Autos 0000857-63.2016.8.12.0038:

> *José Antonio Oliveira dos Reis afirmou:*
>
> *- Juíza: O senhor sabe dizer se o "aspira" tem fama de...*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2009. P.774.

- Testemunha: É, a turma lá fala que ele é bravo, né, que lá na sede ele rolou com uns dez caras no bar do João, que rolou assim, com espingarda na mão, pra poder dar tiro em outro lá.

(...)

- Promotora: Esse episódio que o senhor relatou, que ele rolou lá, no assentamento

(...)

- Testemunha: Um monte de gente lá sabe, disso, só que ninguém fica, ninguém comenta isso ai porque tem medo dele, né.

- Promotora: Entendi, isso que eu ia perguntar, ele é uma pessoa temida lá?

- Testemunha: O povo tem medo dele, né.

- Promotora: Por que motivo?

- Testemunha: Por causa que ele é meio bravo, né.

- Promotora: Mas ele já chegou a atirar em alguém?

- Testemunha: Não, que eu saiba não, só, que eu sei, é só desse negócio de ele ter rolado com a espingarda, bem antes de terem matado o finado, né.

Geilson Marcos Oliveira dos Reis Santana, companheiro da Juliana, vítima do delito de incêndio:

- Juíza: Esse "aspira", ele causa medo no pessoal lá da vila?

- Testemunha: Uhum, diz que é perigoso, que qualquer coisinha pra ele é "matar".

- Promotora: O senhor sabe se outras vezes ele teve agressões dentro do assentamento, que pudesse justificar essa má-fama dele?

- Testemunha: Já.

- Promotora: O senhor conhece pessoas agredidas por ele?

- Testemunha: Uhum.

- Promotora: O senhor sabe se ele já deu tiro em alguém?

- Testemunha: Não, tiro não.

Ramona Deniz Cantero:

- Promotora: A senhora sabe se ele é violento além das agressões que ele fez contra a senhora e do incêndio que a senhora afirma que soube que foi ele? A senhora sabe se ele teve outras agressões, contra outras pessoas?

- Testemunha: Com o "feio", com o "cobra".

- Promotora: Ele agrediu essas pessoas?

- Testemunha: sinal afirmativo com a cabeça.

(...)

- Promotora: E qual foi o teor dessas agressões? Pra gente saber qual é a personalidade do seu...

- Testemunha: (...) Ele deu soco no "feio", ele pegou uma pedra e meteu na cabeça do "feio".

- Promotora: A senhora sabe de alguma, eventualmente, alguma agressão que tenha consistido em tiro, que ele tenha atirado contra alguém?

- Testemunha: Só em mim que ele tentou atirar.

Juliana Soares, vítima do incêndio:

- Juíza: (...) Ele causa medo nas pessoas que moram lá?

- Testemunha: Muita gente que tem, né.

- Juíza: Por quê?

- Testemunha: Porque ele é violento, né.

- Juíza: Violento por quê? O que você já presenciou?

- Testemunha: Ele batia demais na mulher dele, mas um pouco ela provocava também.

- Promotora: A senhora sabe de outras agressões, violências, que ele tenha praticado contra outras pessoas da comunidade, por exemplo, brigas, tiro, essas coisas?

- Testemunha: (ininteligível) um dia, eu estava junto até, (...) ele quase matou um menino lá, na pedrada, porque os outros tiraram ele. Mas fora isso ai, era só ninguém mexer com ele que ele ficava na dele.

- Promotora: Entendi. Mas ele era conhecido por ser uma pessoa que ninguém podia mexer com ele, não podia perturbar?

- Testemunha: sinal afirmativo com a cabeça.

No caso vertente, está comprovada a necessidade do desaforamento como meio de salvaguardar a realização de justiça, pois presente a excepcionalidade dos fatos concretos a indicar a ocorrência do risco de imparcialidade dos jurados, nos termos do artigo 427 do Código de Processo Penal, considerando-se que o requerido poderá exercer influência sobre a convicção dos jurados em razão das suas diversas passagens criminais graves.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados:

> *EMENTA: PEDIDO DE DESAFORAMENTO - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JÚRI - DEFERIMENTO.* ***O desaforamento é necessário quando restar demonstrado que o poder de influência dos acusados poderá comprometer a segura realização de seu julgamento perante o Tribunal do Júri da comarca de origem e/ou quando existirem fundadas dúvidas sobre a imparcialidade do corpo de jurados****.* (TJMG - Desaforamento Julgamento 1.0000.17.060757-6/000, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª Câmara Criminal, julgamento em 14/09/2017, publicação da súmula em 25/09/2017) (g.n.).

PEDIDO DE DESAFORAMENTO DO JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO – GRANDE REPERCUSSÃO SOCIAL DO FATO – ALEGAÇÃO DE FALTA DE CONDIÇÕES DO JURI LOCAL PARA APRECIAR O FATO – IMPARCIALIDADE COMPROMETIDA – PEDIDO DEFERIDO. A alteração do foro do julgamento é medida excepcional que se justifica somente quando haja risco concreto para o julgamento, seja pela parcialidade do júri, seja quanto à segurança do acusado. ***A grande repercussão do fato, a divulgação pela mídia e os atos e manifestos públicos, considerando ainda, tratar-se de pequena cidade interiorana, certamente influenciam o julgamento pelo Tribunal do Júri e comprometem a imparcialidade dos jurados, devendo o julgamento ser deslocada para outra comarca****.* (TJMS. Desaforamento de Julgamento n. 1406499-83.2015.8.12.0000, Bataguassu, Seção Criminal, Relator (a): Des. Romero Osme Dias Lopes, j: 08/07/2015, p: 07/10/2015) (g.n.).

PROCESSO PENAL. JÚRI POPULAR. DESAFORAMENTO. REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA COMARCA DE ORIGEM. DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DOS JURADOS. REQUISITOS DO ARTIGO 427 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INSURGÊNCIAS DA ACUSAÇÃO REVESTEM-SE DE SUSTENTAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA. RAZÕES APRESENTADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACEITAS PELA MAGISTRADA A QUO. NÃO OPOSIÇÃO DA DEFESA. AUTORIZAÇÃO DA MEDIDA EXCEPCIONAL DE DESAFORAMENTO PARA GARANTIA E MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE LEI. CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA MAIS APROPRIADA - ITABUNA/BA. ACOLHIMENTO DO PEDIDO. I – Trata-se de pedido de DESAFORAMENTO do Julgamento a ocorrer no Tribunal do Júri da Comarca de Itororó, promovido pelo Ministério Público do Estado da Bahia, nos termos previstos no art. 427 do Código de Processo Penal. II - ***As insurgências da acusação revestem-se de sustentação fática e jurídica, uma vez que, no presente caso, vislumbra-se dúvida sobre a imparcialidade dos membros do Conselho de Sentença, em razão de serem os acusados pessoas de alta periculosidade, sendo os responsáveis por dezenas de crimes de homicídio, ensejando temor por parte da população, restando comprometida a parcialidade da maioria dos jurados que temem por represálias****. III - As razões foram apresentadas pelo Ministério Público e aceitas pelo magistrado a quo, não tendo havido oposição da defesa, autorizando, assim, a medida excepcional de Desaforamento para garantia e manutenção da ordem pública, pois preenchidos os requisitos de lei. IV – O Ministério Público aponta a Comarca de Itabuna/BA para contornar satisfatoriamente tal questão e que o pleito da acusação seja acolhido com base na alegação de imparcialidade dos jurados. Levando-se em consideração os requisitos do art. 427 do CPP, presentes no caso em comento e, visando à garantia de um julgamento justo, assegurando-se a equidade dos membros do Tribunal do Júri e evitando a nulidade da decisão, considero apropriado o desaforamento para a Circunscrição Judiciária da Comarca de Itabuna/BA, apontada pelo Ministério Público. Desaforamento de Julgamento – deferido processo Nº 0000945-49.2009.8.05.0133 relatora: DESª. Nágila Maria Sales Brito.* (TJ-BA - Desaforamento de Julgamento: 00009454920098050133 BA 0000945-49.2009.8.05.0133, Relator: Nágila Maria Sales Brito, Data de Julgamento: 12/11/2012, Segunda Camara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 29/11/2012) (g.n.).

EMENTA: PEDIDO DE DESAFORAMENTO - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JÚRI - DEFERIMENTO. - ***O desaforamento é medida necessária quando restar demonstrado que a periculosidade dos agentes poderá comprometer a segura realização do julgamento perante o Tribunal do Júri da comarca e/ou quando existirem fundadas dúvidas sobre a imparcialidade do Conselho de Sentença****.* (TJMG. Desaforamento Julgamento 1.0000.12.061132-2/000, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª Câmara Criminal, julgamento em 22/11/2012, publicação da súmula em 03/12/2012) (g.n.).

Pelo que se verifica dos autos, o crime em questão, bem como os outros pelos quais o requerido responde tiveram grande repercussão na Comarca de Nioaque, sendo evidente o temor da população local em relação ao denunciado, inexistindo condições mínimas de realização do julgamento pelo Tribunal do Júri, ante a dúvida acerca da imparcialidade dos jurados em participar da Sessão do Júri.

Designo a Comarca de Sidrolândia, cidade vizinha e distante mais de 100 km da cidade de Nioaque, para a realização do julgamento, distância que deve assegurar a imparcialidade do julgamento em Sessão do Júri.

Com o parecer, acolho o pedido ministerial e determino o desaforamento do julgamento do Tribunal do Júri para a Comarca de Sidrolândia-MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram por unanimidade. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 29 de novembro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0003762-30.2013.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL TENTADA E AMEAÇA POR DUAS VEZES – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – PARCIAL ACOLHIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO INCLUSIVO ACERCA DO CRIME DE AMEAÇA CONTRA O POLICIAL – DEMAIS CONDENAÇÕES MANTIDAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – ANTECEDENTES DESABONADORES – AGRAVANTES – PATAMAR DE AUMENTO EXCESSIVO – READEQUAÇÃO PARA A FRAÇÃO DE 1/6 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO COM EXTINÇÃO *EX OFFICIO* DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA INTERCORRENTE.

No caso dos autos, os elementos probatórios reunidos aos autos durante todo o *iter* processual são suficientes a demonstrar que o réu tentou lesionar e ameaçou causar mal injusto e grave à sua ex-companheira, segurando-a pelo pescoço e dizendo em tom intimidador que a mataria, somente não causando efetiva ofensa à sua integridade física em face da reação da ofendida, que repeliu o ataque. O firme relato apresentado pela vítima em todas as oportunidades que foi ouvida, devidamente secundado por depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos harmônicos e coerentes entre si, comprovam suficientemente os fatos narrados na inicial acusatória e bastam para a manutenção da condenação.

Para o crime de ameaça contra o policial civil, as provas são insuficientes a demonstrar que a ação desempenhada pelo réu foi dirigida à perturbação da tranquilidade da vítima, de modo que, pairando dúvidas se agiu com o dolo de intimidar, a absolvição deve ser decretada.

Possível a elevação da pena-base se o réu, no momento do delito, ostentava várias condenações definitivas anteriores.

Nada obstante a ausência de definição legal acerca do *quantum* de majoração pelas agravantes, a jurisprudência tem admitido o emprego da fração de 1/6, reputando-a, ressalvadas determinadas situações específicas, como sendo necessária e suficiente para a reprovação e ressocialização do indivíduo.

Na prescrição retroativa ou intercorrente conta-se os prazos com base na pena aplicada *in concreto*. Além disso, tratando-se de concurso de crimes, a prescrição conta-se de forma individual. Na hipótese dos autos, as penas impostas ao réu foram reduzidas para patamares inferiores a 01 ano, de modo que o prazo prescricional, para cada um dos crimes, corresponderá a 03 anos em conformidade com a regra do art. 109, inc. VI, do Código Penal. Assim, observando que entre a publicação da sentença e os dias atuais houve transcurso de lapso superior ao prazo prescricional, deve ser decretada a extinção da punibilidade do agente, nos moldes do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Recurso parcialmente provido com extinção *ex officio* da punibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso e de ofício, declarar extinta a punibilidade do réu pela prescrição.

Campo Grande, 28 de setembro de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Renan Matos de Souza interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença proferida pelo juízo da vara criminal da comarca de Coxim, que o condenou como incurso nas sanções do art. 129, *caput* c/c art. 14, inc. II, e art. 147, por duas vezes, todos do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 02 anos e 08 meses de detenção em regime inicial fechado.

Nas razões, aduz, em síntese, que as provas reunidas aos autos são insuficientes para a sustentação do édito condenatório, de modo que pugna pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Subsidiariamente requer a redução da pena-base; a incidência da majorante em menor patamar, e; o abrandamento do regime prisional (p. 221-247).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de prover parcialmente o recurso defensivo (p. 249-266).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo parcial provimento do apelo *"para que seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena"* (p. 274-284).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

A inicial acusatória narra que (p. 01-04):

> *(...) 1º Fato: Tentativa de lesão corporal*
>
> *Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 04 de novembro de 2013, aproximadamente às 18h00min, na residência localizada na Rua Efésios, Bairro Jorge Hitt, s/n. nesta cidade, o denunciado Renan Matos de Souza, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, tentou ofender a integridade física de sua companheira Andreia Aparecida Pereira Nelis, somente não consumando o crime por circunstâncias alheias a sua vontade.*
>
> *Segundo apurado, acusado e vítima conviveram e mantiveram relacionamento amoroso, sendo que, por incompatibilidade de gênios, a vítima resolveu se separar do autor.*
>
> *Ocorre que, não aceitando o término do relacionamento, movido por sentimentos de posse e muito nervoso, o réu começou a agredir a vítima tentando enforcá-la, não conseguindo consumar seu intento, tendo em vista que a vítima começou a gritar por socorro.*

2º Fato: Cárcere Privado

Consta ainda que, no mesmo dia, local e horário, o acusado privou a liberdade de sua companheira, mediante cárcere privado.

Segundo infere-se, logo após tentar lesionar a vítima, Renan a proibiu de sair de sua própria residência, trancando-a dentro da casa por aproximadamente 12 (doze) horas, período este em que a impedia de ligar para alguém ou chamar algum vizinho, impondo-lhe medo.

3º Fato: Ameaça contra a vítima Andréia Aparecida

Consta ainda que, no mesmo dia, hora e local dos fatos, o denunciado Renan Matos de Souza, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, durante o período em que mantinha a vítima em cárcere privado, ameaçou-a de causar mal injusto e grave, dizendo que iria matá-la.

Infere-se que após o denunciado prender sua companheira dentro da residência, não aceitando o término do relacionamento, proferiu por várias vezes os seguintes dizeres: 'Se você não voltar pra mim, mato você e depois me mato', oportunidade em que veio a danificar a televisão da vítima com um soco, conforme exame pericial indireto de fls.36/37.

4º Fato: Ameaça contra a vítima Antônio Marcos

Consta do incluso Inquérito Policial que no dia 05 de novembro de 2013, 09h44minhs, na Rua Efésios, s/n, bairro Jorge Hitt, nesta urbe, o denunciado Renam Matos de Souza, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, ameaçou causar mal injusto e grave à vítima Antonio Marcos da Silva.

Segundo apurado, a vítima e seu colega de trabalho João Barbosa, ambos Investigadores da Polícia Civil, realizavam diligências investigativas a fim de elucidar autoria e materialidade de furtos ocorridos durante a madrugada, momento em que se depararam com ora denunciado.

Ocorre que, no momento em que o acusado viu os Policiais empreendeu fuga, vindo a ser capturado na Rua Efésios, Bairro Jorge Hitti em cima de uma árvore, oportunidade em que ameaçou a vítima nos seguintes dizeres: 'Você me persegue, vou te matar, vou enfiar uma bala na sua cara, deixa eu sair, eu te pego'.

As vítimas temem pelas suas vidas, motivo pelo qual desejam representar em face do autor, conforme termos de representação de fls.07 e 09.

Conclusão:

Ante o exposto, o Ministério Público denuncia a V. Exa. Renan Matos de Souza como incurso nas penas dos artigos 129, caputc.c art. 14, II; art. 148, §1º, I; art. 163, parágrafo único, I e art. 147, este por duas vezes, todos do Código Penal, tudo na forma do art. 69 do mesmo diploma legal, razão pela qual requer seja a presente recebida, registrada e autuada, para determinar a citação do acusado para responder aos termos da presente, ser processado e interrogado, e, ao final, condenado. (...).

Devidamente processado e instruído o feito, o juízo da vara criminal da comarca de Coxim prolatou a sentença de mérito que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva e condenou Renan Matos de Souza como incurso nas sanções do art. 129, *caput* c/c art. 14, inc. II, e art. 147, por duas vezes, todos do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 02 anos e 08 meses de detenção em regime inicial fechado, bem como absolveu-o da imputação pela prática do delito do art. 148, par. 1º, do Código Penal e decretou a extinção da punibilidade em relação ao crime do art. 163 do mesmo *Codex*.

Irresignada, a Defesa apela a esta Corte.

Nas razões, aduz, em síntese, que as provas reunidas aos autos são insuficientes para a sustentação do édito condenatório, de modo que pugna pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Subsidiariamente requer a redução da pena-base; a incidência da majorante em menor patamar, e; o abrandamento do regime prisional.

Passo ao exame do recurso.

O pleito absolutório atinente aos crimes praticados contra Andréia (lesão corporal tentada e ameaça) não comporta acolhimento.

Vejamos.

Na etapa preparatória, a vítima relatou que na data dos fatos o apelante Renan mostrou-se inconformado com o fim do relacionamento, de modo que tentou enforcá-la, porém não permitiu, já que pôde chutá-lo, livrando-se do ataque. Enfatizou que em determinado momento ele proferiu a ameaça "de morte" com os seguintes dizeres: *'se você não volta pra mim mato você e depois me mato'*. Aliás, destacou que "*Renan repetia que queria matar a declarante*" (p. 12).

Em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a ofendida manteve a mesma narrativa. Andréia, na ocasião, confirmou que ao revelar ao apelante Renan sua intenção de se separar, ele realmente ficou transtornado, segurando-a pelo pescoço, como se fosse sufocá-la, daí que *"consegui meter o pé nele e pedi socorro"*. Confirmou ainda que Renan, posteriormente, disse que a mataria se viesse a relacionar-se com outro homem, tendo dirigido a ameaça inclusive quando já estava mais calmo, o que lhe causou grande temor (p. 86).

Impende ressaltar que em casos de violência doméstica a palavra da ofendida assume particular relevância, especialmente no presente caso, porquanto esse dado probatório desponta harmônico com os demais elementos reunidos durante todo o *iter* processual, não estando comprovado eventual intuito de caráter mendaz, ou seja, o vil propósito de gratuitamente prejudicar o apelante.

A esse respeito, Guilherme Nucci afirma que "*a palavra isolada da vítima pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução*" (Manual de processo penal e execução penal - 2. ed. rev., atual. E ampl - São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 367).

Nesse sentido é a jurisprudência:

> *(...) 2. Em crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima assume especial relevância. Assim, diante da consonância das declarações prestadas pela vítima com o laudo de exame de corpo de delito, no sentido de que o acusado a agrediu durante uma discussão, não há que se falar em absolvição. (...).* (TJDF; Rec 2012.01.1.082818-6; Ac. 709.883; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati; DJDFTE 12/09/2013; Pág. 158).
>
> *(...) 2. No caso dos autos, as provas foram suficientes para demonstrar a incidência no tipo do art. 147 do CP. A palavra da vítima ganha especial relevância nos crimes que envolvem violência doméstica, sobretudo quando encontra amparo em outros elementos, tal como na espécie. (...)* (TJRS; ACr 188821-27.2013.8.21.7000; Vacaria; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Júlio Cesar Finger; Julg. 31/07/2013; DJERS 10/09/2013).
>
> *(...) Nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar, a palavra da vítima assume especial importância, sobretudo quando em consonância com os demais elementos de prova, pois normalmente são delitos cometidos na clandestinidade, sem a presença*

de testemunha. (...). (TJMG; APCR 1.0446.10.000072-3/001; Relª Desª Denise Pinho da Costa Val; Julg. 27/08/2013; DJEMG 04/09/2013*).*

Mas não é só.

Os policiais Denilson, Antonio e José, em uníssono, declararam que durante o atendimento da ocorrência a vítima Andréia estava muito nervosa e relatou-lhes que o apelante Renan havia tentado agredi-la, segurando-a pelo pescoço, bem como prometera matá-la caso a visse na companhia de outro homem (p. 86).

Aliás, o laudo pericial de p. 53-54 atesta que Andreia possuía escoriações na região anterior e media do pescoço, sinalizando, realmente, que a ação somente não resultou em lesões corporais em razão de circunstâncias alheias à vontade de Renan.

É certo, portanto, que a palavra da ofendida, firme e coerente, em harmonia com os elementos colhidos nas fases administrativa e judicial, deve sobrepor-se à isolada negativa de autoria, constituindo-se de prova suficiente a demostrar os fatos narrados na exordial acusatória.

Logo, o conjunto probatório mostra-se bastante robusto em relação aos crimes praticados contra Andréia, não havendo falar, neste particular, em absolvição por insuficiência de provas.

Já em relação ao crime de ameaça contra a vítima Antônio, a absolvição é medida que se impõe.

Explico.

O ofendido Antônio declarou em juízo que na data dos fatos empreendia diligência para apuração de crime de furto, cujos indícios apontavam para o apelante Renan, indivíduo já conhecido dos meios policiais, de modo que rumou para o endereço residencial dele, deparando-se com a ex-companheira dele, que lhe relatou a tentativa de agressão e ameaça sofridas. Referiu que Renan fugiu do local e posteriormente foi detido pela Polícia Militar, tendo se dirigido ao encontro dele, oportunidade em que estava transtornado e "realmente me ameaçou". No entanto, esclareceu que na ocasião Renan "dizia que não ia ficar preso", deixando transparecer que não se sentiu intimidado pela ação praticada contra si, pois enfatizou que essa situação "*é de praxe, já, segunda vez que ele... a gente até sofre essas ameaças quando participa de alguma prisão*" (p. 86).

Como é cediço, o delito de ameaça constitui-se em promessa futura de mal injusto e grave capazes de perturbar a tranquilidade de espírito, de causar medo. Segundo Cleber Masson, "*o mal deve ser sério, ou fundado, iminente e verossímil*" (Código Penal comentado – São Paulo: Método, 2013, p. 550).

Ao analisar o cenário e contexto dos fatos, não é possível depreender que os dizeres lançados contra o policial Antônio foram capazes de retirar sua paz de espírito, sua tranquilidade, de perturbar-lhe o sentimento de segurança e etc.

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 precedentes desta Corte:

> *PLEITO ABSOLUTÓRIO. POSSIBILIDADE. MAL INJUSTO E GRAVE PROFERIDO EM MOMENTO DE DESCONTROLE EMOCIONAL. VÍTIMA QUE NÃO SE SENTIU AMEDRONTADA. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. RECURSO PROVIDO. L V. Como é cediço, o crime de ameaça constitui-se de promessa futura de mal injusto e grave suficientemente capaz de impor efetivo temor à vítima, perturbando-lhe a tranquilidade. Na hipótese vertente, a ameaça foi proferida no calor de acintosa discussão, não se observando o concreto propósito intimidativo, eis que soa*

> *verdadeiramente como meras bravatas propaladas em momento de exaltação de ânimo, as quais sequer foram suficientes para provocar a intimidação da vítima. Logo, de rigor a absolvição, eis que ausente o dolo. V. Recurso provido para absolver o réu na forma do art. 386, inc. III, do código de processo penal.* (APL 0003381-23.2011.8.12.0001; Primeira Câmara Criminal; de minha relatoria; DJMS 13/03/2014).

Em verdade, a conduta parece melhor amoldar-se a uma atabalhoada e leviana oposição à prisão em flagrante que era executada naquele momento, o que, em tese, daria ensejo à configuração do delito de resistência (crime formal que também pode caracterizar-se mediante simples *vis compulsiva*).

Contudo, inviável operar a desclassificação nesta instância recursal, porquanto imprescindível – em primazia aos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa – o aditamento da inicial, já que essa conduta (art. 329 do Código Penal) não se encontra minimante descrita na denúncia.

Assim, impõe-se a absolvição.

No que tange à pena-base, colhe-se da sentença que:

> *(...) 4.1 Quanto ao delito de lesão corporal, na forma tentada:*
>
> *O réu registra antecedentes, pois tem contra si condenações transitadas em julgado, além daquela que servirá para fins de reincidência (fl. 117/132). Não há elementos que permitam a análise de sua conduta social e a personalidade. Os motivos são comuns ao tipo penal. As circunstâncias e consequências não lhe desabonam. comportamento da vítima em nada influenciou à prática do delito. Assim, analisadas em conjunto essas operadoras do art. 59 do Código Penal, concluo que a reprovabilidade (culpabilidade) da ação é de envergadura acima do normal.*
>
> *Diante disso, fixa-se a pena-base além do mínimo legal, em seis meses de detenção aumento de três meses em virtude da operadora 'antecedentes'.*
>
> *(...)*
>
> *4.2 Quanto ao delito de ameaça praticado em desfavor da vítima Andreia Aparecida Pereira Nelis:*
>
> *O réu registra antecedentes, pois tem contra si condenações transitadas em julgado, além daquela que servirá para fins de reincidência (fl. 117/ 121 e 123/132). Não há elementos que permitam a análise de sua conduta social e a personalidade. Os motivos são comuns ao tipo penal. As circunstâncias e consequências não lhe desabonam. O comportamento da vítima em nada influenciou à prática do delito.*
>
> *Assim, analisadas em conjunto essas operadoras do art. 59 do Código Penal, concluo que a reprovabilidade (culpabilidade) da ação é de envergadura acima do normal.*
>
> *Diante disso, fixa-se a pena-base além do mínimo legal, em quatro meses de reclusão - aumento de três meses, em virtude da operadora 'antecedentes'. (...).*

Como se vê, a exasperação da reprimenda basilar decorreu dos maus antecedentes do apelante Renan, os quais encontram-se devidamente caracterizados, pois a folha de antecedentes de p. 117-132 evidencia que, no momento da prática do delito apurado nestes autos, existiam ao menos 04 condenações definitivas anteriores.

Assim, não há alteração a ser realizada quanto à pena-base.

Em relação ao *quantum* de majoração pela incidência de agravantes, sabe-se que é matéria sujeita à discricionariedade do julgador, uma vez que o Código Penal não estabelece parâmetros ou regras objetivas para a majoração da reprimenda.

Nada obstante, a operação deve respeitar ao princípio da proporcionalidade, do qual não deve afastar-se o julgador, porquanto cabe-lhe estabelecer com prudência a reprimenda necessária e suficiente para a reprovação e ressocialização do indivíduo.

Na hipótese vertente, incidiu na dosimetria as agravantes da reincidência e da prevalência das relações domésticas, conforme segue:

> *(...) 4.1 Quanto ao delito de lesão corporal, na forma tentada: (...)*
>
> *Presente a agravante da reincidência (pag. 122), bem como aquela prevista no artigo 61, II, 'f', do CP, pelo que majoro a pena adrede fixada em hum ano, dosando-a 01 (um) ano e seis meses de detenção. (...)*
>
> *4.2 Quanto ao delito de ameaça praticado em desfavor da vítima Andreia Aparecida Pereira Nelis: (...)*
>
> *Presente a agravante da reincidência, bem como aquela prevista no artigo 61, II, 'f', do CP, pelo que majoro a pena adrede fixada em 01 (hum) ano, dosando-a em 01 (hum) ano e quatro meses de meses de detenção. (...).*

De fato, há grave equívoco na dosimetria.

Ora, as penas intermediárias sofreram desmesurada majoração (triplo e quádruplo), transpondo, inclusive, o limite máximo cominado nos preceitos secundários dos tipos penais (!).

Vale aqui um adendo.

O n. Defensor Público Estadual, diligentemente, interpôs os embargos declaratórios a fim de possibilitar que o julgado fosse integrado (caso não reconhecida a impossibilidade de a pena intermediária ultrapassar os limites cominados ao tipo penal – matéria que inclusive é objeto de sumula de jurisprudência), oportunizando-se que a majoração viesse a ser minimamente fundamentada.

No entanto, os embarguinhos tempestivamente interpostos deixaram de ser conhecidos (p. 214-215), ato que somente serviu para enfatizar a lacunosidade da sentença.

Com efeito, é firme a jurisprudência no sentido de que admitir a fração de 1/6 para cada circunstância legal (atenuante ou agravante), devendo qualquer redução/majoração operada em patamar diverso ser justificada a partir de peculiaridades do caso concreto.

É o que preconiza Guilherme de Souza Nucci:

> *(...) Temos defendido que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição de pena), afinal, serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação efetiva. Não somos partidários da tendência de elevar a pena em quantidades totalmente aleatórias, fazendo com que o humor do juiz prepondere ora num sentido, ora noutro. Se, em determinado homicídio qualificado, por exemplo, cuja pena-base foi estabelecida em 15 anos de reclusão, o magistrado elevasse a pena, em face do reconhecimento da agravante da reincidência, em apenas um mês, estaria tergiversando, ou seja, nada estaria, de fato, acrescentando. Um mês, em relação a 15 anos, nada representa. Significa desprezo total pela circunstância*

> *legal de aumento. Poderia até mesmo o julgador elevar a pena em um dia, se assim desejasse. Por outro lado, o mesmo se daria no caso da presença de atenuante. De uma pena-base de 15 anos, não tem o menor sentido retirar um mês, porque se encontra presente a atenuante da confissão espontânea.*
>
> *Ademais, se não houver um parâmetro fixo e proporcional à pena-base, o juiz poderia, igualmente, elevar uma pena de 15 anos, por conta da presença de uma agravante qualquer, para o patamar de 20 anos, chegando, pois, a uma elevação equivalente a um terço, o que seria demasiado. E o mesmo raciocínio poderia ser usado na aplicação de atenuante.*
>
> *A única maneira de assegurar fiel cumprimento a elevação efetiva ou à redução eficaz da pena, na segunda fase de individualização, é a eleição de um percentual, que, como já dissemos, merece ser fixado em um sexto.(...).* (Individualização da pena, 3ª ed., RT: São Paulo, 2009, p. 212-213).

Assim, readequando a majoração para 1/6, as penas intermediárias serão assim estabelecidas: para a tentativa de lesão corporal, em 07 meses de detenção; para a ameaça, em 05 meses e 10 dias de detenção.

Considerando que a minorante da tentativa incidiu em 2/3, a pena para o crime de lesão corporal será de 02 meses e 10 dias de detenção. Já para o delito de ameaça, inexistindo causas de aumento ou de diminuição, a reprimenda permanecerá em 05 meses e 10 dias de detenção.

Diante do concurso material de crimes, as penas serão definitivamente fixadas em 07 meses e 10 dias de detenção.

Diante do redimensionamento das reprimendas, imperativo o reconhecimento da prescrição.

Vejamos.

A prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa ou intercorrente adota como parâmetro a reprimenda concretamente aplicada, segundo prevê a norma do artigo 110, § 1º, do Código Penal, *in verbis*:

> *Art. 110. **A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada** e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.*
>
> *§ 1.°. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, **regula-se pela pena aplicada.*** (destaquei).

A esse respeito, o e. STF editou a Súmula 146, de seguinte teor: *"A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação"*.

Outrossim, *"no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente"* (art. 119 do Código Penal).

Na hipótese dos autos – e por intermédio deste voto –, o crime de lesão corporal na forma tentada teve a pena quantificada em 06 meses de detenção. Já para o crime de ameaça (praticado contra a vítima Andréia), a reprimenda foi estabelecida em 05 meses e 10 dias de detenção.

Assim, o prazo prescricional para ambos os crimes será de 03 anos, *ex vi* do art. 109, inc. VI, do Código Penal.

Nada obstante a constatação acerca da reincidência, tal aspecto não ensejará o aumento do prazo prescricional em 1/3 (art. 110, *caput*, *in fine*, do Código Penal), porquanto tal majoração aplica-se unicamente à hipótese de prescrição da pretensão executória.

Em abono, dita o enunciado 220 da Súmula do e. Superior Tribunal de Justiça que *"a reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva"*.

Sob outro vértice, infere-se que a sentença condenatória foi publicada em 07.04.2014 (p. 186), de modo que, entre esse marco e os dias atuais, houve o transcurso de lapso superior ao prazo prescricional aferido com base na pena concretamente aplicada.

Assim, encontra-se caracterizada a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade intercorrente (ou superveniente).

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL – PROCESSO PENAL – PRAZOS EXTRAPOLADOS ENTRE A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA E A DATA ATUAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – DECISÃO MANTIDA – NÃO PROVIMENTO.* ***Na prescrição intercorrente contam-se os prazos com base na pena aplicada in concreto. Se entre o dia da publicação da sentença e a presente data transcorreu lapso superior ao previsto na lei, ocorrendo a prescrição, a mesma há de ser declarada tão logo observada.*** *Agravo Regimental em Embargos Infringentes e de Nulidade a que se nega provimento, em razão da sustentabilidade jurídica da decisão objurgada.* (TJMS; Agravo Regimental n. 0000353-83.2009.8.12.0044/50002 – Sete Quedas; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, Seção Criminal, Julgado em 12.08.2015) – destaquei.
>
> *PENAL PROCESSUAL PENAL AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CRIMINAL EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO NÃO É CAUSA DE INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO TERMO FINAL DO CURSO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA TRÂNSITO EM JULGADO RECURSO IMPROVIDO. 1. Agravo regimental interposto pelo ministério público federal contra decisão que reconheceu e declarou a extinção da punibilidade dos réus pela prescrição da pretensão punitiva estatal. 2. A pena imputada a cada apelante, mantida no acórdão, foi de 02 anos de reclusão, descontado o aumento decorrente da continuidade delitiva, nos termos da Súmula nº 497 do Supremo Tribunal Federal, tendo a sentença e o acórdão transitado em julgado para a acusação.* ***O prazo prescricional regula-se pela regra do artigo 109, inciso V, do Código Penal, pelo período de 04 anos. O último marco interruptivo da prescrição foi à data da publicação da sentença, nos termos do artigo 117, IV, do Código Penal. Decorridos mais 04 anos entre a data da publicação da sentença e a presente data, extinta se encontra a punibilidade dos acusados.*** *3. Os fatos imputados na denúncia ocorreram antes da vigência da Lei n 11.596/2007, que alterou a redação do inciso IV do artigo 117 do CP. Código Penal. Durante a vigência da redação do referido inciso, dada pela Lei nº 7.209/1984, não havia dúvidas de que somente a sentença condenatória e o acórdão condenatório constituem marcos interruptivos da prescrição, e que o acórdão meramente confirmatório não interrompe a prescrição.* ***4. Mesmo posteriormente à alteração legislativa prevalece o entendimento jurisprudencial no sentido de que o acórdão meramente confirmatório da sentença condenatória não é causa de interrupção da prescrição. Precedentes. 5. Enquanto não transitada em julgado a condenação, prossegue o curso da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do artigo 109 do CP, que trata da prescrição antes de transitar em julgado a sentença. O curso da prescrição da pretensão punitiva somente cessa com o trânsito em julgado da condenação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de justiça e deste tribunal regional federal da 3ª região. 6. Agravo regimental improvido.*** (TRF 3ª Região, AgRg-Ap 0002801-77.2002.4.03.6181, 1ª T., rel. Juiz Conv. Márcio Mesquita, j. 21/10/2014) – destaquei.

Portanto, impõe-se a extinção da punibilidade.

Conclusão

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

Destarte, ante o exposto, em parte com o parecer: dou parcial provimento ao recurso para decretar a absolvição em relação do apelante Renan em relação ao crime de ameaça praticado contra a vítima Antônio, bem como para fazer as agravantes incidirem na fração de 1/6, redimensionando as penas ao total de 07 meses e 10 dias de detenção, e; de ofício, declaro extinta a punibilidade ante o advento da prescrição da pretensão punitiva intercorrente, nos termos do art. 107, IV, c/c art. 109, inciso VI, art. 110, par. 1º, e art. 119, todos do Código Penal.

Deixo de determinar a expedição de alvará de soltura, tendo em vista que o apelante Renan encontra-se preso em razão da execução das penas que integral a guia de recolhimento n. 0040296-76.2008, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande.

Desnecessária, também, eventual comunicação imediata (no caso de prevalência deste voto) ao juízo de origem ou da vara de execução penal, já que a guia de recolhimento referente aos presentes autos não chegou a ser expedida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso e de ofício, declararam extinta a punibilidade do réu pela prescrição.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 28 de setembro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0005320-28.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – TRANSFERÊNCIA PARA OUTRA COMARCA – PROXIMIDADE DE FAMILIARES – ART. 103 DA LEP – DIREITO QUE NÃO OSTENTA CARÁTER ABSOLUTO – INDEFERIMENTO PAUTADO NO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA VISANDO O RESGUARDO DA SEGURANÇA E DISCIPLINA CARCERÁRIA – SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR – RECURSO IMPROVIDO.

O direito do apenado em cumprir pena próximo de seus familiares não se revela um direito absoluto, mas um poder discricionário do juízo competente, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Conforme parecer da GISP (Gerência de Inteligência do Sistema Penitenciário), o reeducando possui envolvimento com organização criminosa além de exercer liderança negativa perante a massa carcerária.

Inviável o acolhimento do pleito, devendo o interesse público prevalecer sobre o particular.

Com o parecer, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 5 de outubro de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Ronaldo Soares de Souza interpõe agravo de execução irresignado com a decisão (fls. 92), proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande, nos autos n. 0005985-58.2015.8.12.0019, que indeferiu o pedido de transferência da comarca de Campo Grande/MS para a de Ponta Porã/MS.

Em razões (fls. 02-10), o agravante alega que deve cumprir pena próximo de seus familiares para que se tenha uma ressocialização efetiva, ressalta ainda, que o indeferimento do pedido afronta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em contrarrazões (fls. 98-102), o Ministério Público Estadual aduz que o direito do apenado em cumprir pena próximo de seus familiares não constitui um direito absoluto, tendo em vista o interesse público na questão.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 111-115), opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Ronaldo Soares de Souza interpõe agravo de execução irresignado com a decisão (fls. 92), proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande, nos Autos n.º 0005985-58.2015.8.12.0019, que indeferiu o pedido de transferência da comarca de Campo Grande/MS para a de Ponta Porã/MS.

Em razões (fls. 02-10), o agravante alega que deve cumprir pena próximo de seus familiares para que se tenha uma ressocialização efetiva, ressalta ainda, que o indeferimento do pedido afronta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em contrarrazões (fls. 98-102), o Ministério Público Estadual aduz que o direito do apenado em cumprir pena próximo de seus familiares não constitui um direito absoluto, tendo em vista o interesse público na questão.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 111-115), opinou pelo improvimento do recurso.

Era o que me cabia rememorar.

Conheço do recurso.

Passo ao mérito.

O reeducando vem cumprindo sua pena em Campo Grande/MS e solicitou sua transferência para a comarca de Ponta Porã/MS, restando tal pretensão indeferida pelo juiz *a quo*, conforme decisão (fls. 92), nos seguintes termos:

> *(...) Acolhendo os fundamentos expostos no parecer da Gerência de Inteligência do Sistema Penitenciário – GISP, na qual recomenda-se a manutenção do interno no Estabelecimento Penal desta Capital (f. 75) e acolhendo o parecer ministerial (f. 79), indefiro o pedido de autorização de transferência do custodiado para a comarca de Ponta Porã/MS.*

Sobre o tema, dispõe expressamente o artigo 103 da LEP:

> *Art. 103.Cada comarca terá, pelo menos 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.*

Nada obstante, o referido direito não se revela absoluto, mas um poder discricionário do juízo competente, segundo critérios de conveniência e oportunidade, podendo o magistrado indeferir o pleito, desde que devidamente fundamentada a decisão.

No caso em tela, conforme parecer da GISP (fls. 75), verifica-se que o agravante possui indícios de que tanto exerça liderança negativa perante massa carcerária como envolvimento com organização criminosa, o que justificou o indeferimento do pedido.

Dessa forma, havendo conflito de interesses entre o direito individual do apenado e da administração criminal, não resta dúvidas de que deve prevalecer este último, pois afrontaria o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Analisemos o entendimento do STJ em relação ao tema:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRANSFERÊNCIA DE PRESO PARA OUTRA COMARCA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. Conquanto deva ser assegurada ao preso a possibilidade de cumprir pena em local próximo ao seu meio social e familiar, conforme previsto no art. 103 da Lei de Execução Penal, o referido direito não se revela absoluto, podendo o magistrado indeferir o pedido de transferência, desde que por decisão fundamentada, como na hipótese em tela, em que o indeferimento se deu em razão da inexistência de estabelecimento próprio para o cumprimento da pena no regime semiaberto na comarca pretendida. 2. Recuso desprovido.* (STJ – RHC: 25072 TO 2008-0272632-7. Relatora Ministra Laurita Vaz, data de publicação: DJE 08/02/2010).

No mesmo sentido, é o entendimento do TJMS:

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESÍDIO PARA OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO - INDEFERIMENTO - DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA - SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR - REEDUCANDO CONSIDERADO DE ALTA PERICULOSIDADE - MANUTENÇÃO DA DECISÃO - RECURSO IMPROVIDO. Inexiste direito subjetivo do sentenciado à transferência para estabelecimento prisional de sua preferência, ainda que com fundamento em alegada proximidade de seus familiares. Precedentes. Mantem-se o indeferimento da permuta/transferência do reeducando, pois, a decisão está amparada no relatório elaborado pela Gerência de Inteligência do Sistema Penitenciário (GISP), que indica tratar-se de interno de alta periculosidade e membro de organização criminosa responsável pelo envio de drogas no eixo MS-MG, o que ressalta a inconveniência da concessão da permuta pretendida. Com o parecer, recurso improvido.* (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0050654-56.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, julgado em 12.07.2016).

> *EMENTA - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - INDEFERIMENTO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESO DE ALTA PERICULOSIDADE - DECISÃO FUNDAMENTADA NO INTERESSE PÚBLICO PARA GARANTIA DA ORDEM E SEGURANÇA - MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Tem-se que a transferência para cumprimento de pena em outra localidade não é direito subjetivo do reeducando, sendo tal matéria adstrita à discricionariedade do juízo da execução. In casu, o indeferimento do pedido de transferência não se deu sem qualquer justificativa, mas no interesse da administração, com o intuito de garantir a ordem e a segurança, considerando as condições de precariedade e superlotação carcerária do estabelecimento penal pretendido. Sobreleva ressaltar, como bem observado pelo juiz a quo, a alta periculosidade do agravante, que fora incluído no Sistema Penitenciário Federal por ser líder de facção criminosa, com alto nível de influência não somente sobre os outros detentos, como também fora do presídio. Demais disso, o agravante sequer possui pendências criminais neste Estado, o que torna inviável sua transferência da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS. Estando em*

> *conflito o direito individual do agravante de ser recolhido em local próximo ao seu meio social e familiar e o interesse da administração da justiça criminal, não resta dúvida de que deve prevalecer este último, sob pena de violar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Com o parecer, nego provimento.* (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0007002-52.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, julgado em 14.07.2016).

Destarte, inviável o acolhimento do pedido, a fim de manter a ordem pública e a segurança prisional, devendo o interesse coletivo prevalecer sobre o particular.

Ante ao exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Ronaldo Soares de Souza.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 05 de outubro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1410801-87.2017.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO – EMPREGO DE ARMA DE FOGO – CONCURSO DE AGENTES – MANTENÇA DAS VÍTIMAS (ENTRE ELAS UMA CRIANÇA) PODER DOS AGENTES, RESTRINGINDO SUAS LIBERDADES – CORRUPÇÃO DE MENORES – ARTIGO 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL – ARTIGO 244-B, DA LEI 8.069/1990 – CONCURSO FORMAL – ARTIGO 70, DO CÓDIGO PENAL – PACIENTE PRESO DIAS APÓS A DATA DOS FATOS – INDÍCIOS DE AUTORIA – MATERIALIDADE COMPROVADA – ORDEM PÚBLICA E GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL VERBERADAS – REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DA SEGREGAÇÃO PERSISTEM – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – INSUFICIÊNCIA – ORDEM DENEGADA.

Insurge dos autos a prova de materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, eis que o paciente, em concurso com os demais corréus, subtraíram, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, consistente em 02 (duas) bicicletas de cor branca, avaliadas em R$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais); a quantia de R$ 7.000,00 (sete mil reais); 02 (dois) aparelhos celulares, avaliados em R$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais); 01 (um) aparelho celular, marca Samsung, modelo Galaxy SIII mini, avaliado em R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) e 01 (um) veículo, S10 LTZ FD2, marca Chevrolet, cor branca, placas NSD-2483, avaliada em R$ 42.099,00 (quarenta e dois e noventa e nove reais), totalizando a quantia de R$ 53.249,00 (cinquenta e três mil e duzentos e quarenta e nove reais).

Crime praticado de maneira organizada, com emprego de arma de fogo e restrição da liberdade das vítimas (aproximadamente 03 horas), dentre as quais uma criança.

Sua liberdade expõe a incolumidade pública a risco iminente, justificando, com isto, a mantença da prisão preventiva.

Conquanto primário, o paciente detém inúmeros processos criminais, inclusive por homicídio, justificando a segregação celular.

Destaque-se que as condições pessoais do denunciado não autorizam, de forma automática, de forma que estando a decisão segregatória devidamente fundamentada, nas hipóteses dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, não há que se falar em constrangimento ilegal.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 19 de outubro de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O advogado Daniel Alves, inscrito na OAB/MS 8866-A e OAB/PR 23.987, impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Eduardo Roseno Pinto, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal de Naviraí-MS.

O impetrante narra que o paciente se apresentou espontaneamente na Delegacia de Polícia Cível de Naviraí no dia 03.07.2017, quando foi preso em cumprimento a mandado de prisão preventiva, por supostamente ter praticado o delito constituído no art. 157, §2º, I, II, e V do Código Penal.

Pleiteada a revogação, indeferiu-se.

Todavia, a defesa argumenta que a decisão carece de fundamentação idônea, haja vista o paciente ser primário, não foi preso em flagrante, compareceu à delegacia somente para levar o veículo de sua mãe para perícia, possui residência fixa e emprego honesto.

E, embora tenha contra si tramitando ação penal, em razão de crime atrelado à violência doméstica, inexiste condenação.

Nisto, postula pelo deferimento da liminar, expedindo-se alvará de soltura.

Ao final, requer a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 117-119.

As informações foram prestadas à f.123.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls.127-134.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

O advogado Daniel Alves, inscrito na OAB/MS 8866-A e OAB/PR 23.987, impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Eduardo Roseno Pinto, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal de Naviraí-MS.

O impetrante narra que o paciente se apresentou espontaneamente na Delegacia de Polícia Cível de Naviraí no dia 03.07.2017, quando foi preso em cumprimento a mandado de prisão preventiva, por supostamente ter praticado o delito constituído no art. 157, § 2º, I, II, e V do Código Penal.

Pleiteada a revogação, indeferiu-se.

Todavia, a defesa argumenta que a decisão carece de fundamentação idônea, haja vista o paciente ser primário, não foi preso em flagrante, compareceu à delegacia somente para levar o veículo de sua mãe para perícia, possui residência fixa e emprego honesto.

E, embora tenha contra si tramitando ação penal, em razão de crime atrelado à violência doméstica, inexiste condenação.

Nisto, postula pelo deferimento da liminar, expedindo-se alvará de soltura.

Ao final, requer a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 117-119.

As informações foram prestadas à f.123.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem à fls.127-134.

Era o que me cabia rememorar.

Conheço do *writ*.

A ordem deve ser denegada.

Em consulta ao primeiro grau de jurisdição, através do Sistema de Automação da Justiça - SAJ, observo que já tramita contra o paciente a ação penal de n. 0003091-11.2017.8.12.0029, de cuja denúncia constam os seguintes termos:

> *(...) O Ministério Público Estadual, através de sua representante nesta Comarca, no uso de suas atribuições, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, com fulcro no artigo 129, inciso I da Constituição Federal e no artigo 41 do Código de Processo Penal, oferecer denúncia e solicitar a instauração de Ação Penal Pública contra:*
>
> *Cleysson Damaceno DA Cruz, brasileiro, Auxiliar de Produção, solteiro, RG nº 2035198 SSP/MS, inscrito no CPF nº 056.893.781-35, nascido em 04.03.1994, natural de Naviraí MS, filho de David Bezerra da Cruz e Cristina Aparecida Damaceno, residente na Rua Guaiçara, 202, bairro Ipê, nesta cidade e comarca, mas atualmente recolhido na Penitenciária de Segurança Máxima Local, e contra;*
>
> *Eduardo Roseno Pinto, brasileiro, solteiro, Açougueiro, RG nº 1980612 SSP/MS, inscrito no CPF nº 051.635.591-09, nascido em 21.12.1994, natural de Dourados MS, filho de Elizeu Paulo Pinto e Neusa Roseno da Silva Pinto, residente na Rua Rio Grande do Norte, 137, centro, nesta cidade e comarca, mas atualmente recolhido na Penitenciária de Segurança Máxima Local, e contra;*
>
> *Leonardo Moreira Vareiro, vulgo Leo, nascido em 22.06.1993, RG nº 1985611 SSP/MS, inscrito no CPF nº 054.220.381-26, filho de Neuza Moreira da Silva, residente na Avenida Miguel Sotani, 148, bairro Jardim Paraíso, nesta cidade e comarca, mas atualmente em local incerto e não sabido, e contra;*
>
> *Carlos Henrique Arantes Souza, vulgo Carlão, brasileiro, solteiro, RG nº 504229928 SSP/MS, inscrito no CPF nº 704.062.701-98, nascido em 05.04.1997, natural de Naviraí MS, filho de Valdinei dos Santos Souza e Ana Paula Arantes Souza, residente na Rua Bonito, 398, bairro Cidade Jardim, nesta cidade e comarca, mas atualmente recolhido na Penitenciária de Segurança Máxima de Campo Grande MS, e contra;*
>
> *Fabio Henrique da Cruz e Silva, vulgo Zoi, brasileiro, RG nº 2049836 SSP/MS, filho de Odair da Silva e Sueli Bezerra da Cruz, residente, atualmente recolhido na Penitenciária de Segurança Máxima de Dourados MS, e contra;*
>
> *Eder Pavon Vaes, vulgo Peba, Pebinha e Sapucaia, brasileiro, RG nº 2332363 SSP/MS, nascido em 20.05.1995, natural de Coronel Sapucaia MS, filho de Sinforiano Gonçalves Vaes e Simone Gonçalves Vaes, residente na Rua Pantanal, 518, centro, nesta cidade e comarca, mas atualmente em local incerto e não sabido, considerando a prática das seguintes condutas típicas:*

1º FATO (roubo majorado):

Segundo consta dos autos, no 18 de junho de 2017, por volta das 23:30 horas, na Rua Bandeirantes, 935, bairro Beija Flor, nesta cidade e comarca, os denunciados Cleysson Damaceno da Cruz, Eduardo Roseno Pinto e Leonardo Moreiro Vareiro, com participação de Carlos Henrique Arantes Souza, Fabio Henrique da Cruz E Silva e Eder Pavone Vaes, em unidade de desígnios com o adolescente Eduardo Henrique Neri da Silva, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suascondutas, em concurso de vontades, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo e restringindo a liberdade das vítimas Antonio Carlos Fernandes da Silva, Claudete Prieto da Silva, Gabrielle Prieto da Silva e Ana Carolina Prieto da Silva, subtraíram, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, consistente em 02 (duas) bicicletas de cor branca, avaliadas em R$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais); a quantia de R$ 7.000,00 (sete mil reais); 02 (dois) aparelhos celulares, avaliados em R$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais); 01 (um) aparelho celular, marca Samsung, modelo Galaxy SIII mini, avaliado em R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) e 01 (um) veículo, S10 LTZ FD2, marca Chevrolet, cor branca, placas NSD-2483, avaliada em R$ 42.099,00 (quarenta e dois e noventa e nove reais), totalizando a quantia de R$ 53.249,00 (cinquenta e três mil e duzentos e quarenta e nove reais), conforme Auto de Apreensão de fls. 25, fls. 39, Auto de Entrega de fls. 26, fls. 41, fls. 43, Auto de Avaliação Indireta 45/46 e Relatórios de Investigação de fls. 32/36 e fls. 51/64)

2º FATO (Corrupção de menor):

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, os denunciados Cleysson Damaceno da Cruz, Eduardo Roseno Pinto, Leonardo Moreiro Vareiro, Carlos Henrique Arantes Souza, Fabio Henrique da Cruz e silva e Eder Pavone Vaes, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, corromperam o adolescente Eduardo Henrique Neri da Silva, com ele praticando infração penal, conforme Documento Pessoal em anexo.

Consta que os denunciados Carlos Henrique e Fabio Henrique, recolhidos nas penitenciárias de Campo Grande e Dourados, respectivamente, e o denunciado Eder, organizaram a ação delituosa, entrando em contato com os outros denunciados através do aplicativo whatsapp, da rede social facebook e por ligações telefônicas, informando quem seria a vítima e qual o veículo a ser roubado.

Apurou-se que, no dia dos fatos, os denunciados Cleysson, Eduardo e Leonardo, portando armas de fogo, adentraram na residência das vítimas e aguardaram a chegada das mesmas.

Insta que, no momento em que as vítimas Antonio e Claudete chegavam na residência, estacionaram seu veículo, que estava engatilhado com um trailer de lanches, na garagem e fecharam o portão, instante em que os denunciados Cleysson, Eduardo e Leonardo, com armas de fogo em mãos, anunciaram assalto.

Em seguida, Cleysson, Eduardo e Leonardo renderam Antonio e Claudete, adentraram na residência das mesmas e renderam, também, Gabrielle e Ana Carolina, filhas do casal, que se encontravam trancadas no banheiro, tendo levado todas elas à sala da casa.

Enquanto apontavam armas de fogo para as vítimas, Cleysson, Eduardo e Leonardo reviraram a casa em busca de dinheiro, tendo Claudete lhes entregado sua bolsa, que continha R$ 4.000,00 (quatro mil reais). Além de dinheiro, os denunciados subtraíram outros objetos já descritos.

Por conseguinte, o denunciado Leonardo exigiu que a vítima Antonio o acompanhasse e desengatilhasse o veículo do trailer de lanches, tendo o mesmo obedecido a ordem.

Leonardo fugiu com o veículo da vítima, enquanto outros dois denunciados permaneceram no local dos fatos, tendo estes subtraído, ainda, mais R$ 3.000,00 (três mil reais) e 02 (duas) bicicletas.

Depois das subtrações, ambos os denunciados exigiram, sob ameaças, que as vítimas se trancassem no banheiro da residência por 40 (quarenta) minutos, enquanto fugiam.

Outrossim, infere-se que o denunciado Leonardo telefonou para o adolescente Eduardo Henrique, orientando o mesmo a se dirigir até a rodoviária municipal, para levar o veículo subtraído das vítimas para o Paraguai, tendo oferecido ao mesmo a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais).

Ao chegar no local, o adolescente recebeu o veículo de Leonardo e o conduziu até a cidade de Salto del Guairá, seguindo um veículo VW Golf, que estava sendo conduzido pelo denunciado Eduardo Roseno Pinto e que tinha como passageiro Leonardo.

Infere-se que o denunciado Leonardo e Eduardo guiaram o adolescente até a cidade paraguais, servindo de batedores, tendo aquele assuimido a direção do veículo roubado e o vendido no país vizinho.

Após a venda do veículo, os denunciados Leonardo e Eduardo, juntamente com o adolescente Eduardo Henrique, retornaram a esta cidade.

Ante o exposto, estando os denunciados Cleysson Damaceno da Cruz, Eduardo Roseno Pinto, Leonardo Moreiro Vareiro, Carlos Henrique Arantes Souza, Fabio Henrique da Cruz E Silva e Eder Pavone Vaes incursos nas sanções do artigo 157, § 2°, incisos II, IV e V, do Código Penal, bem como do artigo 244-B da Lei 8.069/90, na forma do artigo 70 do Código Penal, requer-se seja a presente R. e A., sendo os mesmos citados e processados até final julgamento, condenados, notificandose as testemunhas a seguir arroladas para serem ouvidas em Juízo, sob pena das cominações legais. (...)"

Nisto, comunicados os fatos à autoridade policial, esta representou pela prisão preventiva dos réus, no que foi atendida (0002899-78.2017.8.12.0029):

(...) Representa a autoridade policial, pela decretação da prisão preventiva dos indiciados Cleysson Damaceno da Cruz, Leonardo Moreira Vareiro e Eduardo Roseno Pinto, argumentando estarem presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar.

Segundo argumenta a Autoridade Policial, os indiciados acima descritos teriam praticado um crime de roubo majorado pelo emprego de arma, concurso de pessoas e restrição à liberdade da vítima (art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do CP), figurando como vítima a pessoa de Antônio Carlos Fernandes da Silva. Consta que um veículo camionete GM/s-10, placa NSD-2483, de cor branca. Aduz a Autoridade que há concreto risco de que outros eventos delitivos congêneres possam acontecer com os referidos representados em liberdade.

Em parecer, opinou o Ministério Público pelo deferimento da representação policial (fls. 36-38).

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

De rigor, o deferimento da representação.

Como sabido, a prisão processual serve-se a acautelar eventual provimento jurisdicional e resguardar o trâmite processual, encontrando seus pressupostos e requisitos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Entendem-se por pressupostos da dita medida constritiva a prova da materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria, que perfazem-se no fumus boni juris indispensável à concessão de qualquer medida cautelar buscada à jurisdição.

Com efeito, a prova da materialidade consubstancia-se nos elementos informativos colhidos no Inquérito Policial, bem como no Auto de Avaliação Indireta juntado ao procedimento investigativo, enquanto os indícios suficientes de autoria remanescem configurados, sobretudo pelo robusto Relatório de Investigações de fls. 27-33.

Desse modo, presentes os pressupostos, passa-se à análise dos requisitos da prisão cautelar, senão vejamos:

Destarte, o fato imputado aos imputados é concretamente grave, eis que se trata de um roubo, supostamente praticado mediante emprego de arma de fogo, a revelar que a incolumidade física das vítimas (uma família, em sua residência) foram expostas a injusto risco. Além disso, podem estar envolvidos na execução de outros delitos de roubo, o que indica que, soltos, representam os acusados perigo à comunidade local e ao patrimônio alheio.

Assim sendo, do binômio gravidade concreta do delito + risco de reiteração criminosa observo ser necessário garantir a ordem pública, conceito este que a doutrina e jurisprudência atuais interpretam de maneira restritiva, disciplinando-a como vetor de reprodução de fatos criminosos.

No que concerne à definição de ordem pública para fins de decretação da prisão cautelar, lecionam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

Ordem pública é a paz social, a tranquilidade no meio social, cuja manutenção é um dos objetivos principais do Estado. Quando tal tranquilidade se vê ameaçada, é possível a decretação da prisão preventiva, a fim de evitar que o agente, solto, continue a delinquir. Assim, é possível a decretação da medida quando se constata que o agente, dada a periculosidade que ostenta, sente-se incentivado a prosseguir em suas práticas delituosas.

Quanto ao referido requisito (fundamento) da prisão preventiva, vem se manifestando o E. TJMS:

HABEAS CORPUS FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELA PGJ INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADA PRETENDIDA LIBERDADE PROVISÓRIA NÃO POSSÍVEL PACIENTE JÁ PROCESSADO CRIMINALMENTE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL ORDEM DENEGADA. O habeas corpus é remédio constitucional de maior celeridade para atacar ato reputado ilegal e lesivo à liberdade, sendo possível a impetração ainda que haja previsão legal de recurso específico. In casu, apresenta-se crime de Furto Qualificado com Concurso de Pessoas previsto no art. 155, § 4°, inciso IV, do Código Penal. O paciente alega ter sofrido arbitrariedade das autoridades e ainda, que não tinha conhecimento do ilícito que estava em curso, apenas dirigia o veículo. Tese desvinculada pelo fato de os furtos ocorrerem sucessivamente, não sendo possível seu desconhecimento. Ademais, o paciente já foi preso anteriormente pelo mesmo crime, o que revela a conduta de reiteração da prática criminosa. Por isso, sua liberdade põe em risco a ordem pública. E ainda não comprovou vínculo algum com o distrito da culpa, sendo tal fato risco a aplicação da lei penal. Visto isso, faz-se necessária a manutenção da segregação cautelar (Habeas Corpus - N.2012.016608-2/0000-00 - São Gabriel do Oeste, Rel. Des. Francisco Gerardo de Souza, julgado em 23.07.2012).

HABEAS CORPUS CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PACIENTE QUE APRESENTA REITERAÇÃO DELITIVA ORDEM DENEGADA. Eventual irregularidade do flagrante não alcança a ação penal e a localização da arma justifica a desnecessidade de autorização judicial para busca e apreensão por se tratar de flagrante de crime permanente. A decisão

que indeferiu a liberdade provisória está devidamente fundamentada, encontrando amparo no artigo 312 do CPP, estando calcada em circunstâncias concretas do caso, dada a audácia e periculosidade do paciente, demonstrando a necessidade de garantia da ordem pública, por se tratar de agente que reiteradamente está envolvido na prática delitiva. No caso, o paciente mesmo após ser condenado por crime de homicídio, supostamente, possuía ilegalmente arma de fogo de uso restrito, carregada com 7 munições intactas e uma deflagrada, pertencente à Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso (Habeas Corpus n. 012.018915-2/0000-00 - Campo Grande, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, julgado em 23.07.2012).

Não bastasse a presença do requisito da ordem pública, também se faz imperiosa a prisão cautelar para resguardar eventual aplicação da lei penal, eis que não há nos autos elemento algum que indique possuírem estes residência fixa ou ocupação lícita, a comprovar a falta de vínculo dos indiciados com esta Comarca, fazendo-se mister obstar possível fuga.

Por fim, assinalo que o delito imputado aos representados possui pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão, o que satisfaz o novel requisito estampado no art. 313, I, do CPP.

Ante o exposto e sem mais delongas, com fundamento nos artigos 311 e 312 do CPP, decreto a prisão preventiva de Cleysson Damaceno da Cruz, Leonardo Moreira Vareiro e Eduardo Roseno Pinto, devidamente qualificados.

Expeçam-se os respectivos mandados, remetendo às autoridades competentes para cumprimento.

Insira-se os dados pertinentes das ordens de prisão a serem expedidas no sistema informatizado do Conselho Nacional de Justiça, nos termos das disposições legais e regulamentares vigentes.

Junte-se cópia desta decisão e do mandado de prisão aos autos principais.(...)

O pedido de revogação da prisão preventiva foi indeferido, *in verbis* (0002899-78.2017.8.12.0029):

(...) Eduardo Roseno Pinto, por meio de seu advogado, formula requerimento de revogação da prisão preventiva, argumentando, em síntese, que não estão presentes os requisitos da medida cautelar (fls. 59/66). Juntou os documentos de fls. 67/72.

O Ministério Público, instado a se manifestar, opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 76/77).

É o relatório.

Decido.

De rigor, o indeferimento do pedido.

De início, para a decretação da prisão preventiva, convém ressaltar que, nesta fase processual, não se exige farto lastro probatório, uma vez que a matéria será apreciada definitivamente quando da sentença, que passará, antes, pelo processo de instrução processual sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

In casu, trata-se de um delito de roubo majorado, supostamente praticado mediante emprego de arma de fogo, com invasão a uma residência e que manteve toda uma família exposta a injusto risco, revelando a extrema gravidade dos fatos.

Assim, ainda que o requerente reúna condições pessoais tais como, primariedade, bons antecedentes, trabalho lícito e residência fixa, por si só, tais circunstâncias não

garantem o benefício se estão presentes os requisitos da prisão preventiva, como já elencados na decisão acima mencionada, em especial para garantia da ordem pública, dada a gravidade dos fatos, indicando que, em liberdade, representa concreto perigo à comunidade local e ao patrimônio alheio.

Assim sendo, por não preencher os requisitos necessários, o pedido sub examine não merece ser acolhido.

Posto isso, com o parecer, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, INDEFIRO o pedido de revogação da prisão preventiva formulado por Eduardo Roseno Pinto.

Junte-se cópia desta decisão nos autos principais e arquive-se este, após feitas as baixas necessárias.

No mais, quanto ao acusado Cleysson defiro e autorizo o pedido de fls. 80, mediante escolta. Às providências necessárias.

Intime-se. Cumpra-se.(...).

Pois bem, o crime de roubo qualificado é punido com pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, confortando-se, com isto, ao texto do artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

A materialidade esta demonstrada através do boletim de ocorrência, auto de apreensão, auto de entrega, auto de apreensão, auto de entrega e auto de apreensão (fls. 09-10; 31; 32-33; 46; 48; 50; 0003091-11.2017.8.12.0029).

Os indícios de autoria são inferidos dos depoimentos (fls. 12-25; 28;0003091-11.2017.8.12.0029).

Neste passo, materializados estão os pressupostos embasadores da segregação (prova da existência do crime e indícios da autoria), atraindo a presença do *fumus commissi delicti.*

O *periculum libertatis*, por sua vez, está fundado na necessidade de se ver garantida a ordem pública, eis que os réus, previamente organizados, praticaram, em tese, crime de extrema gravidade, mediante grave ameaça exercida com arma de fogo e com restrição à liberdade das vítimas, dentre elas uma criança, esta alvo de ameaça de morte, fatos este que, em sendo comprovados, refletem negativamente na sociedade, causando a sensação de impunidade.

Neste esteio, forçoso reconhecer a gravidade concreta do delito, em tese, praticado, motivo de enorme temeridade, ocasionada pelo engendramento do grupo reunido com o escopo de vilipendiar o patrimônio alheio, conforme o exarado pelo magistrado que preside o feito, quando de suas informações:

(...) Sirvo-me do presente expediente para prestar a Vossa Excelência as seguintes informações, concernentes ao HC supra. Trata-se de Habeas Corpus, com pedido liminar, impetrado em favor do paciente Eduardo Roseno Pinto, em razão da decisão de indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva, nos autos n. 0002899-78.2017.

Segundo consta, o paciente é acusado da suposta prática do crime de roubo majorado e corrupção de menor, vez que, no dia 18/06/2017, em companhia de outros autores maiores e um adolescente, e mediante o emprego de arma de fogo e restringindo a liberdade das vítimas, subtraiu diversos bens, dentre elas aparelhos celulares, significativa quantia em dinheiro e uma camionete que teria sido levada para o Paraguai. Ainda segundo a denúncia, os autores abordaram a família quando chegaram em sua residência, adentraram na casa, e após a revirarem, fugiram levando os bens acima, ressaltando que teriam mantido as vítimas, dentre elas uma criança, sob a mira de armas de fogos.

> *A prisão preventiva foi decretada para garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta dos fatos e para evitar a reiteração criminosa, ressaltando que o mesmo possui extensa ficha de antecedentes, sendo que, em liberdade, representa concreto perigo à comunidade local e ao patrimônio alheio.*
>
> *Desse modo, esperando ter cumprido o que me foi solicitado, coloco-me à inteira disposição de Vossa Excelência para quaisquer outros esclarecimento (....).*

Portanto, ressaem os requisitos legais autorizadores da segregação cautelar, retratando, *in concreto*, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública.

Neste sentido,

> *HABEAS CORPUS. Roubo circunstanciado pelo emprego de arma concurso de agentes. Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Decreto prisional devidamente fundamentado, nos termos do art. 312, do código de processo penal. Fumus comissi delict e periculum libertatis demonstrados. Gravidade concreta do delito. Agentes que, mediante emprego de armas e concurso de pessoas, teriam agido de forma agressiva durante ação delitiva, subtraindo de vítimas que se encontravam com criança de colo, uma carteira, um celular e um veículo automotor. Informações que dão conta de que, a despeito da ordem de parada dada pelos policiais perto do posto policiais de irati, os agentes prosseguiram na tentativa de fuga até as proximidades de guarapuava. Descabimento das medidas cautelares do art. 319, do código de processo penal. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.'* Grifei (TJPR; HC Crime 1450748-9; Curitiba; Quarta Câmara Criminal; Relª Desª Sonia Regina de Castro; Julg. 05/11/2015; DJPR 18/11/2015; Pág. 699).

O Superior Tribunal de Justiça já exarou que:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. ARGUMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS OPERANDI DO DELITO. RECEIO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Hipótese em que as instâncias ordinárias entenderam, com base em argumentos concretos, que a custódia cautelar é necessária para a garantia da ordem pública, sobretudo em decorrência do receio concreto de reiteração criminosa. Existência de condenação criminal anterior, com pena já cumprida, pela prática de crime contra o patrimônio. E da periculosidade do recorrente, revelada pelo modus operandi do delito. Crime que teria sido praticado mediante invasão de domicílio e grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, inclusive contra uma criança de colo, tendo os agentes roubado um veículo para a fuga e trocado tiros com os policiais militares. 2. Impossível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a gravidade concreta do delito, devidamente ressaltada pelas instâncias ordinárias, demonstra serem insuficientes para acautelar a ordem pública. 3. Recurso desprovido.* Grifei (STJ; RHC 47.005; Proc. 2014/0084407-5; MG; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; DJE 22/08/2014).

Bem assim, a prisão calca-se em fundamentos bastantes robustos, estando lastreada em elementos concretos, os quais se confortam ao texto do artigo 312, do Código de Processo Penal, soterrando, assim quaisquer argumentos de ilegalidade.

O impetrante afirma que o paciente ostenta circunstâncias pessoais favoráveis.

Porém, conquanto primário, possui inúmeros processos criminais, inclusive por homicídio, justificando a segregação celular.

Assim, a segregação merece ser mantida, eis que os predicados favoráveis do paciente, quando confrontados ao ora contextualizado, não comportam a liberdade, ao menos neste interregno, fundamento este que encontra conforto nos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. USO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DAS VÍTIMAS. CORRUPÇÃO DE MENORES. RECURSO EM LIBERDADE. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A teor do art. 312 do código de processo penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o fumus comissi delicti, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o periculum libertatis, fundado no risco de que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da Lei penal. 2. A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. 3. Na hipótese, a segregação cautelar do recorrente encontra-se fundamentada na gravidade concreta do delito, considerando as circunstâncias da prática criminosa e a periculosidade do agente, o que denota a necessidade da segregação provisória para o fim de resguardar a ordem pública: o acusado, em concurso de agentes, inclusive com um menor, subtraiu para si, mediante grave ameaça e restrição de liberdade das vítimas por meio do emprego de arma de fogo, dois veículos, R$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais), uma televisão, dois notebooks, dois dvds, uma máquina fotográfica, dois celulares, além de outros objetos de menor valor. Destaca-se, ainda, que entre as vítimas havia um bebê de poucos meses. 4.* ***Eventuais condições pessoais favoráveis do acusado não têm o condão de, por si sós, inviabilizar a decretação da custódia preventiva, se existem outros elementos nos autos que respaldam a medida constritiva. 5. Recurso desprovido.*** Grifei (STJ; RHC 59.917; Proc. 2015/0123911-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Gurgel de Faria; DJE 02/10/2015).

Isto posto, persistindo o *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, afastada está a alegação de constrangimento ilegal a ser sanado por meio do presente *habeas corpus.*

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 19 de outubro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 0200078-48.2010.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – DECLARAÇÃO DE SUSPEIÇÃO QUESTIONADA PELO JUIZ SUBSTITUTO – MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELO PRESIDENTE DESTE TRIBUNAL – PREVISÃO NO CODJ – SUSPEIÇÃO DO JUIZ SUSCITANTE ACOLHIDA *AD REFERENDUM* DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA – CONFLITO CONHECIDO E ACOLHIDO – COMPETÊNCIA DO JUIZ DA 2ª VARA CRIMINAL DE DOURADOS.

Conforme previsão do Código de Organização e Divisão Judiciária do TJMS (art. 45, VII, da Lei 1511/1994 – CODJ), a suspeição declarada pelo Magistrado da 1ª Vara Criminal de Dourados foi devidamente comunicada ao Conselho de Magistratura (fls. 3.815/3.816), a quem incumbiu, por intermédio do Presidente, *ad referendum*, apreciar a legalidade e a procedência da declaração, acolhendo-a de pronto.

A suspeição do magistrado suscitante se deu em razão do prévio conhecimento dos fatos apurados na Ação Penal n.º 0200078-48.2010.8.12.0002, o que, certamente, comprometeria sua indispensável imparcialidade para apreciar o feito, não apenas quanto ao réu com quem tem relações comerciais, mas com relação a todos os outros.

Logo, descabe ao juiz suscitado avaliar a extensão da declaração de suspeição do juiz suscitante e, à revelia do decidido pelo Presidente desta Corte, "determinar" o desmembramento dos autos.

Se o i. Presidente deste Sodalício já acolheu o pedido de suspeição em sua inteireza, sem fazer acepção quanto à sua extensão, não há mais o que se discutir em relação à matéria, tampouco se admite o desmembramento do referido processo.

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, conhecer e julgar procedente o pedido formulado no conflito.

Campo Grande, 21 de novembro de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados perante este E. Tribunal, em face do Juiz da 2ª Vara Criminal da mesma Comarca.

O magistrado suscitante declarou sua suspeição, por motivo de foro íntimo, às fls.3807, determinando a remessa dos autos ao seu substituto imediato.

Expediu o juiz da 1ª Vara ofício ao Conselho Superior da Magistratura, esclarecendo que mantém relações comerciais com um dos réus da Ação Penal n.º 0200078-48.2010.8.12.0002, há mais de 10 anos. Expôs, ademais, na mesma oportunidade, que tomou conhecimento antecipado dos fatos apurados na referida ação penal, motivos pelos quais considera-se suspeito.

A declaração de suspeição foi acolhida pelo i. Presidente deste Tribunal, *ad referendum* do Conselho Superior da Magistratura.

Por sua vez, o juiz da 2ª Vara Criminal entendeu que a suspeição do juiz titular da 1ª Vara Criminal circunscreve-se apenas ao réu Gilberto, não alcançando os demais corréus. Determinou, por isso, o desmembramento do feito originário (0200078-48.2010.8.12.0002), com o envio posterior à 2ª Vara Criminal, para ulteriores deliberações quanto ao seguimento, no que tange ao réu Gilberto de Andrade. Ainda, determinou a manutenção do processo originário (0200078-48.2010.8.12.0002), contra os demais réus, na 1ª Vara Criminal, por se tratar do juízo natural para julgar os demais corréus.

Em seguida, o juiz da 1ª Vara rejeitou a manutenção da competência originária para julgar os demais corréus, suscitando conflito negativo de competência perante este E. Tribunal, na forma do art. 116 do CPP.

A Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer, opinou pelo não conhecimento do conflito e, no mérito, por seu provimento, para que os autos sejam remetidos, na sua íntegra, ao juízo suscitado.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados perante este E. Tribunal, em face do Juiz da 2ª Vara Criminal da mesma Comarca.

O magistrado suscitante declarou sua suspeição, por motivo de foro íntimo, às fls.3807, determinando a remessa dos autos ao seu substituto imediato.

Expediu o juiz da 1ª Vara ofício ao Conselho Superior da Magistratura, esclarecendo que mantém relações comerciais com um dos réus da ação penal nº. 0200078-48.2010.8.12.0002, há mais de 10 anos. Expôs, ademais, na mesma oportunidade, que tomou conhecimento antecipado dos fatos apurados na referida ação penal, motivos pelos quais considera-se suspeito.

Por sua vez, o juiz da 2ª Vara Criminal entendeu que a suspeição do juiz titular da 1ª Vara Criminal circunscreve-se apenas ao réu Gilberto, não alcançando os demais corréus. Determinou, por isso, o desmembramento do feito originário (0200078-48.2010.8.12.0002), com o envio posterior à 2ª Vara Criminal, para ulteriores deliberações quanto ao seguimento, no que tange ao réu Gilberto de Andrade. Ainda, determinou a manutenção do processo originário (0200078-48.2010.8.12.0002), contra os demais réus, na 1ª Vara Criminal, por se tratar do juízo natural para julgar os demais corréus.

Em seguida, o juiz da 1ª Vara rejeitou a manutenção da competência originária para julgar os demais corréus, suscitando conflito negativo de competência perante este E. Tribunal, na forma do art.114 do CPP.

Pois bem. O conflito de jurisdição deve ser conhecido.

De fato, conforme destacou o juiz suscitante, embora não se possa dizer que haja propriamente um conflito de jurisdição, a teor do disposto no art. 114 do CPP, forçoso concluir que há um dissenso entre dois magistrados acerca da extensão da declaração de suspeição feita por um deles.

Ocorre que a questão foi levada previamente a conhecimento do Conselho Superior da Magistratura (fls. 3.815/3.816), tendo sido acolhida, *ad referendum,* pelo Presidente deste Tribunal, a declaração de suspeição do magistrado ora suscitante, nos moldes do art. 45, VII, da Lei 1511/1994 – CODJ.

Em sendo assim, esta Câmara Criminal não pode se escusar de conhecer a controvérsia.

No caso vertente, declarando-se suspeito o juiz da 1ª Vara Criminal, seu substituto legal (o juiz suscitado) entendeu que a suspeição do juiz suscitante circunscreve-se apenas ao réu Gilberto, não alcançando os demais corréus da ação penal n.º 0200078-48.2010.8.12.000, e determinou, por isso, o desmembramento do feito.

Acontece que o juiz natural da causa (o suscitante) alega que a sua suspeição advém não só das relações comerciais que mantém com o réu Gilberto, como também por ter tido ciência antecipada dos fatos, por meio deste último.

A propósito, o presidente deste Tribunal acolheu a declaração de suspeição do juiz suscitante, em 8 de maio de 2017, considerando, conforme consta no ofício de fls.3.815/3.816, o conhecimento antecipado dos fatos por aquele magistrado.

Nada obstante, inobservando a decisão proferida pelo ilustre Presidente, o juiz suscitado, em 14 de junho de 2017 (fls.3.817/3.818), "determinou" o desmembramento do feito originário (0200078-48.2010.8.12.0002), com o envio posterior à 2ª Vara Criminal, para ulteriores deliberações quanto ao seguimento, no que tange ao réu Gilberto de Andrade; e a manutenção do processo originário (0200078-48.2010.8.12.0002), contra os demais réus, na 1ª Vara Criminal.

Ora! Conforme previsão do Código de Organização e Divisão Judiciária do TJMS (art. 45, VII, da Lei 1511/1994 – CODJ), a suspeição declarada pelo Magistrado da 1ª Vara Criminal de Dourados foi devidamente comunicada ao Conselho de Magistratura (fls. 3.815/3.816), a quem incumbiu apreciar a legalidade e a procedência da declaração, acolhendo-a de pronto.

Logo, descabe ao juiz suscitado avaliar a extensão da declaração de suspeição do juiz suscitante e, à revelia do decidido pelo presidente desta Corte, "determinar" o desmembramento dos autos.

Até porque, sublinhe-se, a suspeição do magistrado suscitante se deu em razão do prévio conhecimento dos fatos apurados na ação penal nº. 0200078-48.2010.8.12.0002, o que, certamente, comprometeria sua indispensável imparcialidade para apreciar o feito, não apenas quanto ao réu Gilberto, mas com relação a todos os outros.

Não é demais ratificar que, se o i. Presidente deste Sodalício já acolheu o pedido de suspeição em sua inteireza, sem fazer acepção quanto à sua extensão, não há mais o que se discutir em relação à matéria, tampouco se admite o desmembramento do referido processo.

Pelas razões expendidas, conheço do presente conflito de jurisdição, declarando competente o Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (suscitado), para processar e julgar a Ação Penal nº. 0200078-48.2010.8.12.0002, com relação a todos os réus.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (3º Vogal)

O Magistrado da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS declarou-se suspeito, por motivo de foro íntimo, determinando a remessa dos autos ao seu substituto imediato.

A declaração de suspeição foi acolhida pelo Presidente do Tribunal de Justiça, *ad referendum* do Conselho Superior da Magistratura.

Com efeito, o Magistrado da 2ª Vara Criminal entendendo que a suspeição do Magistrado seria apenas a um corréu, não alcançando os demais corréus, determinou o desmembramento da ação penal - autos nº 0200078-48.2010.8.12.0002, com a manutenção do processo com relação aos demais réus na 1ª Vara Criminal.

Por isso, pelo Magistrado da 1ª Vara Criminal foi suscitado o presente conflito de jurisdição.

O relator, Desembargador Geraldo de Almeida Santiago conheceu do presente conflito de jurisdição e declarou competente o Magistrado da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS para processar e julgar a Ação Penal n.º 0200078-48.2010.8.12.0002 com relação a todos os réus.

Ressalvo que na minha compreensão o caso teve o encaminhamento inadequado pelo magistrado da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados porque se trata de declaração de suspeição pelo magistrado ora suscitante, pelo que não caberia o desmembramento do processo com a devolução do mesmo em relação aos demais réus, visto que se trata de denúncia contra vários réus e por atribuição de crimes, em conexão, havendo riscos de decisões conflitantes no caso de desmembramento do processo, assim como de ocasionar morosidade na instrução pela necessidade de repetição de atos de instrução.

Ademais, embora a suspeição esteja vinculada à relação do juiz com as partes do processo, é inegável que o magistrado que se declare suspeito não terá isenção necessária para atuar na análise dos fatos do processo.

Por fim, como regra, questão relacionada à suspeição, com a determinação de remessa do processo ao substituto legal, não deve ser discutida pela via de conflito de competência. Todavia, no caso, como houve o desmembramento do processo, com a devolução em relação aos demais réus ao ora suscitante, não lhe restou outra medida que não a suscitação do conflito, pelo que deve ser conhecido para dirimir a questão posta.

Assim, com essas ponderações, acompanho o relator para declarar competente o magistrado da 2ª Vara Criminal de Dourados/MS, para processar e julgar a Ação Penal n.º 0200078-48.2010.8.12.0002.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram e julgaram procedente o pedido formulado no conflito.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 21 de novembro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002647-03.2015.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR- INTERNAÇÃO – RECURSO CABÍVEL – RESE – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – DECISÃO APOIADA EM LAUDO MÉDICO – PACIENTE ASSINTOMÁTICO DO PONTO DE VISTA PSIQUIÁTRICO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O ato de revogar prisão preventiva, previsto expressamente no inciso V, do art.581, do CPP, é similar ao ato de revogar medida cautelar diversa da prisão, o que permite a interpretação extensiva do artigo e, consequentemente, o manejo do recurso em sentido estrito.

Nada obstante, considerando a doutrina que entende pela impossibilidade de ser aplicada interpretação extensiva ao rol do recurso em sentido estrito, tendo em vista o princípio da fungibilidade dos recursos, inscrito no art. 579 do CPP, e a ausência de má-fé do recorrente, o recurso deve ser conhecido.

Os laudos médicos acostados aos autos atestam que o apelado está em condições de seguir tratamento extra-hospitalar, não havendo indicação técnica para permanecer hospitalizado.

A decisão da magistrada *a quo* que revogou a internação provisória deve ser mantida, pois está devidamente fundamentada, lastreada em documentos emitidos pelos *experts,* os quais merecem credibilidade, inexistindo motivos para desconsiderá-los.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação, manifestando seu inconformismo com a decisão de fls.184/186, que revogou a medida de internação estabelecida contra o apelado, determinando a sua desinternação imediata.

Alega o apelante que a manutenção da internação provisória é medida que se impõe, para proteger o próprio apelado como também a ordem pública.

Em contrarrazões, a defesa bate-se pelo não conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do apelo.

A Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer, opina pelo conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal aviado pelo Ministério Público Estadual contra a decisão de fls. 184/186, que revogou a medida de internação estabelecida contra o apelado, determinando a sua desinternação imediata.

Alega o apelante que a manutenção da internação provisória é medida que se impõe, para proteger o próprio apelado como também a ordem pública.

Por outro lado, a defesa bate-se pelo não conhecimento do recurso, argumentando que a decisão combatida desafia interposição de recurso em sentido estrito.

De início, cumpre-me analisar o cabimento do recurso.

O art. 581, V, do CPP enuncia que caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença que que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante.

Como ensina Badaró, diante das mudanças da Lei 12.403/2011, que criou várias medidas cautelares alternativas à prisão, o inc. V do art.581 do CPP deve merecer interpretação extensiva, sendo admissível o recurso em sentido estrito, contra as decisões que conceder, negar, cassar ou revogar qualquer das medidas cautelares alternativas à prisão dos arts.319 e 320. (Badaró, Gustavo Henrique, Processo Penal, 5ª ed., Revista dos Tribunais, 2017, p.877)

Na mesma linha intelectiva vem decidindo o STJ:

> *RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ROL TAXATIVO. APLICAÇÃO EXTENSIVA. ADMISSÃO. ANALOGIA. INVIABILIDADE. REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. CABIMENTO DE HIPÓTESE QUE GUARDA SIMILITUDE COM O INCISO V DO ART. 581 DO CPP. 1. As hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, trazidas no art. 581 do Código de Processo Penal e em legislação especial, são exaustivas, admitindo a interpretação extensiva, mas não a analógica. 2. O ato de revogar prisão preventiva, previsto expressamente no inciso V, é similar ao ato de revogar medida cautelar diversa da prisão, o que permite a interpretação extensiva do artigo e, consequentemente, o manejo do recurso em sentido estrito. 3. Recurso especial provido para determinar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prossiga na análise do Recurso em Sentido Estrito n. 70067541250, nos termos do voto.* (REsp 1628262/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

Em sendo assim, o recurso cabível na espécie, tratando-se de decisão interlocutória não terminativa assemelhada à revogação da prisão preventiva, seria, realmente, o RESE.

Sem embargo, dispõe o art.579 do CPP que, salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

Ademais, o Ministério Público interpôs o recurso um dia após intimado, portanto, dentro do prazo previsto para o RESE (5 dias), o que evidencia não ter havido má-fé.

Logo, considerando a doutrina que entende pela impossibilidade de ser aplicada a interpretação extensiva ao rol do Recurso em Sentido Estrito, tendo em vista o princípio da fungibilidade dos recursos, inscrito no art. 579 do CPP, e a ausência de má-fé do recorrente, tenho por bem conhecer do recurso e apreciar-lhe o mérito.

Pois bem.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Isto porque os laudos médicos acostados aos autos atestam que o apelado está em condições de seguir tratamento extra-hospitalar, não havendo indicação técnica para permanecer hospitalizado.

Ademais, a necessidade de garantia da ordem pública não está patente, não sendo suficiente para caracterizá-la desentendimentos do apelado com outros internos.

Deste modo, a decisão da magistrada *a quo* que revogou a internação provisória está devidamente fundamentada, pois lastreada em documentos emitidos pelos *experts,* os quais merecem credibildade, inexistindo motivos para desconsiderá-los. Veja-se:

> *Não obstante a cota ministerial, é preciso deixar registrado, que não há como este Juízo desmerecer/desprestigiar o atestado produzido, por Médico Psiquiatra, deveras gabaritado, não havendo motivos razoáveis, para supor que não condiz, com a realidade.*
>
> *Assim, manter o acusado internado, por conta de risco à ordem pública, apenas se justificaria, como medida, análoga à prisão.*
>
> *Contudo, não se pode admitir que a prisão perdure, por tempo indeterminado, o que, via de consequência, implica na incongruência de se manter o acusado internado, pelo mesmo fundamento.*
>
> *Sendo assim, em razão de o requisito da manutenção da ordem pública, não se encontrar mais presente, revogo a Medida de Internação, e determino a imediata Desinternação de Alessandro Ribolis Pereira, qualificado, que deverá ser liberado do Hospital, somente, na companhia de um familiar.*

Assim, não se vislumbra desacerto na decisão que revogou a internação provisória do apelado, devendo ser prestigiada a conclusão a que chegou a médica, às fls.164, no sentido de que aquele apresentou evolução, encontrando-se assintomático do ponto de vista psiquiátrico.

No que tange ao prequestionamento suscitado, despicienda qualquer abordagem específica ou pormenorizada dos dispositivos legais aventados, tendo em vista que todas os argumentos deduzidos pelas partes foram enfrentados para o deslinde da questão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso manejado pelo Ministério Público Estadual, mantendo a decisão que revogou a medida de internação estabelecida contra o apelado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1411870-57.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – REITERAÇÃO DO MESMO CRIME CONTRA A MESMA VÍTIMA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA PRISÃO CAUTELAR – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – *PERICULUM LIBERTATIS* CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA

Está suficientemente fundamentada a decisão da autoridade apontada como coatora, com destaque especial à periculosidade da paciente, em virtude da reiteração do mesmo crime, perpetrado contra a mesma vítima, não havendo que se falar em constrangimento ilegal.

A renitência delitiva denota a propensão da paciente a permanecer nos caminhos do crime, demandando a necessidade de seu recolhimento cautelar para o resguardo da ordem pública, como meio para evitar que volte a delinquir.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 21 de novembro de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Márcio José da Cruz Martins e Rodrigo da Silva Aguillera impetram o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Juliana Rodrigues Pereira Dias, já qualificada nos autos, almejando, em breve síntese, a revogação da prisão preventiva que foi decretada em desfavor da paciente.

Apontam, na qualidade de autoridade coatora, o Juiz(a) de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande – MS.

Em suas razões, enfatizam os impetrantes que, no caso, estão ausentes os fundamentos autorizadores da prisão cautelar, porquanto a paciente possui residência e trabalho fixos, boa conduta social e bons antecedentes.

Por isso, em sede de liminar, postulam pela concessão da ordem, no sentido de que seja revogada a prisão preventiva do paciente e, via de consequência, expedido o respectivo alvará de soltura. No mérito, pugnam pela confirmação dos efeitos da liminar.

Liminar denegada às fls. 54/55.

Informações pela autoridade apontada como coatora às fls. 59/61.

Parecer ministerial pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Analisando-se os autos, é possível observar que a paciente teve sua prisão em flagrante convertida em preventiva, pela prática, em tese, do crime de homicídio, em sua forma tentada.

A revogação da custódia cautelar foi negada pela autoridade apontada como coatora, sob o fundamento de que não havia mudança na moldura fática que justificasse a concessão de liberdade à paciente.

Impetrado este *writ*, em juízo de cognição sumária, indeferi a liminar pleiteada por não estarem evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora.*

Da análise dos autos, noto que, de fato, como destacado pela Ministério Público, os impetrantes deixaram de instruir o presente writ com as provas pertinentes.

No entanto, como o habeas corpus é ação constitucional que visa ao resguardo da liberdade de locomoção, bem caríssimo à ordem jurídica e, se o juiz e o tribunal podem mesmo de ofício conceder a ordem (CPP, art. 654, § 2º) entendo por bem superar o excesso de rigor na apreciação dos requisitos formais da impetração, mormente porque tem-se, por meio do SAJ, acesso à ação penal, em que foi decretada a prisão preventiva da paciente.

Pois bem.

No mérito, a ordem deve ser denegada.

A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando demonstrada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da medida extrema, nos termos do art. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.

Nesta senda, conforme a dicção do art. 312, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Extrai-se do referido preceptivo legal que a excepcionalidade da prisão preventiva somente se justifica quando presentes, cumulativamente, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis.*

O *fumus comissi delicti* ressai quando existentes provas da existência do crime e indício suficiente de autoria.

No caso, o *fumus comissi delicti* ressai do auto de prisão em flagrante e dos depoimentos dos policiais.

De outro lado, o *periculum libertatis* consubstancia-se quando presente ao menos um dos seguintes fundamentos: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Na hipótese dos autos, o *periculum libertatis* avulta pela necessidade da garantia da ordem pública.

Vejamos, com efeito, a fundamentação do magistrado ao decretar a prisão cautelar:

> *Igualmente, está presente o periculum libertatis, sendo a custódia cautelar do autuado necessária para garantia da ordem pública. Com efeito, depreende-se a vertente criminosa demonstrada pela autuada, pois apesar de possuir passagem por delito da mesma natureza contra a mesma vítima (seu cônjuge), ainda assim retorna a praticar o crime. Logo, é patente o fundado receio da reiteração criminosa. Nada obstante, as circunstâncias do flagrante - ingestão abusiva de bebida alcoólica e investida contra a pessoa de seu cônjuge novamente - reforçam a necessidade de sua segregação cautelar, mesmo porque a ofensora e vítima residem juntos. Ou seja, elementos que indicam não só gravidade em concreto e periculosidade do agente, mas também que a soltura do atuado tornar-se-ia inócua o acautelamento da ordem pública (p. ex.: medidas diversas da prisão)* (fls. 16/18).

E, ao negar o pedido de revogação da prisão excepcional, justificou o juiz (fls.80/82):

> *Ressalto, ainda, que o crime teoricamente cometido pela requerente é extremamente grave e possui repercussão social muito ampla, motivo pelo qual entendo que a sua colocação em liberdade, no momento, poderia colocar em risco a ordem pública. Ademais, a periculosidade da autora é latente, pois há registro no SAJ de passagem anterior pela prática de crime do mesmo tipo (tentativa de homicídio), contra a mesma vítima* (Autos n.º 0031264-03.2015).

Como se vê, suficientemente fundamentada a decisão da autoridade apontada como coatora, com destaque especial à periculosidade da paciente, em virtude da reiteração do mesmo crime, perpetrado contra a mesma vítima, não havendo que se falar em constrangimento ilegal.

Assim, os antecedentes da paciente constituem fundamento suficiente para lastrear o decreto excepcional, nos termos dos arts. 312 e 313, II, do CP.

Isto porque a renitência delitiva denota a propensão da paciente a permanecer nos caminhos do crime, conforme se observa de sua ficha criminal, acostada aos autos da ação penal nº. 0006868-19.2017.8.12.0800, demandando a necessidade de seu recolhimento cautelar para o resguardo da ordem pública, como meio para evitar que volte a delinquir.

Nesse sentido o posicionamento do STJ:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REITERAÇÃO DE ATOS VIOLENTOS CONTRA A MESMA VÍTIMA.PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. II - Na hipótese, a prisão encontra-se devidamente fundamentada em dados concretos, que evidenciam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, pois trata-se de caso de violência doméstica, e constam em seu desfavor "medidas protetivas da Lei Maria da Penha, requeridas pela vítima em dezembro de 2016" e ainda pelo depoimento da vítima que "já foi agredida outras vezes pelo conduzido e que este último a tem perseguido, ameaçado e insistido para reatarem o relacionamento", circunstâncias que denotam a periculosidade concreta do agente e justificam a imposição da medida extrema em seu desfavor bem como meio para evitar a reiteração delitiva. III - Por fim, a presença de circunstâncias pessoais favoráveis não tem o condão de garantir a revogação da prisão se*

há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Recurso ordinário não provido. (RHC 84.126/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONTUMÁCIA DELITIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de garantia da ordem pública, notadamente pelo fato de o paciente responder a outros processos por crimes da mesma natureza, "sendo um deles praticado recentemente, em MAIO de 2016, quando teve sua prisão em flagrante convertida em preventiva pelo juiz plantonista e revogada em audiência de custódia, conforme termo de audiência anexo, e mesmo assim voltou a ser preso em flagrante por crime de furto qualificado", circunstância apta a justificar a segregação cautelar, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. IV - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese. Habeas corpus não conhecido. (HC 399.961/GO, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017).

Deste modo, demonstrada a periculosidade social da paciente e o fundado receio de reiteração delitiva, impõe-se a segregação provisória, sob pena de insuficiente proteção estatal e vulneração ao princípio da proporcionalidade.

Outrossim, condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese.

De outra parte, embora não desconheça o caráter residual da prisão preventiva, reputo as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP inidôneas para o resguardo da ordem pública, à vista dos fundamentos supracitados.

Por fim, não vislumbro situação nova, apta a descaracterizar a imprescindibilidade da prisão cautelar, a qual segue a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que deve ser mantida enquanto estiverem presentes os requisitos e pressupostos ensejadores de sua decretação.

Pelas razões expendidas, com o parecer, denego a ordem de habeas corpus à paciente Juliana Rodrigues Pereira Dias, mantendo a custódia cautelar decretada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 21 de novembro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001614-49.2013.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO RÉU – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE – CONSENTIMENTO DA MENOR – RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A MENOR E O ACUSADO – NAMORO CONSENTIDO PELOS PAIS DA VÍTIMA – PREQUESTIONAMENTO – SENTENÇA MANTIDA – CONTRA O PARECER MINISTERIAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No que concerne ao estupro de vulnerável, visa a lei amparar, inclusive com o rigor da Lei 8.072/90, vítimas ingênuas e extremamente ignorantes em assuntos alusivos a sexo, desprovidas de discernimento e conhecimento suficientes para alcançar e avaliar a dimensão do ato a ser praticado, com os seus desdobramentos. Neste tanto, o que deve ser apreciado é se a vítima, ao consentir, tinha ou não condições de mensurar as consequências do ato e entendê-lo.

A comprovação de que a menor expressamente consentiu com a relação sexual, levada a termo durante namoro com o acusado, que contava inclusive com orientação da genitora, face à afetividade que revestia a situação, evidencia discernimento incompatível com a presunção de vulnerabilidade idealizada pelo legislador.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Recurso conhecido e provido. Contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por Unanimidade, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 5 de outubro de 2017.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

E. A. de A. interpõe recurso de apelação (fls.152/165) contra sentença (fls.141/144) proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul, que julgou procedente o pedido, para condenar o réu como incursos no art. 217-A, *caput,* c/c art. 71, ambos do Código Penal, a pena de 09 anos e 04 meses de reclusão e regime inicialmente fechado.

Sustenta que o réu e a vítima eram namorados e que ele queria se casar mas ela se recusou simplesmente por não mais nutrir sentimento amoroso por ele, e que a relação entre os dois se deu por afetividade e não apenas para saciar os desejos sexuais.

Alega que a vítima possui discernimento sexual apesar da pouca idade, foi orientada pelos pais e teve aulas de orientação sexual.

Aduz que a própria vítima disse que consentiu com a prática do sexo e não deseja que o réu seja processado, nunca houve ameaça ou violência e o réu sempre foi amoroso e carinhoso.

Assevera que no mundo moderno há jovens com menos de 14 anos de idade com pleno desenvolvimento físico e psíquico, capazes plenamente de discernir sobre os atos da sexualidade, podendo exercê-los livremente.

Em razão disso, pugna pela absolvição do réu.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões (fls.167/174) pugnando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do apelo (fls.182/186), prequestionando a matéria.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por E. A. de A. contra sentença (fls.141/144) prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul, que julgou procedente o pedido, para condenar aludido réu como incurso no art. 217-A, caput, c/c art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 09 anos e 04 meses de reclusão e regime inicialmente fechado.

Sustenta ser indevida a condenação do acusado, pois namorava a vítima e a prática do sexo foi consentido.

Restou a denúncia assim delineada (fls. 01/03):

> *(...) Consta dos inclusos autos de inquérito policial que entre os meses de novembro de 2012 e fevereiro de 2013, em horários indeterminados, em residência localizada na Fazenda S. A., na cidade de J. (MS), em continuidade delitiva, por sucessivas vezes, o denunciado E. A. de A. manteve conjunção carnal com a menor de catorze anos M. R. dos S. F..*
>
> *Segundo o apurado, por aproximadamente quatro meses, o denunciado manteve relações sexuais com M. R. dos S. F., na época com treze anos de idade, ciente da menoridade desta. Apurou-se, igualmente, que em decorrência das relações sexuais, a menor suspeitou estar grávida; entretanto, tal fato foi refutado por exame médico.*

A vítima M. R. dos S. F. disse que possuía 13 anos quando começou a praticar sexo com o réu, era virgem à época, o réu pediu para namorar antes de praticar sexo, o réu prometeu que iria casar com a vítima somente depois de praticar sexo com ela. Namorou cinco meses com o réu e praticaram sexo por quatro vezes, logo no primeiro mês praticaram sexo de comum acordo, não foi forçado. Sabia que poderia engravidar, o réu usava preservativo. Quando suspeitou que estava grávida, conversou com o réu, que

disse que iria se casar com ela, mas depois disso sumiu. Já teve aula de educação sexual na escola antes do namoro com o réu e já havia conversado com seus pais sobre o assunto.

A mãe da menor R. dos S. disse que o réu e sua filha começaram a namorar por telefone, depois o réu pediu para namorar e os pais autorizaram. Não sabia que o réu e sua filha praticavam sexo, quando ficaram sabendo o réu disse que iria se casar com a vítima, mas depois sumiu, em razão disso buscaram o Conselho Tutelar. A vítima tinha conhecimento sobre a prática de atos sexuais, sempre conversava com sua filha sobre o assunto e também teve orientação sexual na escola. Disse que a prática do ato sexual foi consentido, sua filha disse para a depoente que aceitou praticar sexo com o réu.

O pai da vítima G. F. disse que o réu pediu autorização para namorar sua filha, chegaram a ficar noivos, era o primeiro namorado da vítima. Não tinha conhecimento que praticavam atos sexuais.

Dos elementos de convicção coligidos exsurge a conclusão de que a vítima em momento algum foi coagida ou forçada à relação sexual, e sim, a ela anuiu e consentiu. Não fosse a sua idade, a acusação certamente corresponderia apenas à sedução, extirpada de nosso ordenamento jurídico, e não a estupro.

Nesse contexto, resta saber se tal consentimento merece ou não relevo no caso versando.

A resposta deve ser afirmativa.

Em que pese o entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp n.º 1.480.881-PI, em sede de recurso repetitivo, mister se faz observar que as peculiaridades vislumbradas no caso concreto colocam em xeque o conceito de vulnerabilidade, porquanto revelam, além do livre consentimento, que a vítima tinha condições de mensurar as consequências do ato e entendê-lo.

Visa a lei amparar, inclusive com o rigor da Lei 8.072/90, vítimas ingênuas e extremamente ignorantes em assuntos alusivos a sexo; visa-se proteção àquelas menores desprovidas de discernimento e conhecimento suficientes para alcançar e avaliar a dimensão do ato a ser praticado, com os seus desdobramentos, mas, à evidência, disso aqui não se trata.

Como se vislumbra, a vítima não poderia ser tida como ignorante e totalmente desinformada em assuntos desse naipe, tanto que, segundo consta, manteve relacionamento amoroso com o acusado, com o consentimento de sua mãe.

Tanto na fase policial (fls. 20/21) como sob o crivo do contraditório (áudio – fl. 110), M. R. declarou que manteve relação sexual com E. por livre e espontânea vontade e que, em momento algum, foi por ele obrigada a fazê-lo, muito menos sob coação ou qualquer tipo de vício de consentimento ou violência.

Declarou, ainda, que ao suspeitar da gravidez contou para sua mãe sobre a relação sexual, quando o acusado disse que iria se casar com a vítima, contudo, por não manter mais contado, os pais resolveram registrar o boletim de ocorrência que culminou com o feito ora em voga.

A confirmar ainda mais o entendimento aqui esposado, se afiguram as circunstâncias que revestiram o ato então praticado e o comportamento posterior da própria vítima, realçando consentimento em meio a um relacionamento afetivo.

Com efeito, percebe-se que a relação sexual foi algo premeditado, uma vez que, como afirmado pela adolescente, o ato se consumou apenas 1 (um) meses depois que conheceu o acusado.

Referida vítima, pois, bem sabia o que estava fazendo, assim como aderiu conscientemente à prática sexual. Possuía condições de alcançar e mensurar as consequências de sua livre opção, porquanto, apesar de sua idade, revelou conhecimento e discernimento suficientes para tanto.

Não era desprovida de informações a respeito, tanto que sua mãe disse em juízo que sua filha teve aulas de orientação sexual na escola e sempre conversava com ela sobre o assunto, além disso a própria menor disse que sabia das consequências de seus atos, inclusive da possibilidade de ficar grávida.

Dessarte, a menor era dotada de condições suficientes para consentir validamente, motivo pelo qual não pode imperar em seu favor a presunção de violência, tampouco a vulnerabilidade imaginada pelo legislador, máxime considerando que, no caso concreto, consoante salientado alhures, o namoro era consentido pelos pais da menor.

Sobre o tema, destaco a lição de Guilherme de Souza Nucci[1]:

> *Continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de quem possuía 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação.*

E continua:

> *Pode-se atingir o exagero desproporcional e injusto de se punir um rapaz de 18 anos porque teve relacionamento sexual com sua namorada de 13 anos, dentro do mais absoluto consentimento, muitas vezes, com as bênçãos das suas fanílias. Seria o Estado se imiscuindo em demasia na vida íntima das pessoas e das famílias, sem um propósito razoável, pois não está verdadeiramente em jogo a dignidade sexual nessa hipótese.*

Oportuno trazer à baila, ainda, o posicionamento adotado por esta 3ª Câmara Criminal no julgamento da Apelação Criminal nº 0101116-78.2010.8.12.0005, de relatoria do Des. Dorival Moreira dos Santos, em caso nitidamente semelhante ao abordado nestes autos:

> *EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VULNERABILIDADE RELATIVIZADA - EXCEPCIONALIDADE - RELAÇÃO DE NAMORO E POUCA DIFERENÇA DE IDADE - RECURSO PROVIDO. Em regra, a vulnerabilidade não deve ser relativizada, no entanto, o julgador deverá apreciar as particularidades de cada caso trazido à apreciação do Judiciário. A ofendida, adolescente com 13 anos de idade, foi enfática ao afirmar que manteve relações sexuais com o acusado, um jovem de 18 anos de idade, voluntariamente; que nunca foi induzida ou forçada por ele. Trata-se de uma relação sexual consentida que se consumou no decurso de um namoro entre os jovens. O consentimento da vítima, manifestado em um relacionamento afetivo, aliado à pouca diferença de idade entre acusado e ofendida, torna inviável a condenação. Merece destaque o fato de que o acusado era menor de idade - 17 anos -, quando iniciou o relacionamento amoroso com a vítima. contra o parecer - recurso provido.* (TJMS. Apelação n. 0101116-78.2010.8.12.0005, Aquidauana, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 21/07/2016, p: 22/07/2016).

Na mesma toada, colaciono julgado da 2ª Câmara Criminal deste Sodalício:

> *EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - SUBTRAÇÃO DE INCAPAZ - VÍTIMA QUE CONSENTIU COM*

1 **Manual de Direito Penal.** 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 891.

> *O ATO SEXUAL - CONVIVÊNCIA MARITAL - CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA COM O NASCIMENTO DE UM FILHO DA VÍTIMA COM O RÉU - ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA - INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade é a proteção da liberdade sexual contra o abuso e a violência. Não é contra atos sexuais consentidos praticados em razão de relação de afeto. É certo que as crianças e os adolescentes merecem toda proteção legal, em razão de peculiar inexperiência de vida decorrente da pouca idade. Contudo, não se pode generalizar a presunção absoluta de vulnerabilidade (inexperiência), especialmente em face da evolução dos costumes, cultura e moral da sociedade, sendo certo que, atualmente, a maioria das crianças e adolescentes, inclusive menores de 14 anos, tem uma noção, nem que seja teórica, do que consiste o ato sexual. Em razão disso, deve ser relativizada a vulnerabilidade presumida. Para que seja autorizada a intervenção da jurisdição penal, é imprescindível a comprovação da existência de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Com efeito, à vista da relativização da vulnerabilidade da vítima e, especialmente, diante do seu consentimento no tocante à realização do ato sexual, pode-se concluir que não houve lesão à sua liberdade sexual, o que afasta a tipicidade material da conduta, de modo a impor a absolvição do agente.* (TJMS. Apelação n. 0001649-05.2010.8.12.0013, Jardim, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 26/01/2015, p: 05/02/2015).

Impende destacar, igualmente, que todo o procedimento investigativo se deu em decorrência do fato de os pais não ter se conformado com o 'sumiço' do réu, em verdade, não se insurgiam contra o namoro entre a M. e o acusado, tanto que aceitaram a proposta que ele fez de se casar com a vítima após o anúncio da prática sexual entre eles. Ou seja, registraram a ocorrência como forma de punição ao acusado, e não com o fim de proteger a alegada vulnerabilidade de sua filha.

Diante desse quadro, temerário e injusto seria submeter o acusado à rigorosa reprimenda que o caso abordaria, inclusive à luz da Lei 8.072/90, apenas porque manteve relações sexuais com a então namorada, nas circunstâncias já consignadas no transcorrer deste voto, mormente considerando a ausência de comprovação da existência de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal tipificadora.

Nesse panorama, descabe a condenação, mormente considerando que em casos desse porte, existindo dúvidas, ainda que ínfimas, vige o *in dubio pro reo*. Uma decisão condenatória, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar lastreada, sempre, no terreno firme da certeza, calcada em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos.

A decretação da absolvição, portanto, é medida que se impõe.

Por fim, acerca do prequestionamento, sabe-se que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação n.º 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

> *(...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.*

Dispositivo

Ante o exposto, contra o parecer, conheço do recurso, e dou-lhe provimento para julgar improcedente o pedido formulado na peça inicial acusatória, absolvendo o réu com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 05 de outubro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0036752-65.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL DEFENSIVO – TRANSFERÊNCIA DO PRESO PARA SONORA – VÍNCULO FAMILIAR LOCAL DA CONDENAÇÃO E OFERTA DE EMPREGO – AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL PARA PRESOS EM REGIME SEMIABERTO – AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO CONDENADO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, COM O PARECER.

A transferência do preso não é direito subjetivo do condenado, ainda que tenha oferta de emprego e pretenda ficar perto de sua unidade familiar, cabendo ao juiz a análise do caso concreto, mediante conveniência da administração.

A ausência de estabelecimento prisional adequado na comarca para o preso em cumprimento de pena no regime semiaberto é motivo bastante para o indeferimento de sua remoção.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Recurso conhecido e com o parecer, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por Unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 16 de novembro de 2017.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Cuida-se de agravo de execução penal interposto por Sebastião Laurentino de Souza, contra decisão do juiz de direito da vara de execução penal de Campo Grande que indeferiu o pedido de transferência para a comarca de Sonora.

Alega que o pleito conta com suporte legal, e possui domicílio familiar na cidade de Sonora, onde reside sua esposa e seus filhos.

Assevera que sua condenação é oriunda da comarca de Sonora e que sempre exerceu atividade lícita, inclusive no dia de sua prisão estava trabalhando.

Aduz que o reeducando recebeu proposta de emprego em Sonora, ao passo que não tem proposta de emprego na cidade de Coxim, nem possui parentes naquela localidade que lhe dê abrigo e alimentos, motivo pelo qual desde a audiência admonitória conta com ajuda do diretor do estabelecimento prisional e permanece intramuros.

Afirma que a permanência no estabelecimento penal fechado, mesmo tendo o direito à progressão de regime para o semiaberto desde o dia 04.04.2017, irá gerar consequências grave, não atingindo o objetivo da lei, insegurança no estabelecimento prisional e convivência com os demais internos do regime fechado e incentivo ao cometimento de falta grave.

Por fim, menciona que o reeducando possui comportamento exemplar, consoante pareceres disciplinares e atestados de trabalho interno, obteve autorização para visitar a família e retornou no prazo previsto.

O representante do *Parquet* estadual, nas contrarrazões recursais de fls.380/383, pugna pelo improvimento do recurso, mantendo-se a decisão recorrida.

Em juízo de retratação, o magistrado singular manteve a decisão agravada, por seus próprios fundamentos (fl. 384).

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer estampado às fls. 392/394, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Cuida-se de agravo de execução penal interposto por Sebastião Laurentino de Souza, contra decisão do juiz de direito da vara de execução penal de Campo Grande que indeferiu o pedido de transferência para a comarca de Sonora.

Alega que tem comportamento prisional exemplar e faz jus à transferência para a comarca de Sonora, onde possui família e proposta de emprego, e que na cidade de Coxim continua cumprindo pena no regime fechado mesmo fazendo jus ao regime semiaberto, eis que não há proposta de emprego naquele local.

Pois bem.

A decisão contra a qual se insurge o agravante restou formalizada nos seguintes termos (fls.373/374):

É de se ressaltar que, não obstante prever o artigo 103 da LEP que a execução da reprimenda imposta ao condenado deve se dar próxima à sua família, tal direito não é absoluto.

Deve o juiz, quando da análise do pedido de transferência, ponderar a conveniência e a real possibilidade de efetivo cumprimento da pena na localidade para a qual se pretende a remoção.

No caso em apreço, tenho que prepondera a impossibilidade de efetivo cumprimento da pena em detrimento da conveniência.

Isso porque, como se pode confirmar junto ao site da AGEPEN, inexiste unidade prisional própria para abrigar presos em regime semiaberto em Sonora. Aliado a isso, ao sentenciado resta mais de 8 anos de pena a ser cumprida.

A transferência do apenado, nessa circunstância, para comarca na qual não há unidade prisional própria, onde o cumprimento da pena se daria provavelmente em regime domiciliar, revela verdadeira antecipação dos efeitos do livramento condicional, o que, além de frustrar o regular cumprimento da pena, afronta o caráter punitivo da reprimenda imposta, demonstrando incabível a concessão da remoção pretendida.

Não é diverso o entendimento jurisprudencial Pátrio.

Assim, diante de todo exposto, considerando não haver unidade prisional própria de regime semiaberto na comarca de Sonora/MS, visando resguardar o regular cumprimento da pena, bem como seu caráter punitivo, indefiro o pedido de transferência formulado nos autos.

Aguarde-se o regular cumprimento da pena.

Nesse contexto, como bem pontuou o magistrado primevo, não há como se promover o cumprimento da pena no regime semiaberto em Sonora, ante a inexistência de unidade prisional própria.

De salutar importância a informação de que ao agravante remanesce ainda mais de 8 anos de pena a ser cumprida.

D´outro vértice, não se pode olvidar que o processo de ressocialização do condenado não pode se sobrepor ao interesse coletivo de segurança pública e à conveniência da administração, sobretudo quando relacionadas com o efetivo cumprimento da reprimenda.

Nesse diapasão, ao analisar situação similar, em que se pleiteou a transferência para a comarca de Sonora, a 1ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, indeferiu o pedido do reeducando em cumprimento de pena no regime semiaberto, por falta de estabelecimento prisional adequado. Gize-se:

> *EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DO AGRAVANTE PARA CUMPRIMENTO DA PENA EM OUTRA COMARCA – PEDIDO INDEFERIDO – SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – RECURSO IMPROVIDO – COM O PARECER. Embora o art. 86 da Lei de Execuções Penais sinalize a possibilidade de execução da reprimenda em unidade diversa da Federação, tal direito não é absoluto, trata-se de faculdade do juiz, mediante critérios de conveniência e oportunidade. Inexiste direito subjetivo do sentenciado à permanência ou transferência de ou para estabelecimento prisional de sua preferência, ainda que com fundamento em alegada proximidade de seus familiares, pois a decisão deve respeitar também critérios de interesse da Administração Pública e de segurança do Estado, a serem analisados pelo magistrado. Não se autoriza a transferência de preso à comarca que não possua estabelecimento prisional do regime do reeducando, e, no caso, não há na comarca de Sonora-MS o regime semiaberto no qual o condenado deve cumprir no momento, então o pedido deve ser indeferido. Precedentes. Com o parecer, recurso improvido.* (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0020436-74.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 08/08/2017, p: 16/08/2017).

Além disso, segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a transferência do preso à unidade prisional próxima de sua família não constitui direito subjetivo do acusado. Veja-se:

> *HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESO PARA OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. ART. 86 DA LEP. APENADO MEMBRO DE FACÇÃO CRIMINOSA. PEDIDO NÃO ATENDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MANUTENÇÃO DOS MOTIVOS ENSEJADORES. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ABSOLUTO DO REEDUCANDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito, para verificar-se a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A transferência do apenado a unidade prisional mais próxima de sua família não se constitui em seu direito subjetivo e exorbita a esfera exclusivamente judicial. Assim, na análise da remoção o Juiz deve se orientar pelo atendimento à conveniência do processo de execução penal, seja pela garantia da aplicação da lei, seja pelo próprio poder de cautela de Magistrado. Precedentes.

3. Evidente, na hipótese, que o pedido de remoção do interno foi devidamente avaliado, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado na via eleita, até porque o art. 86 da Lei de Execução Penal não tem por escopo criar um direito subjetivo absoluto ao preso.

Habeas corpus não conhecido. (HC 353.797/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 24/11/2016).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. EX-DELEGADO DE POLÍCIA. TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS (ART. 66, V, "H", DA LEP). TRABALHO EXTERNO. CONDENADO NO REGIME SEMI-ABERTO. REQUISITO TEMPORAL. INEXIGIBILIDADE. PRISÃO ESPECIAL. ART. 295 DO CPP, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.258/2001. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESCABIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR.

1. O writ não deve ser conhecido quanto ao pedido de transferência do paciente para estabelecimento prisional mais próximo de seus familiares, visto que a pretensão não foi apreciada em segundo grau, sob pena de supressão de instância.

2. Com efeito, o Tribunal de origem limitou-se a afirmar que compete primeiramente ao Juízo de Execuções Penais avaliar a conveniência da referida medida, visto que o acolhimento do pedido de transferência do preso para presídio próximo de onde residem seus familiares está condicionado à existência de vagas e estabelecimentos adequados, acentuando não constituir direito subjetivo do réu.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de ser prescindível, para a concessão de trabalho externo, o cumprimento de um sexto da pena pelo condenado que se encontra no regime semi-aberto, desde que preenchidos também os requisitos subjetivos.

4. Conforme ditames do artigo 295 do Código de Processo Penal, para observância da garantia à prisão especial basta seja o acusado recolhido em cela distinta das destinadas aos presos comuns.

5. A prisão especial que o paciente diz ter direito está sendo respeitada. O local onde se encontra recolhido, diante do que afirmou o Tribunal de origem, é próprio e adequado para abrigar ex-policiais civis e delegados de polícia, e permitir que "as regras do regime semi-aberto sejam cumpridas".

6. Não há motivo, também, para autorização da prisão domiciliar, que só é possível, em caso excepcionais ou na falta de local apropriado para o cumprimento em prisão especial, o que não é o caso dos autos.

> *7. Habeas corpus concedido, em parte, unicamente, para que seja afastado o óbice decorrente da exigência de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para a concessão do benefício de trabalho externo, devendo as demais condições serem apreciadas pelo Juízo das Execuções Criminais.* (HC 97.615/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 10/11/2008).

Como se vê, em casos de remoção de preso, cabe ao juiz se orientar pela conveniência do processo de execução penal, a fim de garantir o cumprimento da pena, com o cumprimento da lei.

A propósito, acaso deferido o pedido do agravante, e considerada a ausência de estabelecimento prisional adequado na cidade de Sonora para abrigar presos em regime semiaberto, teria ele que cumprir sua pena em regime domiciliar, em prejuízo ao regular cumprimento da condenação.

No tocante ao prequestionamento, mister ressaltar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação n.º 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

Dispositivo.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 16 de novembro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1412117-38.2017.8.12.0000 - Eldorado
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ALGEMAS – DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE N.º 11 DO STF – NULIDADE ARGUIDA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO – NÃO IMPUGNAÇÃO DURANTE A REALIZAÇÃO DO ATO – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, ORDEM DENEGADA.

Como cediço, *ex vi* da Súmula Vinculante n.º 11, a manutenção do acusado algemado é medida excepcional e, por isso, demanda fundamentação idônea. No entanto, consoante artigo 563, *caput*, do Código de Processo Penal, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

No caso versando, não há como dar guarida à pretensão deduzida, pois o impetrante, conquanto argumente inobservância à referida súmula vinculante, não demonstrou, sequer apontou ou especificou, que prejuízo exatamente teria sido desencadeado a respeito, tampouco que o uso de algemas durante o interrogatório tenha, de alguma forma, interferido no conteúdo das respostas ofertadas pelo paciente ou na essência do referido ato processual, somando-se a isso que não formalizou a sua irresignação ou eventual impugnação em momento oportuno, durante a audiência.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Com o parecer, ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 23 de novembro de 2017.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de Aguiar Fernando de Melo Silva, apontando como autoridade coatora o juiz de direito da vara única da Comarca de Eldorado/MS, sob o argumento de que o paciente permaneceu algemado em audiência, em afronta ao que dispõe a Súmula Vinculante nº 11.

Discorre sobre o direito que reputa cabível ao caso presente e culmina por pleitear a concessão de liminar, a suspensão do feito até o julgamento do presente *habeas corpus* e, no mérito, a concessão em definitivo da ordem para o fim de declarar nulo o interrogatório realizado em ofensa à referida súmula vinculante.

A liminar foi indeferida (fls. 20-21), as informações prestadas (fls. 25-26), posicionando-se, a seguir, a Procuradoria Geral de Justiça (fls. 30-32) pelo conhecimento e denegação da ordem.

Como cediço, *ex vi* da Súmula Vinculante n.º 11, a manutenção do acusado algemado é medida excepcional e, por isso, demanda fundamentação idônea.

No caso versando, o magistrado deixou de acolher a arguição de nulidade do ato do interrogatório, com base no artigo 563, *caput*, do Código de Processo Penal, vez que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

O impetrante, conquanto argumente inobservância à referida súmula vinculante, não demonstrou, sequer apontou ou especificou, que prejuízo exatamente teria sido desencadeado a respeito.

Não se pode olvidar que ao magistrado reputa-se sensibilidade necessária para aquilatar, na realização do ato processual, as ideais condições de segurança, máxime considerando que nem todas as salas de audiências contam com estrutura apta a dissipar riscos aos presentes.

Ademais, consabido que o reconhecimento da nulidade se afigura umbilicalmente vinculado à demonstração do prejuízo porventura experimentado pelas partes, de cujo ônus, todavia, não se desincumbiu o impetrante no caso em tela.

Gize-se, a propósito, o posicionamento emanado do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RITO DA LEI N. 10.409 /02. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE ABSOLUTA OU RELATIVA. EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. Tráfico de entorpecentes. Inobservância do rito da Lei n. 10.409/02, no que tange à realização de dois interrogatórios: um antes do recebimento da denúncia (art. 38) e outro na audiência de instrução e julgamento (art. 41). 2. A Juíza sentenciante concentrou, em um só ato, os dois interrogatórios, possibilitando ao paciente e a seu advogado esclarecimentos a propósito dos fatos imputados, na forma do artigo 185 do Código de Processo Penal. A defesa técnica fez todos os questionamentos a seu juízo pertinentes, sem nada reclamar. 3. A alegação de nulidade, relativa ou absoluta, deve ser acompanhada da demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Ordem denegada.* (Habeas Corpus n° 86.166 CE, Primeira Turma, DJ 17.02.2006, pág. 58, j. 17.11.2005, Relator Ministro Eros Grau).

In casu, a nulidade do ato ensejaria, quando muito, a sua repetição, vez que sequer cogitado que o uso de algemas durante o interrogatório tenha, de alguma forma, interferido no conteúdo das respostas ofertadas pelo paciente ou na essência do referido ato processual.

D´outro vértice, insta verificar que a defesa não formalizou a sua irresignação ou eventual impugnação quanto à utilização de algemas durante a realização do interrogatório, vindo a fazê-lo somente em momento posterior e, consoante salientado alhures, sem ao menos especificar que prejuízo exatamente teria experimentado a respeito.

Destaque-se, a propósito, o seguinte aresto oriundo do Superior Tribunal de Justiça:

> *Na espécie, a magistrada singular motivou adequada, concreta e suficientemente a necessidade de manutenção do paciente algemado, circunstância que afasta, por completo,*

a nulidade aventada, que, inclusive, não foi arguida pela defesa durante a realização do ato. (HC 303.115/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015) (g.n.).

Nesse contexto, como bem consignou a autoridade impetrada, o fato de o paciente ter sido ouvido com algemas, sem que isso tenha gerado prejuízos a ele, não invalida o ato processual praticado perante o Juízo e na presença de seu Defensor, sendo que este poderia ter oposto-se oportunamente durante a audiência.

Oportuno trazer à colação o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 313330/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, perfeitamente aplicável ao caso presente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ***AUDIÊNCIA DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS. MOTIVAÇÃO CONCRETA. ALEGADA NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. NEMO TENETUR SE DETEGERE.*** *DIREITO AO SILÊNCIO. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. "Ocorrido o trânsito em julgado da condenação, não há se falar em ilegalidade da prisão preventiva, pois trata-se de nova realidade fático-processual" (HC n. 212.101/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/09/2012, DJe 26/09/2012).

3. "Não se revela desproporcional ou desarrazoado o emprego de algemas quando, pelas circunstâncias da ocasião, a sua utilização se justifica como cautela à integridade física dos presentes" (RHC 25.475/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014).

4. A alegação de nulidade na audiência de inquirição das testemunhas em virtude da utilização de algemas encontra-se preclusa por não ter sido alegada no momento oportuno.

***5. A declaração de nulidade decorrente da utilização de algemas exige a efetiva demonstração de prejuízo em observância ao princípio pas de nullité sang grief*, o que não ocorreu no caso dos autos.**

6. Pela garantia da não autoincriminação, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, não podendo ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente.

7. Tendo o paciente respondido, voluntariamente, às perguntas formuladas pelo Parquet e, não se verificando o emprego de pressão psicológica, ausente violação à garantia do nemo tenetur se detegere.

8. Habeas corpus não conhecido. (g.n.)

No tocante ao prequestionamento, mister ressaltar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação n.º 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

> *(...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.*

Ante o exposto, com o parecer, conheço do presente habeas corpus, mas denego a ordem almejada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 23 de novembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001631-42.2011.8.12.0047 - Terenos
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – CRIME DE INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA – ELEMENTO SUBJETIVO DO *ANIMUS INJURIANDI* EVIDENCIADO – CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO PROVIDO.

A negativa de autoria do delito, ao argumento de que havia ingerido bebida alcoólica e que a vítima o xingou primeiramente, tal versão encontra-se isolada nos autos, uma vez que os depoimentos acostados indicam de forma clara e robusta, por parte do réu, a prática do delito de cunho racial contra a vítima.

Evidenciado a intenção do agente de praticar a conduta para humilhar a vítima, em razão da cor de sua pele e de sua raça, impõe-se a condenação pelo crime de injúria racial, tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal Brasileiro.

Recurso a que, com o parecer, dá-se provimento.

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, unânime.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de fls. 108/111, que julgou improcedente a denúncia ofertada em desfavor de Francisco Antônio da Silva, pelo delito previsto no art. 140, § 3º (injúria racial), do Código Penal.

Em suas razões recursais (fls. 137/140), pleiteia a acusação pela reforma da sentença e a consequente condenação do apelado nos exatos termos da denúncia.

Contrarrazões da defesa (fls. 125/130), pelo desprovimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer às fls. 137/140, opina pelo provimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de fls. 108/111, que julgou improcedente a denúncia ofertada em desfavor de Francisco Antônio da Silva, pelo delito previsto no art. 140, § 3º (injúria racial), do Código Penal.

Em suas razões recursais (fls. 137/140), pleiteia a acusação pela reforma da sentença e a consequente condenação do apelado nos exatos termos da denúncia.

Contrarrazões da defesa (fls. 125/130), pelo desprovimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer às fls. 137/140, opina pelo provimento do recurso ministerial.

É a síntese para o julgamento.

Consta na denúncia que:

> *(...) no dia 11 de outubro de 2011, por volta das 14h00min, na praça localizada junto a Rua Pedro Celestino, próximo aos trilhos, nesta cidade de Terenos o denunciado Francisco Antônio da Silva injuriou a vítima Paulo Querino de Moura, ofendendo-lhe a dignidade, em razão de sua cor, nos seguintes termos "Nem preto você é, parece um saco de carvão" ainda "vou ficar aqui para pegar uma cor, você é um preto ignorante, safado. (...)*

Recebida a denúncia e encerrada a fase de instrução, sobreveio a sentença de fls. 108/111, que entendeu pela improcedência da denúncia, por considerar ausente o *animus injuriandi* na condutado do acusado.

O tipo penal cuja prática é imputada à acusada é assim descrito na norma penal incriminadora:

> *Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (...)*
>
> *§ 3º – Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:*
>
> *Pena – reclusão de um a três anos e multa*

O pedido condenatório formulado na denúncia é procedente.

Para que o crime de injúria racial seja caracterizado, necessita, além de ofender a honra da vítima, da presença do elemento subjetivo especial, qual seja, a vontade de discriminar o ofendido em razão de sua raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Nos ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

> *Para a configuração da injúria por preconceito, é fundamental, além do dolo representado pela vontade livre e consciente de injuriar, a presença do elemento subjetivo especial do tipo, constituído pelo especial fim de discriminar o ofendido, por razão de raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. (...)*
>
> *Têm-se cometido equívocos deploráveis com a nova lei, pois simples desentendimentos têm gerado prisões e processos criminais de duvidosa legitimidade, especialmente quando envolvem policiais negros e se invoca, sem qualquer testemunho idôneo, a prática de "crime de racismo"; ou então simples discussões rotineiras ou em caso de mau atendimento ao público, quando qualquer das partes é de cor negra:*

> *invoca-se logo "crime de racismo", independentemente do que tenha realmente havido. (...) Recomenda-se, mais do que nos outros fatos delituosos, extrema cautela para não se correr o risco de inverter a discriminação preconceituosa, com o uso indevido e abusivo da proteção legal. Enfim, recomenda-se muita cautela para se evitar excessos e coibir tas transgressões legais efetivas sem contribuir para o aumento das injustiças.* (*In* Código Penal comentado. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.557)

Ainda, conforme as lições de Heleno Fragoso, "*a doutrina assenta, ainda, que o propósito de ofender integra o conteúdo de fato dos crimes contra a honra. Trata-se do chamado "dolo específico", que é elemento subjetivo do tipo inerente à ação de ofender. Em consequência, não se configura o crime se a expressão ofensiva for realizada sem o propósito de ofender"*. (FRAGOSO, Heleno Cláudio, Lições de direito penal – parte especial; 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 1, p. 221-222).

Com efeito, em que pese a negativa de autoria do delito, ao argumento de que havia ingerido bebida alcoólica e que a vítima o xingou primeiramente, tal versão encontra-se isolada nos autos, uma vez que os depoimentos acostados aos autos indicam de forma clara e robusta, por parte do réu, a prática do delito de cunho racial contra a vítima Paulo Querino de Moura.

Ao prestar declarações na fase policial, a vítima Paulo afirmou que (fls. 9):

> *(...) Que, o declarante passa a todas as tardes, na praça localizada próximo à linha de trem deste município; Que, ficam vários amigos no local; Que, no dia 11/10/11 no período da tarde, a pessoa conhecida como "Tiquinho", chegou na praça, parou próximo ao declarante e disse: "nem preto você é, parece um saco de carvão"; Que o declarante ficou quieto e em seguida Tiquinho retirou-se do local; Que aproximadamente após uma hora Tiquinho retornou e parou perto do declarante novamente e proferiu: "vou ficar aqui para pegar uma cor. você é um preto ignorante, safado"; Que o declarante não aguentou e "mandou tiquinho calar a boca"; Que, Tiquinho disse ao declarante que se o declarante não tivesse gostado das ofensas, era para o declarante dar "parte" dele, ou seja, vir até esta unidade registrar boletim de ocorrência; Que tiquinho também ficou "remedando", imitando o jeito que o declarante anda, "todo torto", pelo fato do declarante ter problemas na coluna; Que, após Tiquinho ofender o declarante, este dirigiu-se até esta Unidade registrar boletim de ocorrência; (...).* Grifei.

Essas declarações foram confirmadas em seu depoimento prestado em juízo (fls. 44):

> *MP: o senhor se recorda como que, foi que aconteceu isso?*
>
> *DEPOENTE: Recordo.*
>
> *MP: o senhor pode me contar, por favor?*
>
> *DEPOENTE: Posso.*
>
> *MP: O senhor estava na praça e daí?*
>
> *DEPOENTE: A gente estava na praça. Assim que a gente chegou, estavam bastantes companheiros ali ne, conversando e ele chegou e conversou com um pouco de todo mundo, e ali ninguém não dava nem bola para ele né, que ele já chega meio (...)*
>
> *MP: Ele bebe?*
>
> *DEPOENTE: É.*
>
> *MP: Certo.*

DEPOENTE: E daí ele pegou e falou assim: "Ah, mas (ininteligível) está parecendo um saco de carvão. Nem vou dar atenção". Tá bom. Fiquei quieto. Até inclusive, eu falei com a menina, essa menina, (ininteligível): "Hoje parece que hoje não é meu dia.", aí ele desceu para baixo. Ai que ele subiu, foi onde que ele começou agredir, xingar eu, falar que eu era um preto safado, remedando eu andar ne, do jeito que eu ando, por causa da minha coluna, estava remedando eu andar, e aí falou assim: "Agora você quer, vai dar parte.", peguei e fui e dei parte.

MP: o senhor já conhecia ele?

DEPOENTE: Eu conhecia assim de vista, ele na rua né.

MP: o senhor não tinha inimizade com ele?

DEPOENTE: Não.

MP: o senhor sabe por que quê ele fez isso?

DEPOENTE: Não sei.

MP: Ele estava muito bêbado no dia?

DEPOENTE: Não estava não. Agora foi domingo retrasado, eu estava de novo na pracinha aqui, ele foi de novo no lugar que eu estava quietinho lá, foi lá me encher o saco outra vez.

MP: Nunca aconteceu nada entre vocês?

DEPOENTE: Não.

MP: Para ter uma briga assim e ele querer...

DEPOENTE: Não, nunca.

MP: Perseguir o senhor, alguma coisa?

DEPOENTE: Agora esses tempos para cá que eu não sei o que, que ele está querendo comigo.

MP: Ai ele lhe ofendeu então por causa da sua cor?

DEPOENTE: É.

MP: Certo. Sem mais perguntas.

JUIZ: Pela defesa.

DEFESA: Sem perguntas, Excelência.

JUIZ: Nada mais.

A testemunha Rosângela Alves de Jesus declarou em seu depoimento no inquérito policial o seguinte:

Que, a depoente é vendedora de churros, e trabalha todos os dias com seu "carrinho" na praça próximo ao trilho da Vila Ferreira; Que, sempre está na praça no período da tarde; Que, ficam na praça vários idosos no período da tarde conversando; Que, não se recordando a data, a pessoa conhecida como "Tico" chegou próximo ao senho Paulo, e puxou assunto com este; Que, o Sr. Paulo não queria conversar com Tico,

momento em que Tico saiu de perto do Sr. Paulo; Que, de longe Tico começou a dizer: "seu velho preto, alejado, eu sou perfeito, e você anda reboladndo eu não ando rebolando" e mais outras coisas que a declarante não se recorda; (...) Grifei.

Tal versão foi confirmado perante o juízo (fls. 46/47):

MP: senhora estava lá?

DEPOENTE: Isso. Eu estava trabalhando lá né.

MP: como que foi que aconteceu?

DEPOENTE: Eu estava lá trabalhando, aí ele chegou lá...

MP: Ele quem? o senhor Francisco?

DEPOENTE: Isso. O senhor Francisco chegou lá e o senhor Paulo estava lá sentado junto com o monte de senhores, aí o Francisco falou queria conversar com senhor Paulo. E o senhor Paulo não queria conversa com ele, falou não, não quero conversa e ele estava insistindo em falar com o senhor Paulo, e o senhor Paulo não queria conversa, aí eu já escutei já. Ele começou a xingar senhor Paulo.

MP: Falava o que exatamente? senhor recorda?

DEPOENTE: É chamou de preto, de preto aleijado, aí levantou, porque senhor Paulo tem um problema assim né, na cintura. Aí ele falou que senhor Paulo andava rebolando na rua. Aí ele levantou e começou a remedar o senhor Paulo assim, começou a rebolar.

MP: certo.

DEPOENTE: Lá na praça, na frente de todo mundo.

MP: Na frente de todo mundo.

DEPOENTE: Isso. De todos e eu estava lá e eu vi, aí senhor Paulo ficou muito nervoso e pediu para ele ir embora, aí ele foi embora e ainda rebolando andando na rua rebolando. Aí foi isso daí que aconteceu né.

MP: certo. sem mais perguntas.

JUIZ: Pela Defesa.

DEFESA: Boa tarde.

DEPOENTE: Boa tarde.

DEFESA: A senhora tem conhecimento de que tem a vida entre os dois, algum tipo de discussão, alguma coisa dessa natureza? Anteriormente esse fato?

DEPOENTE: É, deve ter ocorrido alguma coisa né, mas porque senhor Paulo não queria conversa com ele, aí, mas na hora ali só houve isso daí. Assim, pode ser que tenha ocorrido alguma coisa antes, mas na hora foi só isso aí que ele queria conversar com senhor Paulo, e o senhor Paulo não queria conversa com ele.

DEFESA: Nada mais, Excelência.

JUIZ: Só para saber, a senhora disse que trabalhava, onde que a senhora trabalha?

DEPOENTE: Na praça lá. Eu vendo churros né.

JUIZ: Ah, senhora vende churros na praça?

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: senhor Paulo estava ali por perto?

DEPOENTE: Isto.

JUIZ: Na praça mesmo?

DEPOENTE: Isso. Na praça mesmo, tem um lugar lá onde eles ficam reunidos.

JUIZ: senhor Francisco quando chegou para falar com senhor Paulo, ele aparentava ter algum tipo de estar um pouco alterado? ou não?

DEPOENTE: Ele estava meio embriagado né.

JUIZ: Estava meio embriagado?

DEPOENTE: Isso. Estava meio embriagado.

JUIZ: uhum. E a senhora não sabe dizer, se havia algum tipo de desavença anterior entre eles, algum problema anterior entre eles?

DEPOENTE: Não.

JUIZ: senhora não tinha visto eles conversando até então?

DEPOENTE: Ele já chegou já querendo conversar com o senhor Paulo.

JUIZ: com senhor Paulo?

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: Direto para falar com Senho Paulo?

DEPOENTE: Isso. Foi direto falar com Senho Paulo e Senho Paulo não queria conversar com ele.

JUIZ: E a Senhora ouviu Senhor Paulo ofendendo de alguma forma?

DEPOENTE: Não.

Juiz: (Ininteligível).

DEPOENTE: Não. Falou para ele que não queria conversa com ele.

JUIZ: É?

DEPOENTE: É. Só falou assim: "Oh, não quero conversa, é melhor você sair daqui.".

JUIZ: Tá ok. Nada mais.

Feita uma análise do conjunto probatório, nem mesmo a versão de que a vítima teria dado tapa na cara do réu encontra amparo na prova dos autos.

Desse modo, não restam dúvidas de que o réu agiu com dolo, ou seja, a vontade de praticar a conduta, consistente no elemento subjetivo do tipo (*animus infamandi* ou *animus injuriandi*), devendo responder pelo delito do art. 140, § 3º, do CP.

Neste sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – INJÚRIA RACIAL – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – PLEITO DE REDUÇÃO – POSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – INVIABILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO. Rejeita-se o pedido de absolvição pelo crime de injúria racial quando há farta prova testemunhal atestando que a acusada proferiu ofensas racistas à vítima, pretendendo humilha-la em razão da cor de sua pele. Acolhe-se o pleito de redução da pena-base uma vez constatado o equívoco quanto ao exame de circunstância judicial, conduzindo-a a patamar intermediário ante a constatação dos maus antecedentes e circunstâncias do crime. É de ser refutado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade ao acusado reincidente e que possui circunstâncias judiciais desfavoráveis contra si. Apelação defensiva a que se dá parcial provimento, para o fim de abrandar a reprimenda imposta.* (TJMS. Apelação n.º 0057691-76.2011.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 26/10/2015, p: 16/12/2015).

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE INJÚRIA RACIAL – NÃO ACOLHIMENTO – EXPRESSÕES DE CONTEÚDO ULTRAJANTE RELACIONADOS À COR E RAÇA – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 61, ALÍNEA "F", DO CP – VIABILIDADE – CRIME CONEXO PRATICADO CONTRA ENTEADO – AGRAVANTE NÃO CARACTERIZADA – SUBSTITUIÇÃO – REQUISITOS ATENDIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. III – Restando evidente do conjunto probatório que o réu proferiu palavras ultrajantes referentes à raça e cor negra com nítida intenção discriminatória, ofendendo sobremaneira a honra subjetiva da vítima, resta configurado o delito de injúria qualificada pelo preconceito, tornando impossível a absolvição pleiteada. IV – Incabível a aplicação do princípio da bagatela imprópria ao delito de injúria qualificada pelo preconceito, eis que dotada de grande reprovabilidade moral e peculiar ofensa à estima, dignidade e decoro de outrem. V – A agravante prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal somente incide quando o crime é praticado contra mulher, cônjuge ou companheira, diferentemente do que ocorre no caso dos autos, em que o delito de injuria (conexo a outros crimes praticados em situação de violência doméstica) foi praticado contra um enteado. VI – É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando, presente a primariedade do réu, constata-se que o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça contra pessoa, restou apenado com reprimenda inferior a 04 anos e não teve valorada de forma negativa as circunstâncias judiciais. VII – Recurso parcialmente provido.* (TJMS. Apelação n.º 0020318-11.2011.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 03/08/2017, p: 04/08/2017).

Merece destacar que, não houve sequer uma discussão no momento dos fatos, ou uma explosão emocional capaz de tornar a conduta atípica. Revela-se pela prova testemunhal que o réu ficou inconformado pelo simples motivo da vítima não querer conversar com o mesmo, passando a humilhá-lo, frisando-se, ainda, o fato da testemunha mencionar que o réu disse ser perfeito, como se superior fosse.

Dessarte, evidenciado a intenção do agente de praticar a conduta para humilhar a vítima, em razão da cor de sua pela e de sua raça, impõe-se a condenação pelo crime de injúria racial, tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal Brasileiro.

Passo à dosimetria da pena.

1ª Fase – A culpabilidade não desborda do normal. Em consulta ao SIGO e SAJ o réu não registra antecedentes; Não há elementos hábeis para avaliar sua conduta social e personalidade; Os motivos do crime é fútil[1] e repugnante, porquanto tenha sido cometido pelo simples fato da vítima não querer conversar com o réu. Assim, o agir do acusado ultrapassou em muito, as reações aceitáveis como manifestação de inconformismo; As circunstâncias do crime, apesar de extrapolar a normalidade ao tipo penal, deixo para utilizá-lo na terceira fase da dosimetria; Não há como mensurar as consequências do crime. O comportamento da vítima foi irrelevante para a prática do delito.

Considerando a circunstâncias judicais do art. 59 do Código Penal, atendendo ao fato de que cabe ao magistrado, mais próximo dos fatos, das provas e das pessoas, à luz do princípio da proporcionalidade, examinar com acuidade todos esses elementos e aplicar, fundamentadamente, a reprimenda que seja necessária e suficiente para a reprovação do crime, fixo a pena-base em 01 (um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa.

2ª Fase – Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes, uma vez que o motivo fútil já foi utilizado para exasperar a pena-base.

3ª Fase – Não há causas de diminuição. Considerando que o crime foi cometido em local de acesso ao público (praça) e na presença de várias pessoas, situação que revela maior desvalor na conduta do acusado, reconheço a causa de aumento do art. 141, inciso III, do Código Penal, elevando a pena em 1/3, fixando-a em definitivo em 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

Considerando que não há elementos acerca da situação econômica do réu, fixo o valor do dias-multa em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos. Pelas mesmas razões, isento o réu das custas e despesas processuais, porquanto assistido pela Defensoria Pública Estadual em todas as fases do processo.

Deixo de fixar valor mínimo para reparação do dano, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, haja vista que não consta dos autos nenhum pedido expresso de condenação por parte da vítima e que tenha sido objeto de contraditório nos autos.

Nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, fixo o regime aberto para o cumprimento da pena.

Por fim, o réu preenche os requisitos para substituição da pena corpórea por restritivas de direitos.

Com efeito, o legislador ordinário estabeleceu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no artigo 44 do Código Penal, enumerando as seguintes exigências, *verbis*:

> *Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
>
> *I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;*
>
> *II – o réu não for reincidente em crime doloso;*
>
> *III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.*

1 "**Fútil é aquele motivo insignificante, gritantemente desproporcional**".. GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11ª ed., Niterói, RJ: Impetus, 2017.

A partir dessa disposição legal, pode-se verificar que a substituição da reprimenda deve observar tanto requisitos de ordem subjetiva (CP, art. 44, incisos II e III), quanto de ordem objetiva (CP, art. 44, inciso I), sendo que na ausência de qualquer um deles impedida estará a concessão do referido benefício penal.

Em especial, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando *"aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo"* (art. 44, inc. I, do Código Penal).

Na hipótese vertente, o crime de injúria qualificada não restou praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa. Outrossim, a pena foi quantificada em patamar inferior a 04 anos, as circunstâncias judiciais apenas uma lhe desfavorece e demais permanecem neutras, e o apelante ostenta a condição de primário.

Nesse prospecto, presentes os requisitos necessários, as penas privativas de liberdade devem ser substituídas por duas restritivas de direito a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, para reformar a sentença absolutória e condenar o réu Francisco Antônio da Silva, como incurso no delito do art. 140, § 3º, do Código Penal (injúria racial), à pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0009780-55.2017.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – PRETENSA REVOGAÇÃO DA PERMISSÃO AO REEDUCANDO PARA FREQUÊNCIA EM ESTUDO ACADÊMICO – INCABÍVEL – APENADO EM REGIME SEMIABERTO – PRESCINDIBILIDADE DO ADIMPLEMENTO DO REQUISITO TEMPORAL DE 1/6 (UM SEXTO) DA PENA – CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS – SAÍDA TEMPORÁRIA PERMISSIVA – RECURSO DESPROVIDO.

Admite-se a concessão do trabalho externo ou frequência em estudo acadêmico ao condenado em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de, no mínimo, 1/6 da pena, desde que verificadas condições pessoais favoráveis pelo juízo das execuções penais.

Recurso a que, com o parecer, nego provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento, unânime, com ressalvas do 2º vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 4 de dezembro de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público Estadual em desfavor de Sidlei Alves da Silva, contra a decisão do juízo de Direito da 3ª Vara de Execuções Penais da comarca de Campo Grande/MS que, deferiu pedido de permissão de saída temporária, ao reeducando para frequentar curso presencial de nível superior.

Em suas razões de f. 01-09, o agravante pugnou pela reforma da r. decisão, a fim de obter a revogação do benefício de saída temporária, visto que o agravado não preenche o requisito objetivo de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, constante no art. 123, inciso II da LEP. Para fins de prequestionamento, requereu manifestação expressa dos dispositivos por ele elencados.

Por sua vez, o agravado, a f. 31-42 pugnou pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer a f. 51-55, opinou pelo desprovimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público Estadual em desfavor de Sidlei Alves da Silva, contra a decisão do juízo de Direito da 3ª Vara de Execuções Penais da comarca de Campo Grande/MS que, deferiu pedido de permissão de saída temporária, ao reeducando para frequentar curso presencial de nível superior.

Em suas razões de f. 01-09, o agravante pugnou pela reforma da r. decisão, a fim de obter a revogação do benefício de saída temporária, visto que o agravado não preenche o requisito objetivo de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, constante no art. 123, inciso II da LEP. Para fins de prequestionamento, requereu manifestação expressa dos dispositivos por ele elencados.

Por sua vez, o agravado, a f. 31-42 pugnou pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer a f. 51-55, opinou pelo desprovimento do recurso ministerial.

É o que basta para analisar a pretensão.

Consta dos autos que o reeducando foi condenado a pena de 6 (seis) anos, 11 (onze) meses e 6 (seis) dias pela prática dos crimes capitulados no art. 312, §1º, e art. 288, caput, do Código Penal, a ser cumprida em regime semiaberto, tendo como data-base para concessão de benefícios, o marco de 30/03/2017, sendo considerado réu primário, aplicando-se a fração de 1/6 (um sexto) para fins de atingimento da saída temporária prevista para 12/04/2018.

A Lei de Execução Penal, dispõe em seu artigo 122, acerca da concessão do benefício da saída temporária aos reeducandos que cumprem pena privativa de liberdade em regime semiaberto, o seguinte:

> *Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:*
>
> *I – visita à família;*
>
> *II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;*
>
> *III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.*
>
> *Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.*

Para tanto, o mesmo diploma legal, a teor do art. 123 estabelece requisitos para concessão do benefício, dentre os quais: comportamento adequado, cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado foi primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente, e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Por outro lado, a LEP reforça em seu art. 1º que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Nesse sentido, tanto o direito do reeducando de trabalho, como de frequentar curso superior, possuem respaldo na Lei de Execuções em seu art. 41, nos incisos II, V e VI, regras primárias estas advindas da própria Constituição Federal em seu art. 5º.

Considerando que a função precípua dos benefícios executórios estabelecidos na LEP, visa facilitar aos apenados sua árdua ressocialização, não se mostra razoável estabelecer impasses ao reeducando na sua busca por um futuro mais promissor, tal como ficou demostrado por ele a f. 12, em que comprova estar matriculado em curso de graduação superior no período letivo 2017/1, no 5º semestre do curso de Ciências Contábeis pela UNIGRAN, com aulas realizadas de segunda à sexta-feira no período noturno (das 19:10h às 23:20h), o que, não fosse esse horário, já estaria plenamente possibilitado de concluí-lo sem maiores discussões processuais, visto encontra-se cumprindo pena no regime semiaberto.

Além disso, como destacado, o agravado atingirá o cumprimento da fração de 1/6 (um sexto) para fins de concessão da saída temporária em 12/04/2018, conforme cálculo de pena de f. 13-14, o que já se verifica como tempo exíguo para alcance do benefício, possuindo condições pessoais e argumentos claramente favoráveis, afigurando-se assim, desnecessário o alcance exato do requisito temporal para fins de concessão antecipada do benefício.

A propósito, em que pesem posições contrárias, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, para os apenados que cumprem pena em regime semiaberto, afigura-se prescindível o adimplemento de requisito temporal para a autorização de trabalho externo ou frequência em curso superior, desde que verificadas condições pessoais favoráveis pelo juízo das execuções penais. Nesta linha:

> *HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. BENEFÍCIO DO TRABALHO EXTERNO CONCEDIDO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES E CASSADO PELO TRIBUNAL A QUO. DIREITO DO CONDENADO INDEPENDENTEMENTE DE CUMPRIMENTO MÍNIMO DA PENA, DESDE QUE PRESENTES CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA. 1. Admite-se a concessão do trabalho externo ao condenado em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de, no mínimo, 1/6 da pena, desde que verificadas condições pessoais favoráveis pelo Juízo das Execuções Penais. Precedentes. 2. Ordem concedida, para permitir o trabalho externo do Paciente, nos moldes determinados pelo Juiz de primeiro grau.* (HC 251.107/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 19/3/2013).
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO EXTERNO. APENADO EM REGIME SEMIABERTO. PRESCINDIBILIDADE DO ADIMPLEMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) DA PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. [...] 2.* ***A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, para os apenados que cumprem pena em regime semiaberto, afigura-se prescindível o adimplemento de requisito temporal para a autorização de trabalho externo, desde que verificadas condições pessoais favoráveis pelo Juízo das Execuções Penais. Precedentes. Assim, constitui constrangimento ilegal a negativa do trabalho externo ao apenado com fundamento somente na ausência de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena pelo condenado em regime semiaberto, como in casu.*** *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Magistrado das Execuções, que autorizara o trabalho externo pelo paciente.* (STJ-T5 HC 355674/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 10.11.2016). (Destaquei)

Assim, constitui constrangimento ilegal a negativa do trabalho externo ou frequência em curso superior pelo apenado, com fundamento somente na ausência de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena por aquele que se encontre em regime semiaberto, tal como no caso sob análise.

Desta forma, objetivando alcançar os fins almejados pela LEP, condizente a reinserção social plena do indivíduo, com base nos artigos 122, II, 123, 124, § 1º, incisos I e III e § 2º, todos da Lei n. 7.210/84, imperioso o reconhecimento do direito de saída temporária para frequentar o curso superior no qual se encontra matriculado, razão pela qual, deve ser mantida intacta a decisão singular.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescinde de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º vogal)

Acompanho o relator, devendo ser observado que o juiz da execução penal deverá solicitar à universidade a informação mensal quanto ao comparecimento do mesmo às aulas, a fim de se manter o controle sobre o cumprimento do apenado em relação ao pedido formulado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, unânime, com ressalvas do 2º vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 04 de dezembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1411027-92.2017.8.12.0000 - Jardim
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – AGENTES PRISIONAIS – AFASTAMENTO CAUTELAR DAS FUNÇÕES PÚBLICAS EM RAZÃO DE TORTURA PERPETRADA CONTRA PRESO – POTENCIAL OFENSA OU COAÇÃO NA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DOS PACIENTES – MEDIDA CAUTELAR LASTREADA NOS ARTIGOS 282, INCISO I E II, E 319, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ADEQUAÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS EM FACE DA GRAVIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DOS FATOS – CONDIÇÕES PESSOAIS DOS COATOS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA.

A suspensão do exercício da função pública revela-se como medida adequada, quando, verifique fortes indícios da materialidade do crime e de autoria, estiver respaldada no art. 282 do CPP, seja pela gravidade e demais circunstâncias do fato, seja pelas condições pessoais dos pacientes, sem perder de vista que o novo sistema de cautelares instituído pela Lei n.º 12.403/2011 impõe, preferencialmente, as medidas cautelares diversas da prisão, em consonância com o postulado da proporcionalidade, obstaculizando, por isso mesmo, a decretação desarrazoada de medidas mais extremas, tal como a prisão preventiva. Ordem denegada, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar concessão, unânime.

Campo Grande, 23 de outubro de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Sidenei Pereira de Melo impetrou a presente ordem de *habeas corpus* preventivo com pleito liminar em favor dos pacientes Fábio Henrique Romero Borde, Rhuliene Souza dos Santos e Ricardo Hayd Antunes, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte da Juiza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jardim/MS.

O impetrante alegou em síntese que, contra os pacientes foi formulado pelo Ministério Público Estadual pedido de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, em razão de procedimento instaurado para apurar crime de tortura por eles supostamente praticados, no exercício de suas funções, e que estariam na eminência de sofrer constrangimento ilegal no direito de locomoção e exercício de suas funções, por parte da indicada autoridade coatora. Outrossim, alegou que os pacientes possuem condições pessoais favoráveis preenchendo os requisitos necessários, o que indica que não imprimiriam retardo na apuração dos fatos, nem estariam imbuídos na intenção de impor fuga ou frustrar a aplicação da lei penal.

Com arrimo em tais colocações, requereu a concessão da ordem em caráter liminar em sua forma preventiva, aos três pacientes, com o fito de evitar eventual cumprimento de decisão da autoridade coatora.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 32-34 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 38-74.

A f. 77-85 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela sua denegação.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Sidenei Pereira de Melo impetrou a presente ordem de *habeas corpus* preventivo com pleito liminar em favor dos pacientes Fábio Henrique Romero Borde, Rhuliene Souza dos Santos e Ricardo Hayd Antunes, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte da juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jardim/MS.

O impetrante alegou em síntese que, contra os pacientes foi formulado pelo Ministério Público Estadual pedido de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, em razão de procedimento instaurado para apurar crime de tortura por eles supostamente praticados, no exercício de suas funções, e que estariam na eminência de sofrer constrangimento ilegal no direito de locomoção e exercício de suas funções, por parte da indicada autoridade coatora. Outrossim, alegou que os pacientes possuem condições pessoais favoráveis preenchendo os requisitos necessários, o que indica que não imprimiriam retardo na apuração dos fatos, nem estariam imbuídos na intenção de impor fuga ou frustrar a aplicação da lei penal.

Com arrimo em tais colocações, requereu a concessão da ordem em caráter liminar em sua forma preventiva, aos três pacientes, com o fito de evitar eventual cumprimento de decisão da autoridade coatora.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 32-34 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 38-74.

A f. 77-85 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela sua denegação.

É o que basta para análise da pretensão.

Insurgem os pacientes, não só contra as medidas cautelares apresentadas, como também, pela possibilidade de lhes ser decretada ordem de prisão, pugnando pela concessão da ordem como medida de salvo conduto, em caso de descumprimento das primeiras ou por outros motivos.

Em que pese os argumentos apresentados, verifico não lhes assistir razão.

Segundo informações dos autos, o Joacir Romero Ibanez, vulgo "Chuchu", comparecer ao juízo da comarca de Jardim, na data de 26/09/2017, para ser interrogado em processo que responde por crime de furto, tendo relatado que sofrera agressões no interior do estabelecimento penal. Por estes motivos, a Defensoria Pública requereu pedido em conjunto com o MPE para apuração da ocorrência e realização de exame de corpo de delito. Ato contínuo, no retorno do preso ao presídio, mediante escolta e algemado, foi novamente agredido corporalmente, como espécie de "castigo" por ter denunciado os agentes penitenciários, ora pacientes, na audiência antecedente realizada perante o juízo.

Em razão do ocorrido, o MPE formulou pedido de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, em face dos pacientes, tendo em vista a instauração de Procedimento Investigatório Criminal –

PIC (n. 010/2017/01PJ/JIM) na data de 27/09/2017, visando apurar o crime de tortura praticado pelos agentes penitenciários, dentro do estabelecimento prisional, no exercício de suas funções, contra o preso em questão. Entre as medidas pleiteadas pelo Órgão Ministerial, requereu-se ordem para suspender os pacientes do exercício de suas funções, nos termos do art. 319, IV, do Código de Processo Penal e, proibindo eles de frequentar ou ter acesso ao estabelecimento penal da comarca de Jardim (art. 319, II, do CPP), ao argumento de medida indispensável para as investigações, a fim de evitar também a reiteração da prática delituosa.

Conforme decisão vergastada proferida pela autoridade coatora:

> *Na espécie, conforme se depreende dos documentos encartados aos autos, evidencia-se a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria do delito de tortura (boletins de ocorrência, dezenas de fotografias e 02 exames de corpo de delito realizados na vítima), sendo o último exame após a vítima sair de uma audiência realizada perante este juízo, onde tinha acabado de "denunciar" os agentes penitenciários, havendo fortes evidências de que as agressões ocorreram como forma de "castigo" ao preso, até porque, tal fato ocorreu imediatamente após o retorno do preso ao estabelecimento penal.*
>
> *Por sua vez, periculum libertatis se revela cristalino, pois é latente que os requeridos, no exercício de suas funções públicas, podem prejudicar as investigações em curso, além de constituir elemento facilitador para a reiteração criminosa.*
>
> *Com efeito, a medida cautelar requerida coaduna-se com a gravidade das imputações e com as condutas, em tese, praticadas pelos requeridos. Como dito, a continuidade da atividade profissional ou o exercício da função pública seriam elementos facilitadores para a reiteração criminosa, já que os supostos autores do crime se manteriam no local de trabalho, podendo se utilizar novamente dos mesmos instrumentos que os levaram à prática do crime.*

Desta decisão, abstrai-se que, a autoridade indigitada coatora aplicou medidas cautelares diversas da prisão, com respaldo nos incisos II e VI, do art. 319, do CPP, em desfavor dos pacientes, considerando ser medida mais coerente e menos extrema que a prisão preventiva, mesmo porque não houve pedido nesse sentido pelo MPE.

Sobre a decretação de medidas cautelares, ainda que constitua em instrumento mais favorável ao acusado, quando comparado com a prisão corpórea provisória, também representa um constrangimento à liberdade individual daquele, dependendo para sua aplicação, o preenchimento de requisitos tais como necessidade e adequação, à luz do texto legal (art. 282, do CPP).

Sobre os requisitos, leciona Guilherme de Souza Nucci em sua doutrina que:

> *O primeiro deles diz respeito à indispensabilidade da medida, sob pena de gerar prejuízo à sociedade, direta ou indiretamente. O segundo guarda harmonia com a justaposição entre o fato criminoso e seu autor em confronto com a exigência restritiva a ser feita.* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 16. ed. rev., atual. e. ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 721).

Segundo a jurisprudência esposada pelo Supremo Tribunal Federal:

> *Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema*

> *que somente se legitima quando ineficazes todas as demais.* (HC 106446, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 20/9/2011; HC 114098 Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 12/12/2012).

No contexto apresentado dos autos, a suspensão do exercício da função pública dos agentes pelo tempo necessário para apuração dos fatos, revela-se como medida mais adequada, quando, tal como o caso, verifica-se fortes indícios da materialidade e autoria do crime, conforme as fotografias acostadas a f. 44-58, havendo o devido respaldo no art. 282, do CPP, seja pela gravidade e demais circunstâncias do fato ora delineados, seja pelas condições pessoais dos pacientes que deveriam pautar-se primordialmente pela segurança dos presos, estando as medidas cautelares diversas da prisão, em consonância com o postulado da proporcionalidade, obstaculizando, por isso mesmo, a decretação desarrazoada de medidas mais extremas, tal como a prisão preventiva, a não ser em caso do descumprimento das primeiras, o que daí se entenderia como justificável.

> *HABEAS CORPUS – TORTURA – AGENTES PRISIONAIS – AFASTAMENTO CAUTELAR DAS FUNÇÕES PÚBLICAS – PRELIMINAR – NÃO CONHECIMENTO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INSUBSISTÊNCIA – HOMENAGEM À GARANTIA CONSTITUCIONAL CONSTANTE DO ART. 5º, LXVIII, CF – POTENCIAL OFENSA OU COAÇÃO NA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DOS PACIENTES – MÉRITO – DESPROPORCIONALIDADE DA PROVIDÊNCIA – INVIABILIDADE – MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DAS FUNÇÕES PÚBLICAS DEVIDAMENTE LASTREADA NOS ARTIGOS 282, I E II, E 319, AMBOS DO CPP – ADEQUAÇÃO DA PROVIDÊNCIA EM FACE DA GRAVIDADE, DAS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATOE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DOS COATOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA. (...). A suspensão do exercício da função pública revela-se como medida adequada, quando, a latere da materialidade do crime e dos indícios de autoria, estiver respaldada no art. 282 do CPP, seja pela gravidade e demais circunstâncias do fato, seja pelas condições pessoais dos pacientes, sem perder de vista que o novo sistema de cautelares instituído pela Lei n.12.403/2011 impõe, preferencialmente, as medidas cautelares diversas da prisão, em consonância com o postulado da proporcionalidade, obstaculizando, por isso mesmo, a decretação desarrazoada de medidas mais extremas [prisão preventiva!].* (TJMT, HC Nº 131961/2013 - Comarca de Água Boa, Rel. Des. Alberto Ferreira de Souza – 2ª Câmara Criminal, j. 27/11/2013).

Portanto, plenamente possível a decretação de medidas cautelares diversas da prisão que, na situação sob análise, suspendeu os pacientes do exercício das funções de agentes penitenciários, proibindo-lhes de frequentar ou ter acesso ao estabelecimento penal, até que seja apurado os fatos. Isto porque, presentes o *fumus comissi delicti*, caracterizado pela prova ou elementos de convicção da materialidade do fato (exames de corpo de delito) e, ao menos, indícios suficientes de autoria, e o *periculum libertatis*, este, consubstanciado na exigência de que a liberdade dos acusados, aqui entendido como a continuidade do desempenho de suas funções, possa acarretar em situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo.

Ainda que se discuta se as condições pessoais dos pacientes sejam favoráveis ou não, estas, por si só, não garantem o direito de responder ao processo sem a segregação cautelar imposta, quando presentes os requisitos que autorizem esta. Nesse sentido, colho os seguintes julgados, aplicados em analogia:

> *[...] 5. Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis ao agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representam óbice, por si sós, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela. 6. Habeas corpus não conhecido.* (STJ, HC 367.196/CE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 12/12/2016).

O mesmo há que se dizer quanto a hipotética decretação prisional provisória dos pacientes a qual visa declarar-se ilegal, visto que, só se demandaria tal análise, quando evidenciado de fato a possibilidade de tal segregação daqueles, ou sobrevindo notícia de decisão emanada nesse sentido, o que no momento não se verifica de plano.

Consigno também que, quanto a alegada parcialidade da autoridade coatora, o *habeas corpus* não seria a via própria para alavancar tal discussão. E ainda que o fosse, o impetrante não trouxe maiores elementos para se aferir no sentido por ele posto, a não ser meras alegações. Não outro é o entendimento esposado neste Sodalício:

> *EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - PROCESSO PENAL - EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO, TRÁFICO DE INFLUÊNCIA, CORRUPÇÃO ATIVA E CONCUSSÃO - PARCIALIDADE NÃO DEMONSTRADA - REJEIÇÃO. Não comprovado qualquer indicativo de que o magistrado seja tendencioso no julgamento da ação penal movida em desfavor do excipiente é medida de rigor a rejeição da exceção. Exceção de Suspeição rejeitada ante a inexistência de parcialidade do excepto.* (TJMS. Exceção de Suspeição n.º 0007558-22.2014.8.12.0002, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 15/12/2014, p: 12/03/2015).

Dito isso, a segregação preventiva com cautelares diversas da prisão ora decretada não ostenta qualquer excessividade ou desproporcionalidade, de forma que restam justificadas a teor do art. 282, do CPP.

Em face de tais ponderações, ausente o alegado constrangimento ilegal, com o parecer, denego a presente ordem de *habeas corpus* preventivo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram concessão, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 23 de outubro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0046759-92.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ARTIGO 217-A DO CP – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – PLEITO MINISTERIAL POR CONDENAÇÃO – PALAVRA DA VÍTIMA CONTRARIADA POR TESTEMUNHOS JUDICIAIS – FALHA NA INSTRUÇÃO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO TRANSMITE CERTEZA – ARTIGO 386, VII, DO CPP – PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* – ABSOLVIÇÃO CONFIRMADA.

Ainda que nos crimes de natureza sexual as declarações da vítima adquiram especial relevância, para embasar decreto condenatório devem ser confirmadas por outros elementos de prova, capazes de excluir a dúvida que, por força do princípio *in dubio pro reo*, impõe a absolvição com base no inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Confirma-se a absolvição por insuficiência de provas quando as declarações da vítima são contrariadas por duas testemunhas inquiridas na fase judicial e, por falha na instrução do feito, não se adota providência que, facilmente, e de forma técnica, poderia esclarecer toda a verdade.

Recurso a que, contra o parecer, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 19 de outubro de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de f. 125/131 que julgou improcedente a denúncia ofertada contra E. S. dos S. pela prática do crime previsto pelo artigo 217-A, do Código Penal, pela qual, através das razões de f. 143/164, pugna pela reforma da sentença salientando, em resumo, existência de farta prova para a condenação.

As contrarrazões são apresentadas a f. 189/193, e por elas o apelado rebate as alegações recursais, pugnando pela confirmação da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 195/199, opina pelo provimento.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de f. 125/131 que julgou improcedente a denúncia ofertada contra E. S. dos S. pela prática do crime previsto pelo artigo 217-A, do Código Penal, pela qual, através das razões de f. 143/164, pugna pela reforma da sentença salientando, em resumo, existência de farta prova para a condenação.

As contrarrazões são apresentadas a f. 189/193, e por elas o apelado rebate as alegações recursais, pugnando pela confirmação da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 195/199, opina pelo provimento.

É o que basta para analisar a pretensão.

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra E. S. dos S., dando-o como incurso nas penas do artigo 217-A, do CP, sustentando que o mesmo:

> *(...) no dia 29 de janeiro de 2012, por volta das 15h., no interior da residência situada na Rua L. P., xxx, B. U., nesta Capital, o denunciado praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a criança H. B. R., à época com 11 (onze) anos de idade, consistente em acariciar sua vagina e morder seus seios, vindo a deixar marcas, cf. B.O. de fl. 03 e Exames de Corpo de Delito de fls. 05/09. Segundo restou apurado, a vítima H. estava na casa de V. L. M., sua madrinha, quando o denunciado, genro de V., agarrou-a por trás e colocou a mão dentro de seu short, acariciando a vagina da vítima, e algum tempo depois, puxou sua blusa e mordeu seu seio, deixando uma marca, cf. Laudo de Exame de Corpo de Delito de fls. 05/06. Ouvido à fl. 11, C. R. da S., pai da vítima, afirmou que sua filha revelou os fatos a uma amiga, e depois, para a avó materna, contando que o denunciado colocou a mão dentro de seu short e passou a mão em sua vagina, mordeu-a nos seios, além de beija-la na boca sem seu consentimento, aproveitando-se quando ficou sozinho com ela dentro da casa de V. O Laudo de Exame de Corpo de Delito às fls. 05/09 confirmou a presença da marca da mordida no seio da infante e a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, comprovando também a violência do ato (...)*

E. resultou absolvido com fulcro no inciso VII do artigo 386 do CPP, daí gerando o presente inconformismo do Ministério Público.

O laudo de exame de corpo de delito para apurar ato libidinoso diverso da conjunção carnal (f. 12/14), relata que a vítima apresentava uma equimose de coloração arroxeada, ovalada, medindo 4,0 cm x 2,0 cm de extensão, na mama direita, decorrente de uma mordida na mama.

O apelado nega a prática dos fatos na delegacia e não comparece à audiência de instrução em juízo.

A vítima, na polícia (f. 21/22), na presença de sua mãe, afirmou que no dia dos fatos fora para a casa de V. L. M., onde também estava o marido desta, L., e o apelado E., namorado da filha de V. e L.. Disse que:

> *(...) após o horário do almoço L. foi dormir atrás da carroceria da camionete dele que estava estacionada na varanda da casa; QUE a declarante foi até a varanda da casa para tirar uma foto de L. e após isso, voltou para dentro da casa, especificamente na sala, e E. veio por de trás da declarante, como se fosse lhe abraçar e colocou a mão dentro do short da declarante, a qual estava sem calcinha, e acariciou a vagina da declarante e a mesma assustada virou de frente para ele e o empurrou; QUE um tempo depois, quando estavam na sala a declarante, E. e V. assistindo televisão, E. estava*

sentado ao lado da declarante e quando V. saiu para ir para cozinha, E. puxou a gola da blusinha que a declarante estava e mordeu/chupou o seio direito da declarante próximo ao mamilo o que deixou uma marca; QUE a declarante foi embora da casa de V., sem falar nada para ninguém da casa o que havia acontecido, e após relatou os fatos para uma amiga, a qual contou para sua tia L..

Em juízo, conforme mídia nos autos, indagada pelas partes, manifestou-se da seguinte maneira:

(...) MP: Você figura aqui como vítima de um ato libidinoso praticado por E. S. dos S. no dia 29 de janeiro de 2012.O que aconteceu Heloisa? DEPOENTE: Eu estava lá na casa da minha madrinha que é de consideração porque eu gostava muito dela, V. L., aí meu padrinho tinha dormido atrás da caminhonete aí eu peguei o celular dele, aí eu fui tirar foto para minha madrinha... Aí o E. veio, aí quando eu estava voltando o E. veio por trás e colocou a mão dentro do meu short e eu estava sem calcinha, aí eu empurrei e fui lá pra dentro e sentei lá na cama, só que eu não falei nada, fiquei quieta. Aí depois a V. foi lá, acho que ela foi dar comida para o galo dela, foi na hora que ele me agarrou e deu uma mordida no meu peito (...). MP: Por fora da blusa? DEPOENTE: Não. Ele puxou a blusa. Aí ficou a marca roxa. MP: Qual foi sua reação? DEPOENTE: Na hora assim... eu não tive reação na hora, eu não o que me deu na hora, eu fiquei quieta, eu não conseguia falar com ninguém, parece que a voz sumiu na hora, eu não tinha reação, nenhuma, nem de medo, eu perdi a fala, eu fiquei muda, eu não conseguia falar. MP: E aí? DEPOENTE: Aí eu fui que eu estava dormindo na casa da minha avó, aí eu fui pra casa da minha vó. Aí eu tinha contado pra D., aí ela foi e contou pra minha tia (...) MP: D. é quem? DEPOENTE: É a vizinha. Aí ela contou pra minha tia, aí minha tia contou pra minha vó. Aí minha vó fez eu tirar o sutiã pra ela ver a marca. Aí ela viu a marca, foi lá e falou com ele, aí eles falaram que era mentira, a V., o E. e a D., esposa dele. MP: O E. é o que da V.? DEPOENTE: Ele é genro. MP: Nesse momento que ele fez isso tinha mais alguém no lugar? Onde foi, foi dentro da casa? DEPOENTE: Foi. Só tinha ele e eu sentada na cama, e ele estava passando música pra mim, a madrinha foi lá pra trás e o padrinho estava dormindo, que é o A.. MP: E você não contou para os seus pais isso? Por quê? DEPOENTE: Não. Na hora assim eu pensei em ficar quieta e deixar para trás, qualquer coisa eu aviso. MP: Mas por que você não pensou em contar? DEPOENTE: Porque eu não tenho motivo assim, não tenho medo, mas na hora eu falei assim Eu vou deixar se tentar fazer mais alguma coisa eu vou e conto pros meus pais, aí eu não contei. Aí minha vó ligou e falou pra minha mãe (...). MP: Eu queria esclarecer com você, saber direitinho porque essa madrinha sua, V. L., quando ela foi ouvida na Delegacia de Polícia ela disse que quem teria feito isso com você foi outro menino, P.. DEPOENTE: Ela foi na minha casa, eu escutei a conversa dela, fiquei no quarto, e não foi, porque eu não saio de casa. O único lugar que eu vou é na casa da minha vó com a minha mãe e com meu pai; se eu saio é com a minha mãe e com meu pai (...) E o P. era só um amigo, a gente se via assim, mas era só oi e tchau, nunca aconteceu nada. MP: Então a V. está falando isso para proteger o E.? DEPOENTE: Pra proteger o E. Ela foi na minha casa, falou pra minha mãe e pro meu pai que eu tinha falado pra D. que era o P. que tinha feito isso, mas antes eu tomava banho com a minha mãe, não junto com a minha mãe, mas ela via; ela perguntava se tinha alguma coisa no meu corpo e eu falava que não, ela sempre olhava, nunca tinha uma mancha dessa, foi só naquele dia que apareceu aquela mancha e eu não tinha ido pra casa de ninguém (...) MP: E isso foi o E. mesmo então? Você afirma categoricamente? DEPOENTE: Afirmo. MP: O E. sabe sua idade? DEPOENTE: Sabia. Ele sabia assim de várias coisas minhas (...) MP: Ele já te conhece faz tempo então? DEPOENTE: É ele já me conhecia, desde quando ele namorava com a D., ele já me conhecia, a gente conversava (...) MP: D. é filha da Vera? DEPOENTE: É. MP: A V. é sua vizinha ali? DEPOENTE: Não, ela é vizinha

> *da minha vó. MP: Mas você já frequentava a casa dela? DEPOENTE: Já. Sempre frequentei, desde pequena (...) Aí ele nunca falou nada, nunca faltou com respeito; foi só dessa vez. DEFESA: Gostaria de saber da depoente se ela solicitou o telefone de alguém lá da casa para fazer alguma ligação ou mandar algum tipo de mensagem para alguém? DEPOENTE: É que foi assim, o P. tinha ligado para mim, foi assim que a V. conseguiu mandar mensagens pra ele, falando que era pra ele falar que era culpa dele; isso meu pai viu as mensagens, ele mostrou todas as mensagens pro meu pai, foi na minha casa e mostrou o celular. Porque estavam me ligando de um número confidencial e eu não sabia, aí eu pedi pro E. ver se ele sabia, aí foi assim que eles pegaram o número do Patrick e começaram a mandar mensagem pra ele, falando pra ele falar que foi ele. DEFESA: E você não pediu o celular de ninguém emprestado? DEPOENTE: Não. Eu só perguntei mesmo. DEFESA: (...) Qual seu relacionamento com o P.? DEPOENTE: Só amigo, ele mora perto da minha casa e eu só vejo ele soltando pipa, oi e tchau (...).*

Como se sabe, em crimes de tal natureza a palavra da vítima adquire primordial relevância, já que é a única pessoa que pode narrar os fatos tal qual ocorreram. Mesmo assim, às palavras da vítima não se pode atribuir valor absoluto. Daí a exigência de verificar a coerência contida na própria narrativa dos fatos e a confirmação por outros elementos de prova produzidos nos autos.

Não há como negar que as palavras da vítima foram coerentes entre si em ambas as ocasiões em que foi ouvida.

O pai dela também foi sempre firme ao declarar que a mesma nunca titubeou em afirmar a ocorrência dos fatos e a autoria dos mesmos.

Por outro lado, embora de forma tácita, a sentença (que foi extremamente concisa) considerou que as afirmações da vítima foram contrariadas por outros elementos de prova produzidos em juízo, em especial pelas declarações das testemunhas V. L. M. e D. L. M..

A primeira foi ouvida em ambas as fases (f. 33/35 e mídia nos autos), e nas duas afirmou praticamente a mesma coisa, ou seja, confirma a versão apresentada pelo apelado, de que não praticou os fatos narrados na denúncia, bem como que a marca na mama da vítima teria sido produzida por um menino chamado P..

Em juízo, após afirmar nada ter visto e que era impossível acontecer sem que ela visse, em relação ao suposto autor do fato, declara:

> *(...) DEFESA: Eu gostaria de saber da depoente se em algum momento a vítima solicitou um telefone emprestado para ligar para alguém? DEPOENTE: Sim. Ela pediu pro meu marido o celular emprestado pra ligar pra um tal de P., que ele que teria feito isso aí com ela, mas até então ela não tinha dito nada para mim. Aí ela queria colocar o celular dela no confidencial porque ela tinha que ligar pra esse menino. Aí meu marido falou não, pega meu celular. Aí ela fez uma ligação para o P. e ele não retornou. (...) DEFESA: E esse P., a senhora conhece? DEPOENTE: Não, não conheço e nunca vi. Porque depois dessa mensagem, que essa ligação que ela fez pro menino, ela foi na vizinha e falou o que tinha acontecido, que tinha sido o P., falou pra D.. Aí eu peguei o número que estava no celular e comecei a conversar com esse menino, fazendo de conta que era amiga dela de escola. E na mensagem do celular ele confirmou que teria sido ele. Eu estou com o celular aqui, tá todas as mensagens gravadas (...).*

Por sua vez, D. L. M., que foi a primeira pessoa com quem a vítima falou sobre os fatos, arrolada pela defesa, ao ser ouvida em juízo, declarou:

> *(...) DEFESA: Eu gostaria de saber da depoente se ela estava presente no local do fato ou como ela ficou sabendo do ocorrido? DEPOENTE: Ela foi na minha casa*

depois que ela tinha saído de lá da V.. DEFESA: Ela saiu da casa da madrinha e foi para a sua casa? E chegando lá o que ela contou para você? DEPOENTE: Isso. Ela chegou lá primeiro contando a história de um menino, de um moleque que chama P.. Começou a falar que estava namorando ele e um dia antes tinha pedido para dormir na casa de uma amiga dela, que ainda ela até perguntou pra mim se eu podia pedir para a mãe dela para ela dormir na minha casa; que ela falava que dormia na casa dessa menina pra ficar com esse menino e aí depois a gente começou a conversar outras coisas, só que aí depois ela pegou e tirou assim, mostrou uma mancha no peito e falou que tinha sido o menino, o P.. Aí depois de um tempo eu falei - 'onde você estava agora? ' Aí ela falou assim: 'eu falei pra minha vó que eu estava aqui, mas eu tinha ido lá na V., eu ainda falei que seu pai estava fazendo peixe frito' , mas meu pai nem estava mexendo com comida; e aí eu perguntei o que ela estava fazendo lá e ela pegou e falou que tinha ficado com o E., que a V., a madrinha dela tinha saído de lá da sala, tinha ido pegar a galinha para colocar no galinheiro e ela falou que ele pegou nela "todinha", que deixou a marca nela, só que antes ela tinha falado que tinha sido aquele menino.(...) MP: (...) Você disse então que a H. falou que ficou com o E. na ausência da Vera? DEPOENTE: Uhum. MP: A V. tinha saído? (...) DEPOENTE: Ela falou que ela não estava lá, que ela tinha ido pegar a galinha pra colocar no galinheiro, a V.. Aí foi que diz que o E. pegou ela. MP: tem galinheiro lá na casa da V.? DEPOENTE: Tem.(...) MP: (...) Aí ela disse que ficou com o E. lá? DEPOENTE: Foi. Que eu falei assim 'nossa demorou tanto pra você ter feito tudo isso'. MP: E 'ficar' quer dizer o que? Com que conotação é 'ficar'? DEPOENTE:(...) Ela falou que ele tinha passado a mão nela tudo, só não colocou o negócio nela, mas falou que tinha até feito "boquete" no menino. MP: Sexo oral, é isso? No menino você quer dizer no E.? DEPOENTE: Isso. No E.. MP: E ela disse que ele tinha feito aquela marca no seio dela? DEPOENTE: Foi. Só que antes ela tinha falado desse rapaz, desse P., que foi ele que deixou, que ainda ela não apareceu nenhuma marca no corpo assim, vermelha nada, nada. MP: Tá. Mas ela disse que ficou com o E.? DEPOENTE: Sim. MP: E aí você resolveu avisar a família dela? DEPOENTE: Resolvi. Eu falei pra tia dela, que a vó dela perguntou pra mim e eu contei. MP: Você falou o que para a tia dela? DEPOENTE: Falei a mesma história, que ela falou que o E. tinha pegado nela tudo, só que ela tinha que ver isso aí, porque a D. pode terminar com o E. por uma bobeira que ela tá falando. MP: Mas não foi essa a notícia que chegou. A notícia é que você foi falar que ela ficou com o E., não consta que você falou que era uma bobeira, nada disso. DEPOENTE: Como assim? MP: Veja bem, você disse que ela falou para você que ela ficou com o P. e depois com o E., mas quando você noticiou para a família dela você só falou do E., você não falou do P.. DEPOENTE: Falei, falei do guri também, do P.. Porque primeiro eu cheguei lá e falei pra L., a tia dela. 'L. tá caindo um boato aí que a H. ficou com o E. dentro da casa da V., que a V. não estava ali dentro'. MP: Caindo um boato ou você disse que a H. falou para você? DEPOENTE: A H. falou pra mim. Só que depois que eu avisei ela, porque ela tinha falado pra vó dela, que aí depois que eu falei, que a M. veio junto, e veio desesperada que já estava sabendo que a H. falou pra ela. Aí eu falei só que dona M. dizem que ela ficou com aquele menino, mas um dia antes na casa de uma amiguinha dela, que diz que ela dormiu na casa dessa menina (...) ela falou que tem esse namoradinho, e ficou com ele, mas tem o E. no meio da história, porque eu estava com medo do pai da H. ir lá, vai que "fazesse" alguma coisa com o menino sem... MP: Mas qual sua preocupação com o E.? DEPOENTE: Minha preocupação é que ele é meu amigo. MP: Ah, ele é seu amigo então? DEPOENTE: Ele é meu amigo, e ele tem uma família, era com isso que eu tinha preocupação."

É de se entender, nesse cenário, a dificuldade que teve a sentença de acatar as palavras da vítima, posto que duas testemunhas, ainda que com relações de amizade e familiares com o apelado, foram taxativas

em afirmar perante o magistrado que a vítima havia dito que o autor teria sido outra pessoa.

Ademais, o ato de o apelado ter introduzido a mão por baixo do short da vítima, foi pouco, praticamente nada explorado pela prova, de maneira que resultou oculto pelas sombras.

Somente se admite prolação de decreto condenatório diante de conjunto probatório robusto, seguro, estreme de dúvida. Caso contrário, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*, impositiva a absolvição com base no inciso VII do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci, na obra Manual De Processo Penal e Execução Penal, 11ª ed, Ed. Forense, p. 62, ensina:

> *Por outro lado, quando cuidamos do princípio da presunção de inocência, não podemos olvidar o princípio da prevalência do interesse do réu, que com o primeiro se interliga, afinal, justamente porque o estado natural do indivíduo é de inocência que seu interesse está acima da dúvida; logo, in dubio pro reo, ou seja, na dúvida, é melhor decidir em favor do acusado.*

Com efeito, é requisito indispensável à condenação, a existência de prova robusta e inquestionável, estreme de dúvida, prova esta que, neste caso, inobstante a indiscutível presença de muitos indícios a apontar tenha sido o apelado o autor dos fatos narrados na denúncia, não é suficientemente segura, não extirpando completamente a dúvida e, consequentemente, a possibilidade, por mínima que seja, da ocorrência de erro. Condenação exige certeza absoluta, seja quanto ao crime ou quanto à autoria. Não basta a alta probabilidade desta ou daquele.

Assim, tenho ser este um caso de aplicação do inciso VII do artigo 386 do CPP, conforme recentes decisões dos tribunais pátrios, inclusive o nosso. Confira-se:

> *APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. RECURSO ACUSATÓRIO. AS PROVAS PRODUZIDAS SÃO FRÁGEIS. NÃO GERAM UM JUÍZO DE CERTEZA. DINÂMICA DOS FATOS DUVIDOSA. AUTORIA NÃO CABALMENTE COMPROVADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. 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 probatório é insuficiente para ensejar um juízo condenatório. 2.* ***Os riscos advindos de uma eventual condenação equivocada, faz com que a dúvida sempre milite em favor do acusado. Nesse contexto, o inciso VII do art. 386 do código de processo penal prevê como hipótese de absolvição do réu a ausência de provas suficientes a corroborar a imputação formulada pelo órgão acusador. É a consagração do princípio do in dubio pro reo, o que ocorre, in casu, por isso, deve ser proclamada a absolvição do acusado****. 3. No caso, o conjunto probatório gera dúvida quanto à autoria do fato delituoso.* (TJMS; APL 0000564-25.2009.8.12.0043; São Gabriel do Oeste; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 09/12/2014; Pág. 38). Destaquei.

> *APELAÇÃO. DELITO CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. Nos crimes contra a dignidade sexual, o depoimento da vítima assume especial relevo, pois geralmente a infração é cometida às escondidas e a palavra da vítima é a única prova do acontecimento do delito. Mas, para a prolação de um édito condenatório em delito tão grave e com prova geralmente tão escassa, é necessário que o relato da ofendida não contenha contradições e apresente verossimilhança com os fatos, o que não ocorre no caso em concreto. No caso, há contradições e inconsistências nos depoimentos da vítima e em relação aos demais elementos dos autos. E, como se sabe, uma condenação deve ser amparada*

> *em elementos sólidos, incontestáveis, alicerçados em dados concretos, devidamente comprovados no contexto probatório. Condenação exige certeza e certeza absoluta, quer do crime, quer da autoria. Não basta a alta probabilidade desta ou daquele. A íntima convicção, sem apoio em dados ou elementos indiscutíveis, leva à simples crença e não àquela certeza necessária e indispensável à condenação. (...).* (TJRS; ACr 0438134-65.2016.8.21.7000; Encantado; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak; Julg. 30/08/2017; DJERS 18/09/2017).

Além de tudo, não se pode deixar de anotar que houve enorme desídia por parte da acusação, pois o esclarecimento dos fatos estava plenamente ao alcance de qualquer um que, na época, tivesse demonstrado um pouco mais de envolvimento com a verdade.

É que a testemunha V. L., em ambas as oportunidades em que foi ouvida, afirmou taxativamente que estava com o seu celular à mão, e que nele havia os registros das gravações de todas as mensagens trocadas com P..

Veja-se o dito por ela em juízo:

> *(...) DEFESA: E esse P., a senhora conhece? DEPOENTE: Não, não conheço e nunca vi. Porque depois dessa mensagem, que essa ligação que ela fez pro menino, ela foi na vizinha e falou o que tinha acontecido, que tinha sido o P., falou pra D.. Aí eu peguei o número que estava no celular e comecei a conversar com esse menino, fazendo de conta que era amiga dela de escola. E na mensagem do celular ele confirmou que teria sido ele. Eu estou com o celular aqui, tá todas as mensagens gravadas (...).*

E na polícia (f. 34/35):

> *(...) informa que naquele dia a noite, pegou o celular de seu marido, pois tinha o número de H. havia ligado para amigo (P.), e a declarante mandou uma mensagem de celular para ele se passando por uma amiga de H., e passando os dias enviou várias mensagens, e em uma delas a declarante perguntou se foi ele que havia deixado a marca no seio de H., o qual confirmou por mensagem; QUE a declarante possui todas as mensagens gravadas em seu celular; (...)*

Portanto, para confirmar quem dizia a verdade ou mentia, bastava apanhar o celular da mesma, que com ela estava ao ser inquirida, e analisar o real conteúdo das referidas mensagens, as quais efetivamente existiram, posto que a vítima afirma tê-las visto porque P. levou o celular dele e mostrou para o pai dela em sua casa.

Arrolar o próprio P., ademais, para prestar esclarecimentos, e também apresentar o seu celular, não parecia tarefa das mais difíceis. Mesmo assim, optou-se por não adotar nenhuma destas providências, lamentavelmente.

A consequência desta desídia está na possibilidade de um abusador de crianças, que não pode ser condenado sem provas seguras, continuar pelas ruas.

Confirma-se, pois, a absolvição por insuficiência de provas quando as declarações da vítima são contrariadas por duas testemunhas inquiridas na fase judicial e, por falha na instrução do feito, não se adota providência que, facilmente, e de forma técnica, poderia esclarecer toda a verdade, providência que agora, mais de cinco anos após os fatos, é impossível.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, nego provimento ao recurso para, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, confirmar a absolvição do apelado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 19 de outubro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1412122-60.2017.8.12.0000 - Itaporã
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO SIMPLES – COLETA FORÇADA DE MATERIAL BIOLÓGICO DE INVESTIGADO – APURAÇÃO DA AUTORIA DELITIVA – VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – IMPOSSIBILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE – ORDEM CONCEDIDA.

A coleta forçada de material biológico de investigado para apuração da autoria delitiva, ainda que por técnica indolor, ofende princípios constitucionais (*nemo tenetur se detegere*), bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, segundo a qual toda a pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Ordem concedida.

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, conceder a ordem.

Campo Grande, 16 de novembro de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pleito liminar, em favor de João Batista de Oliveira alegando que este sofre constrangimento ilegal por parte do juiz de direito da Comarca de Itaporã/MS.

Acerca dos fatos, relata que o paciente foi preso no dia 11 de julho de 2016, pela suposta prática do delito tipificado no artigo 121, *caput*, do Código Penal.

Alega que o Juiz deferiu o pedido feito pelo Ministério Público para a realização de coleta de sangue do paciente, conforme consta nos Autos n.º 0001001.40.2016.8.12.0037 (f. 246).

Aduz que tal medida só é possível quando o paciente concorda em se sujeitar ao exame, pois trata-se de prova que implica na intervenção corporal, e quando feita contra a vontade do paciente contraria o princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 38 e as informações foram prestadas pela autoridade dita coatora f. 45-48.

A f. 111-113 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e, no mérito, pela concessão da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de João Batista de Oliveira, apontando como autoridade coatora o juiz de direito da Comarca de Itaporã/MS, que determinou a coleta de sangue do paciente, sem o seu consentimento, para a realização de exame pericial.

Aduz a impetrante que o Juízo de Direito da Comarca de Itaporã/MS, nos autos da Ação Penal n.º 0001001-40.2016.8.12.0037, deferiu a realização de exame pericial requerido pelo *Parquet* de primeiro grau, a partir de coleta de sangue do paciente, cujo ato viola o seu direito de não ser obrigado a produzir prova em seu desfavor (princípio do *nemo tenetur se detegere*).

Alega que a realização do referido exame depende da colaboração do paciente, tendo em vista tratar-se de prova que implica na intervenção corporal (chamada prova invasiva), sendo mister seu consentimento.

Compulsando o processo na origem, verifica-se queno dia 26 de junho de 2016, por volta das 18:30 horas, na Rua Guadalupe, Jardim Ipanema, em Itaporã/MS, o ora paciente João Batista de Oliveira, vulgo "João Bugre", ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, matou Edison Ronaldo de Menezes, conhecido como "Paulista".

Por oportuno, ressalte-se que a Constituição Federal em seu art. 5º, inc. LVIII garante que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo em hipóteses previstas em lei.

Logo, com a consolidação dos direitos e garantias individuais após a promulgação da Carta Magna de 1988, a identificação criminal tornou-se uma exceção, cabível somente em situações de absoluta necessidade, como na hipótese prevista no art. 5.º da Lei 9.034/95, o qual determina a *"identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil"*.

Além disso, a nossa Carta Magna dispõe de um rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais, o princípio da presunção da não culpabilidade (art. 5.º, LXIII, da CF) do qual decorre o princípio da não auto incriminação (*nemo tenetur se detegere)*.

Diante desse princípio, o investigado pode abster-se de praticar qualquer conduta que possa acarretar a obtenção de prova em seu desfavor. Assim, referido princípio inclui os casos em que alguém estiver sendo obrigado a produzir prova contra si mesmo, sendo consagrado como garantia judicial internacional, previsto também no art. 8º, § 2º, alínea g, do Pacto de San José da Costa Rica.

A meu ver, não se pode obrigar que uma pessoa seja submetida ao método de identificação criminal por meio de coleta forçada do material genético, como forma de realização de prova, sob pena de violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Sobre o assunto, prelecionam Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha:

> *Com o advento da Lei 12.654, de 28 maio de 2012 (com vacatio de 180 dias), ao art. 5º da Lei 12.037/09 foi acrescido um parágrafo, autorizando, nas hipóteses do art. 3º, inc. IV (essencial para a investigação criminal), a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do investigado.*

Além disso, um indivíduo não pode ser compelido a fornecer material biológico ao Estado, caso entenda que isso lhe seria desfavorável.

Diante desse quadro, ao se obrigar alguém a fornecer material para traçar seu perfil genético, mesmo que de forma indolor, é constrangê-lo a produzir prova contra si mesmo, violando o princípio inserto no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal.

Conclui-se, portanto, que na hipótese dos autos o interesse estatal não pode sobrepor-se a um direito legítimo do indivíduo, sob pena de atropelar o consolidado Estado Democrático de Direito e retroagir ao temível Estado inquisitivo.

Vale mencionar que é pacífico o entendimento do STF de que, em face do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), o acusado não é obrigado a fornecer padrão vocal ou padrão de escrita para que sejam realizadas perícias que posam prejudicá-lo. Portanto, esse mesmo raciocínio será, certamente, aplicado para o fornecimento de material biológico.

Neste sentido já decidiram alguns Tribunais:

> *EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - COLETA DE PERFIL GENÉTICO - ART. 9º-A DA LEP - OBRIGATORIEDADE - IMPOSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO MAGISTRADO 'A QUO' - NECESSIDADE - RECURSO DESPROVIDO. - A coleta do perfil genético de sentenciados, mediante extração de DNA é prevista, de forma obrigatória, pelo art. 9º-a da LEP, podendo tais dados ser requisitados pelas autoridades policiais no caso de inquéritos instaurados.- Não há como compelir indivíduo a fornecer material que entenda lhe ser desfavorável, sob pena de violação da garantia de nãoautoincriminação e em obediência ao princípio do "nemo tenetur se detegere".* (TJMG, 2ª C.Crim. AgExec nº 1.0024.05.793146-1/002, Rel.ª Beatriz Pinheiro Caires, v.u., j. 03.04.2014, pub. DJe de 22.04.2014).

Assim, se a prova a ser produzida exige mais do que uma simples tolerância do réu, trata-se da chamada prova invasiva, e sua realização sem o consentimento do acusado importa em violação ao *nemo tenetur se detegere*.

Ademais, nos presentes autos, restou claro que o paciente não pretende dar o seu consentimento para a realização da prova pericial, que constitui na coleta de material biológico para exame de DNA, estando assim na iminência de ser violado seu direito de não fazer prova contra si.

Desta forma, a decisão que determinou a realização do exame merece ser reformada, tendo em vista que ausente o consentimento do paciente de produzir referido meio de prova.

Em face de tais ponderações, presente o alegado constrangimento ilegal, com o parecer, concedo a presente ordem de *habeas corpus* para impedir que seja realizado o exame pericial.

Prevalecendo este voto, comunique-se a autoridade coatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 16 de novembro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 1601048-25.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE DENÚNCIA – DIVERGÊNCIA ENTRE PROMOTORES DE JUSTIÇA SOBRE A COMPETÊNCIA – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES E NÃO DE JURISDIÇÃO – REMESSA AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA DIRIMIR O CONFLITO (APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) – CONFLITO NÃO CONHECIDO.

A inexistência de oferecimento de denúncia a dar início à ação penal afasta a possibilidade de conflito de jurisdição, que pressupõe a existência de "processo", nos termos do art. 109 do Código de Processo Penal.

Aplicando-se, por analogia, o art. 28 do CPP, havendo divergência entre promotores de justiça acerca da competência para dar início à ação penal ou procedimento penal, os autos devem ser encaminhados ao procurador-geral de justiça, a fim de que ele próprio ofereça a peça acusatória ou nomeie outro promotor de justiça para fazê-lo.

Recurso não conhecido.

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, não conhecer do conflito.

Campo Grande, 19 de outubro de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juiz de direito da 2ª Vara Criminal, nos autos nº 0005594-87.2016.8.12.0110, em face do juiz de direito da 7ª Vara do Juizado Especial, ambos da comarca de Campo Grande/MS, que se deu por incompetente para analisar a prática dos supostos crimes de resistência (artigo 329 do CP), evasão de preso (artigo 352 do CP) e desobediência (artigo 330 do CP), cometidos, em tese, por Sebastião Eder Chaparro de Arruda.

Alega o juízo suscitante que a conduta de Sebastião Eder está subsumida apenas ao delito de desobediência (artigo 330 do CP), que é de menor potencial ofensivo e, portanto, cabe ao juizado especial criminal o julgamento e processamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 101-106, opina pelo não conhecimento do presente conflito e requer a remessa dos autos ao procurador-geral de justiça para dirimir o conflito de atribuições ministeriais.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juiz de direito da 2ª Vara Criminal, nos Autos nº 0005594-87.2016.8.12.0110, em face do Juiz de Direito da 7ª Vara do Juizado Especial, ambos da comarca de Campo Grande/MS, que se deu por incompetente para analisar a prática dos supostos crimes de resistência (artigo 329 do CP), evasão de preso (artigo 352 do CP) e desobediência (artigo 330 do CP), cometidos, em tese, por Sebastião Eder Chaparro de Arruda.

Alega o juízo suscitante que a conduta de Sebastião Eder está subsumida apenas ao delito de desobediência (artigo 330 do CP), que é de menor potencial ofensivo e, portanto, cabe ao juizado especial criminal o julgamento e processamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 101-106, opina pelo não conhecimento do presente conflito e requer a remessa dos autos ao procurador geral de justiça para dirimir o conflito de atribuições ministeriais.

É o que basta para analisar a pretensão.

Tenho que o presente conflito não pode ser conhecido.

Segundo consta, foi instaurado termo circunstanciado de ocorrência para apuração de suposta conduta delituosa praticada, em tese, por Sebastião Eder Chaparro de Arruda.

O órgão ministerial que atua na 7ª Vara do Juizado Especial entendeu que a conduta subsumia aos delitos dos artigos 329, 330 e 352, todos do CP, e, portanto, as penas ultrapassariam o limite legal para a competência do juizado, requerendo assim a remessa do feito à Delegacia de Polícia para instauração do competente inquérito policial.

Assim, a magistrada da 7ª Vara do Juizado Especial declinou da competência para o julgamento do feito e determinou a remessa à justiça comum para decidir quanto as diligências requisitadas.

Feita a redistribuição do "Termo Circunstanciado" entendeu o Ministério Público atuante na 2ª Vara Criminal Residual, que a conduta de Sebastião Eder enquadra-se no delito do artigo 330, do Código Penal e, portanto, é de menor potencial ofensivo, sendo competente para o julgamento o juizado especial criminal. Diante disso, o magistrado da 2ª Vara Criminal suscitou o presente conflito negativo.

Ocorre que, de fato, o caso aqui tratado não configura conflito de jurisdição, mas sim conflito de atribuições. Veja-se que até o presente momento sequer houve o oferecimento de denúncia para iniciar à ação penal, o que afasta a possibilidade de existir conflito de jurisdição, que pressupõe a existência de "processo", nos termos do art. 109 do Código de Processo Penal, que assim expressa: *"Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declara-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior"*.

O que se verifica no presente caso é que os ilustres representantes do Ministério Público não formularam pedido para dar início ao procedimento penal. Portanto, não há que se falar em conflito de competência entre juízos, mas sim em conflito de atribuições.

Esta Câmara Criminal já teve a oportunidade de decidir caso análogo. Confira-se:

> *EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DENÚNCIA – DIVERGÊNCIA ENTRE PROMOTORES DE JUSTIÇA SOBRE A COMPETÊNCIA – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES E NÃO DE JURISDIÇÃO - REMESSA AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA DIRIMIR O CONFLITO (APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) - CONFLITO NÃO CONHECIDO. 1 - A inexistência de oferecimento de denúncia a dar início à ação penal afasta a possibilidade de conflito de jurisdição, que pressupõe a existência de "processo", nos termos em que dispõe o artigo 109 do Código de Processo Penal; 2 - Aplicando-se, por analogia, o artigo 28 do CPP, havendo divergência entre Promotores de Justiça acerca da competência para dar início à ação penal ou procedimento penal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, a fim de que ele próprio ofereça a peça acusatória ou nomeie outro Promotor de Justiça para fazê-lo.* (Relator(a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 25/06/2015; Data de registro: 27/06/2015 – Proc. nº 1600968-32.2015.8.12.0000).

Em casos tais, a jurisprudência conclama a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, encaminhando-se os autos ao procurador-geral de justiça, a fim de que ele próprio ofereça a peça acusatória ou nomeie outro Promotor de Justiça para fazê-lo. Nesse sentido:

> *CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇAO PENAL NAO INSTAURADA - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE PROMOTORES DE JUSTIÇA - ARTIGO 28 DO CPP - APLICAÇAO ANALÓGICA - REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA- PRECEDENTES - CONFLITO NAO CONHECIDO. 1 - Os despachos exarados em um procedimento investigatório se revestem de caráter eminentemente administrativo, não podendo ser considerados atos jurisdicionais, nem gerar, por conseguinte, qualquer vinculação do ponto de vista da competência processual; 2 - Antes de iniciada a ação penal pelo recebimento da denúncia, toda questão que surgir, relativa à capitulação, mesmo com implicação na determinação do juízo competente, deve ser resolvida no âmbito do Ministério Público, por aplicação analógica ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, sob pena de se ferir a independência e autonomia funcionais dos membros do parquet, consagradas no artigo 127, 1º e 2º, da Constituição Federal; 3 - Conflito não conhecido.* (TJ-ES - CC: 100070005556 ES 100070005556, Relator: José Luiz Barreto Vivas, Data de Julgamento: 19/09/2007, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 11/10/2007).

> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA - DENUNCIA - DIVERGENCIA DOS PROMOTORES PUBLICOS - O MINISTERIO PUBLICO E O TITULAR DA AÇÃO PENAL. O JUDICIARIO NÃO PODE COMPELIR O PROMOTOR PUBLICO A OFERECER A DENUNCIA, DEFININDO OS ELEMENTOS ESSENCIAIS E CIRCUNSTANCIAIS DO DELITO. AFETAR-SE-IA A FUNÇÃO INSTITUCIONAL CONSAGRADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA (ART. 129, I). DIVERGENCIA DE PROMOTORES PUBLICOS, QUANTO A CAPITULAÇÃO DO FATO CRIMINOSO, NÃO SE RESOLVE EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OCORRE CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES.* (STJ - CC 2.310/RS, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, terceira seção, julgado em 07/11/1991, DJ 16/12/1991, p. 18496).

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, não conheço do presente conflito de jurisdição.

Determino, outrossim, em aplicação analógica ao artigo 28 do Código de Processo Penal, que o Juízo suscitante promova o encaminhamento destes autos ao digno procurador-geral de justiça.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do conflito.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 19 de outubro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0061106-67.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O ART. 169 – CONDUTA QUE SE AMOLDA À APROPRIAÇÃO DE COISA HAVIDA POR ERRO – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – CONFIGURADA – REGIME ABERTO FIXADO – SEM POSSIBILIDADE DE RESTRITIVAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se o agente se apropriou de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, sua conduta deve ser desclassificada para a infração descrita no art. 169 do Código Penal.

A existência de folha de antecedentes criminais com registro de condenação transitada em julgado em data anterior ao cometimento de novo delito é apta a comprovar a reincidência, sobretudo se não foi levantada qualquer mácula capaz de invalidá-la.

Verificado que o agente é reincidente, mas sua pena restou inferior a 02 meses e não possui circunstância judicial negativa, é cabível a fixação do regime prisional aberto, sem possibilidade de substituição por restritivas (art. 44, § 3º, CP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover parcialmente por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido, em parte, o relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 9 de outubro de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Sidney Pereira de Souza interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que o condenou à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 12 dias-multa, pela prática do crime de furto.

Requer sua absolvição pelo crime de furto alegando insuficiência de provas ou a desclassificação para o crime do art. 169, do CP (apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza).

Subsidiariamente pleiteia o afastamento da agravante da reincidência, a fixação do regime prisional menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (p. 233-243).

As contrarrazões foram apresentadas pelo não provimento do recurso (p. 253-260).

O parecer da procuradoria de justiça é o no mesmo sentido (p. 266-276).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sidney Pereira de Souza contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que o condenou à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 12 dias-multa, pela prática do crime de furto.

Requer sua absolvição pelo crime de furto alegando insuficiência de provas ou a desclassificação para o crime do art. 169, do CP (apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza).

Subsidiariamente pleiteia o afastamento da agravante da reincidência, a fixação do regime prisional menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (p. 233-243).

As contrarrazões foram apresentadas pelo não provimento do recurso (p. 253-260).

O parecer da Procuradoria de Justiça é o no mesmo sentido (p. 266-276).

Narra a denúncia que:

> *Consta no incluso Inquérito Policial, que no dia 29 de julho de 2011, por volta das 11h30m, na Agência do Banco do Brasil, localizada na Rua Argemiro Fialho, nº 54, Bairro Vila Bandeirante, nesta capital, o denunciado Sidney Pereira de Souza subtraiu, para si, a quantia de R$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais) em espécie, pertencente ao Banco do Brasil S/A.*
>
> *Infere-se nos autos, que na data dos fatos, o denunciado foi até a referida agência bancária com o intuito de sacar o valor de R$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais). O funcionário Alan César Gonçalves, ao atender o denunciado, pegou a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais) de umas das gavetas, separou o valor de R$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais) para o denunciado, e, em um momento de distração, deixou o valor restante sobre o balcão, bem na frente do denunciado, enquanto recontava o valor do saque.*
>
> *Ato contínuo, aproveitando-se da distração do funcionário, o denunciado pegou o valor, contou e guardou. Logo em seguida, o funcionário Alan entregou o valor do saque juntamente com o comprovante ao denunciado, tendo este contado as cédulas e guardado também esta quantia.*
>
> *Os fatos foram gravados pelas câmeras de segurança, tendo a gravação sido encaminhada através de DVD-R e anexada aos autos. Nas imagens é possível observar toda a ação do denunciado, sendo possível verificar, inclusive, que a quantidade de cédulas manuseadas pelo funcionário e pelo denunciado condiz com os valores acima referidos.*
>
> *Dessa forma, restam evidenciadas a autoria e a materialidade do delito de furto, através do Boletim de Ocorrência (fl. 04), Auto de Avaliação - Indireto (fl. 80), imagens oriundas das câmeras de segurança da agência bancária em comento (DVD-R anexado aos autos), bem como pelas declarações das testemunhas.*
>
> *Diante do exposto, o Ministério Público Estadual, por sua representante legal, denuncia Sidney Pereira de Souza como incurso no artigo 155, caput, do Código Penal Brasileiro.*

O recurso deve ser provido.

O funcionário do banco em juízo esclareceu que em razão do trabalho ser "mecânico", em um momento de distração pela intervenção de um colega lhe avisando da luz acesa em seu carro, acabou passando parte do dinheiro que tinha de guardar na gaveta do caixa para o réu, em cima do balcão, e depois novamente lhe entregou o que seria equivalente ao valor do saque pleiteado. Esclareceu que ainda ficou em dúvida no momento quanto ao valor repassado, mas não quis constranger o cliente apenas lhe pedindo para confirmar o saque. Afirmou que posteriormente identificaram o momento em que o cliente pegou a quantia que não lhe era devida e, tendo ido até o mesmo, num primeiro instante ele se mostrou solícito, mas depois não mais lhe atendeu. Às perguntas, respondeu que a vista da filmagem o banco arcou com o prejuízo (p. 156).

Os depoimentos das testemunhas Wandoilson de Oliveira (p. 156) e Benedito Nunes (p. 187) basearam-se no vídeo de monitoramento (194).

Entretanto, embora pelo vídeo de monitoramento seja possível identificar que o réu pegou dois montantes em dinheiro no balcão da instituição financeira, ali colocados pelo caixa, quando foi efetuar o saque de R$ 2.600,00, não houve perícia e não é possível confirmar qual exatamente os valores constantes em cada momento, havendo apenas indícios de tal acusação.

Além disso, a versão do acusado de que do dinheiro sacado lhe foi repassado primeiro um mil reais e depois o restante de um mil e seiscentos não é contraditória às imagens do vídeo que se visualiza à p. 194, entre o período de 6:41 e 7:20.

Note-se que em nenhum momento foi esclarecido quais as notas integravam o valor que sumiu do caixa, bem como o vídeo apresentado possui apenas 13 minutos, não tendo havido perícia nos demais momentos de atendimento daquele caixa para confirmar que a diferença não ocorreu com outro cliente. O que resta na hipótese, ao meu sentir, são dúvidas, que não foram sanadas na instrução processual.

Destarte, *"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"* (Aury Lopes Júnior. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013).

Caberia ao órgão ministerial desincumbir-se do ônus da prova da acusação mediante comprovação dos elementos indiciários apresentados e, assim não o fazendo, carece de sustentação o pedido condenatório, pois a prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, ante a máxima do *in dubio pro reo*, princípio constitucional estampado no art. 5º, LVII, da Constituição Brasileira.

No caso concreto, apenas a perícia nas imagens do vídeo poderia esclarecer a ocorrência dos fatos imputados ao réu, o que não foi pleiteado pelo Ministério Público.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de dar provimento ao recurso de Sidney Pereira de Souza, a fim de absolvê-lo da imputação pelo crime do art. 155, do CP, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor)

Sidney Pereira de Souza, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 01 ano e 02 meses de reclusão e 12 dias-multa, no regime semiaberto, por infração ao art. 155, *caput*, do Código Penal (fls. 211-220).

Em seu recurso, pugnou pela absolvição, diante da insuficiência de provas ou a desclassificação da conduta para o art. 169 do Código Penal (apropriação de coisa havida por erro).

Alternativamente, pede o afastamento da agravante da reincidência, abrandamento do regime prisional para o aberto e substituição da pena por restritivas.

O rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence está provendo o recurso para absolver o apelante do furto (art. 386, VII, do CPP).

Divirjo do Relator para desclassificar a conduta do apelante para o art. 169 do Código Penal.

Há provas de autoria e da materialidade do fato delituoso, no sentido de que, no dia 29/06/11 (boletim de ocorrência – fl. 07), por volta das 11:30 horas, o apelante Sidney se dirigiu à agência do Banco do Brasil, localizada na Avenida Bandeirantes, nesta Capital e requereu o saque no valor de R$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais) ao funcionário Alan César Gonçalves.

O funcionário Alan pegou o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) que havia na gaveta de seu caixa, separou o valor solicitado pelo apelante (R$ 2.600,00), mas em um momento de distração, ao ser interpelado por um colega bancário, acabou entregando-lhe tanto a quantia que sobraria e deveria ser guardada novamente na gaveta, ou seja, R$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais), quanto o valor solicitado, entregando-lhe na verdade, a quantia total que estava em seu caixa (R$ 8.000,00).

De acordo com o vídeo da filmagem do circuito interno de TV da agência bancária (fl. 194), vê-se claramente que o funcionário Alan passou a atender o apelante a partir do minuto 5:27 até o minuto 8:18. Quando Alan inseriu o dinheiro para ser contado na máquina, aos 6:20 minutos, um funcionário do banco, vestindo uma camisa branca, o interpela a fim de avisar sobre o farol de seu veículo que estava aceso.

Em seguida, Alan repassou uma quantia em dinheiro para o apelante, ao que tudo indica, os R$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais - fls. 15-16), o qual, vê-se pela filmagem, o recebe e efetua a sua contagem e, ainda fica aguardando mais dinheiro, momento em que Alan lhe entrega o valor que seria correto, ou seja, os 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais) e, novamente, o apelante o recebe e fica parado no caixa contando as notas.

No mesmo dia, o funcionário Alan constatou que estava faltando dinheiro em seu caixa e ao assistir o circuito interno de TV, percebe que foi para o apelante Sidney que repassou dinheiro a mais, procurando-o à noite em sua residência, juntamente com outro funcionário, a fim de esclarecer a situação e explicar sobre o erro cometido.

O apelante, contudo, negou ter se apoderado dos R$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais) e afirmou que recebeu somente o valor solicitado, entregando-o a seu irmão Zeudinei para que adquirisse uma carretinha. Apesar de ter concordado em se dirigir à agência bancária, no dia seguinte, para assistir as imagens, o apelante não compareceu.

Alan ainda telefonou para o apelante, insistindo para que fosse à agência, mas o apelante *"questionava se estava sendo acusado e que gravação em banco não poderia ser utilizada como prova de crime e passou a não mais atender as ligações"* (fl. 16).

A boa-fé de Alan está demonstrada, pois procurou o apelante pessoalmente na mesma data, informando-o sobre o erro cometido e solicitando que fosse à agência bancária para assistir as imagens, bem como tentou contato por telefone por diversas vezes, mas tudo foi em vão.

A versão uníssona e coerente da vítima foi corroborada pelas declarações das testemunhas ouvidas em juízo Benedito Nunes, e Wandoilson de Oliveira (fls. 156 e 187 - audiovisual).

Já a má-fé do apelante também está evidente, pois apesar de ter negado que se apoderou da quantia de R$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais), afirmando na fase policial, que mostrou o recibo para os funcionários do banco e somente não mostrou o dinheiro, pois já havia entregado-o para seu irmão Zeudinei Pereira de Souza a fim de que comprasse uma carretinha, este, contradizendo-o, negou que tivesse recebido qualquer dinheiro dele, afirmando que foi Sidney mesmo quem pagou integralmente e em dinheiro o valor de R$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais) para o vendedor do bem (fls. 34-35 e 114-115).

Ademais, o apelante nunca compareceu à agência bancária para assistir a filmagem e esclarecer a situação, se contradizendo novamente em juízo ao declarar que *"mostrou o dinheiro e o recibo do valor sacado aos funcionários do banco"* e que *"não chegou a conferir o dinheiro"*, situação evidente pela filmagem do circuito interno (fl. 188 – audiovisual), gerando prejuízo moral para o funcionário Alan que respondeu processo administrativo e financeiro para o Banco do Brasil.

De toda forma, entendo que a conduta do apelante não consistiu em *"subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel"*, mas sim em *"apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro"*, prevista no art. 169 do Código Penal, pois está evidenciado por todo o conjunto probatório que o funcionário do banco, por erro, lhe entregou o dinheiro a mais, colocando-o em cima do balcão, momento em que ele se apoderou dele.

A respeito, o doutrinador Cleber Masson[1]:

> *O núcleo do tipo é 'apropriar-se', ou seja, entrar na posse de algo, comportando-se em relação à coisa como se fosse seu dono. Esta apropriação resulta do fato de a coisa ter entrado na posse do agente por erro alheio, ou então por acaso fortuito ou força da natureza. Erro é a falsa percepção da realidade, capaz de fazer alguém – que pode ser a vítima do crime patrimonial ou um terceiro em seu nome – entregar ao agente um bem pertencente a outrem. Este erro pode dizer respeito: a) à pessoa a quem o bem deve ser entregue; b) à coisa objeto da entrega; c) à existência da obrigação ou de parte dela; d) à qualidade ou quantidade da coisa.*

Desta forma, reformo a sentença para desclassificar a conduta do apelante Sidney Pereira de Souza para o crime previsto no art. 169 do Código Penal.

Saliento que mantenho a agravante da reincidência, visto que não se trata de homônimo, mas sim do próprio apelante Sidney Pereira de Souza, filho de Vicente Fernandes de Souza e Zeldith Pereira de Souza, nascido em 01/11/69, conforme consta em sua qualificação de fls. 34-36, que restou condenado definitivamente, na data de 05/08/09, por infração ao art. 129, § 1º, I e II, do Código Penal (fl. 127), cuja pena somente foi extinta no dia 05/05/14 (consulta ao SAJ).

Passo à aplicação da pena.

Considerando que o réu não possui circunstâncias negativas, tanto que a pena-base já havia sido fixada no mínimo legal (fl. 217), fixo-a novamente no mínimo, ou seja, 01 mês de detenção e 10 dias-multa.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, aumento a pena em 1/6 (patamar da sentença), totalizando 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção e 11 (onze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, a qual torno definitiva ante a ausência de outras circunstâncias a sopesar.

Em atendimento ao art. 33, § 3º, do Código Penal, fixo o regime prisional aberto, sem possibilidade de substituição, porque não seria recomendável, diante de sua reincidência (art. 44, § 3º, CP).

1 MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 685.

Diante do exposto, divirjo do relator quanto à absolvição do apelante.

Conclusão

Desta forma, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso, somente para desclassificar a conduta do apelante para o art. 169 do Código Penal e fixar o regime prisional aberto.

Torno a pena de Sidney definitiva em 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção e 11 dias-multa, no regime aberto.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Vogal)

Acompanho o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido, em parte, o relator. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 09 de outubro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0003783-82.2013.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO SIMPLES – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – AFASTADO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – HABITUALIDADE CRIMINOSA – RÉU REINCIDENTE – PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA–BASE – ANTECEDENTES CRIMINAIS CONFIGURADOS – PENA APLICADA MANTIDA – PEDIDO DE AFASTAMENTO DAS AGRAVANTES RECONHECIDAS NA SENTENÇA – DA AGRAVANTE GENÉRICA DE TER COMETIDO O CRIME CONTRA MAIOR DE 60 (SESSENTA) ANOS – TESE AFASTADA – DOCUMENTO HÁBIL A COMPROVAR A IDADE DA VÍTIMA – REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – IMPOSSIBILIDADE – MAUS ANTECEDENTES – REGIME APLICADO NECESSÁRIO À REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME PRATICADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Verifica-se que o conjunto probatório contido nos autos do processo é suficiente para ensejar um juízo condenatório, haja vista que são capazes de evidenciar a materialidade e autoria da conduta criminosa. No caso em exame, existem provas suficientes sobre a autoria do fato delituoso aptas a ensejar a imposição do decreto condenatório.

A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica depende de que esta seja de tal modo irrelevante que não seja razoável a imposição da sanção. Esse princípio não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas impedir que desvios isolados de condutas, sejam sancionados pelo direito penal, aplicando-se o princípio da razoabilidade no caso concreto, como medida mais adequada, o que, no entanto, não se coaduna com a hipótese dos autos, por se tratar de réu reincidente, caracterizando a habitualidade criminosa.

A valoração negativa dos antecedentes criminais depende da existência de condenações amparadas por sentenças transitadas em julgado, do que se pode 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. Pela simples análise da certidão de antecedentes criminais, é possível notar a existência de mais de uma condenação criminal transitada em julgado em desfavor do apelante, pelo que a valoração negativa fica mantida.

Ter o agente cometido o crime contra maior de 60 (sessenta) anos é agravante genérica estabelecida pelo Código Penal em seu art. 61, II, "h". Existindo documento hábil a comprovar a idade da vítima, o reconhecimento dessa agravante é medida que se impõe.

A fixação do regime prisional inicial deve estar em harmonia ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP. A situação concreta exige a manutenção do regime aplicado, coadunando-se com a finalidade de prevenção e repressão ao cometimento de ilícitos penais, para que seja atingida a finalidade da pena, sobretudo diante da concreta reiteração criminosa do apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover em parte, unânime.

Campo Grande, 27 de novembro de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Vítor Queiroz Mariano contra a sentença de fls. 198-205 que o condenou à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto e 120 (cento e vinte) dias-multa, por infração ao art. 155, caput, do Código Penal.

O apelante pelo recurso interposto às fls. 216-230 requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 386, III e V, do Código de Processo Penal.

Alternativamente, requer a redução da pena-base, o afastamento da agravante prevista no art. 61, II, "h", do Código penal e a alteração do regime prisional para o aberto.

O Ministério Público Estadual em contrarrazões de fls. 234-259 requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de fls. 267-285, manifestou-se, opinando pelo parcial provimento do recurso apenas para afastar a agravante da reincidência.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Vítor Queiroz Mariano contra a sentença de fls. 198-205 que o condenou à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto e 120 (cento e vinte) dias-multa, por infração ao art. 155, *caput*, do Código Penal.

Narra a denúncia, o seguinte:

> *(...) no dia 15 de agosto de 2013, por volta das 15:10 horas, na Rua Autogamis Rodrigues da Silva, centro, próximo à farmácia Reyfarma, o denunciado, ciente da ilicitude dos fatos e da reprovabilidade de sua conduta, subtraiu coisa alheia móvel pertencente à vítima Geraldo de Souza Cruz.*
>
> *É dos autos que o denunciado guiava uma motocicleta pelo local dos fatos quando abordou o ofendido e pediu emprestado o celular do mesmo. Após esse senhor de 77 (setenta e sete) ano de idade lhe emprestar o aparelho telefônico, o autor subtraiu o objeto e empregou fuga.*
>
> *Logo em seguida à atuação criminosa o denunciado foi preso em flagrante pelos policiais militares ainda na posse do objeto furtado, bem como confessou toda a ocorrência do crime.*

O apelante pelo recurso interposto requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 386, III e V, do Código de Processo Penal.

Alternativamente, requer a redução da pena-base, o afastamento da agravante prevista no art. 61, II, "h", do Código penal e a alteração do regime prisional para o aberto.

Do pedido de absolvição.

O apelante, através do recurso interposto, requer a reforma da sentença, pugnando pela absolvição, com fundamento no art. 386, III e V, do Código de Processo Penal.

Verifica-se que o suporte probatório é suficiente para ensejar um juízo condenatório, haja vista que são capazes de evidenciar a materialidade e autoria do delito em questão.

O julgador forma a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório produzido no processo, com a devida fundamentação. Assim o fez o magistrado sentenciante:

> *Entretanto, Geraldo de Souza Cruz, diante da autoridade policial revelou que no dia e hora já mencionados estava parado com sua bicicleta próximo ao estabelecimento Farmácia Reyfarma, quando um indivíduo guiando uma motocicleta aproximou-se pediu emprestado o celular da vítima, com a finalidade de realizar uma ligação à "cobrar" para exigir de seu patrão determinado pagamento. O ofendido, munido por boa fé, entregou-lhe o aparelho, instante em que o denunciado colocou-o por dentro do capacete evadiui-se do local. Geraldo, que na data dos fatos apresentavase aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, alega ter ficado sem reação e posteriormente ao ato ter se dirigido a sua residência.*
>
> *Em Juízo, realizou-se a oitiva de José Eduardo, testemunha que estava próximo ao local no dia em questão. Revela que o réu o aproximou-se de si instantes antes da vítima, e pediu para usar seu celular, mas que na hora estava sem o mesmo (em fase inquisitiva, diz que seu celular estava sem bateria e que disconfiava da postura do denunciado, discordância que não prejudica materialmente, por esse motivo dou seguimento sem mais detalhes); então Vitor, seguiu adiante aproximadamente um quarteirão e abordou Geraldo, vendo o fato acontecer, José Eduardo informou a guarnição do ocorrido e das características do autor, que na continuidade foi flagrado na posse da res furtiva.*
>
> *Ademais, o policial militar José Bernardo elucidou que estava a serviço no dia relatado e receberam informações sobre os fatos originadas da testemunha José Eduardo a respeito do que estaria acontecendo dessa forma, após serem noticiados das prováveis características do acusado, deram início às diligências a fim de localizar o possível autor; que foi alcançado nas imediações da Rua Rui Barbosa. Na abordagem notaram em gozo do autor um aparelho celular Motorola de cor branca com detalhes rosa, em analise ao aparelho, fizeram uma chamada ao contato de referencia filha Patrícia, que foi atendido por uma mulher, a qual esclareceu que o telefone pertencia ao seu genitor já idoso. O policial aludiu que ambas as testemunhas compareceram na delegacia e reconheceram Vitor como ator das condutas descritas.*

A prova colhida está a demonstrar ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação. Ao contrário do que alega o apelante, as provas formam um juízo de certeza acerca da ocorrência do delito e no que se refere a sua atuação.

A versão do apelante não se mostra convincente no contexto dos elementos contidos nos autos.

A propósito, está o depoimento dos policiais cumpridores do ato de prisão e reconhecimento do réu pela vítima e testemunha José Eduardo da Silva (fl. 120).

Outrossim, o apelante tem o direito de se defender de maneira ampla das provas coletadas, podendo tentar influir para a produção de provas em seu benefício, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, assim não procedeu, estando a sua negativa quanto à autoria do delito isolada e em desarmonia com os outros elementos de provas produzidos no processo.

Nesse sentido, a Doutrina clássica:

> *Cabe provar a quem tem interesse de afirmar. A quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção, cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas.* (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: ed. Saraiva, 2005. P. 273).

É também o entendimento de Nucci:

> *Subjetivamente, o ônus da prova liga-se ao encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade do que alegam, buscando convencer o julgador. Cabe a elas procurar e introduzir no processo as provas encontradas. Como ensina Gustavo Badaró, "O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando à produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos" (ônus da prova no processo penal, p. 178-182). (*NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2009. P. 156.).

No mesmo sentido, a propósito, a jurisprudência pátria:

> *ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA. (...)3. Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima assume preponderante importância, como na hipótese vertente, que se mostrou coerente, expondo os fatos com riqueza de detalhes.Precedentes. 4.Habeas Corpus não conhecido.* (HC 246485/SC, Rel.Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJE 24/04/2013).

Dessa forma, diante do contexto fático-probatório, não há dúvida de que a autoria no fato delituoso recai sobre o apelante, o qual é responsável pela conduta típica descrita na peça acusatória.

Por isso, em vista dos elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, são de forma a evidenciar a materialidade e a autoria do fato delituoso.

Desse modo, o conjunto probatório produzido judicialmente, se mostra idôneo à condenação imposta pela sentença, com a consequente aplicação da sanção penal correspondente ao crime cometido, que deve ser mantida.

Quanto ao pedido de absolvição pela aplicação do princípio da insignificância, tal princípio tem sido reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente no crime de furto, como causa de exclusão da tipicidade. No entanto, para o seu reconhecimento exige-se a presença de requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

São requisitos objetivos, a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica.

Em relação aos requisitos subjetivos são a importância do objeto material para a vítima, levando-se em conta sua situação econômica, o valor sentimental do bem e também as circunstâncias e resultados do crime.

Frise-se, no entanto, que não basta para o reconhecimento do princípio da insignificância unicamente o ínfimo valor da coisa subtraída.

O princípio da insignificância relaciona-se com o fato típico, com a análise do desvalor da conduta e do resultado.

O entendimento que vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, com a admissibilidade desse princípio da insignificância, não foi estruturado, no entanto, para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas impedir que desvios isolados de condutas, com resultados ínfimos, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se a adequação no caso concreto.

Pelo que se denota dos autos, o comportamento do embargante tem sido contrário à lei penal, de forma constante e reprovável, pelo que não há como ser entendido como insignificância, devendo ser submetido às regras estabelecidas pelo Direito Penal.

Admitir-se no caso esse princípio será um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente tendo em conta que, pelo que se extrai dos autos, o embargante tem feito da criminalidade um meio de vida, conforme se verifica da certidão de fls. 179-197. Trata-se de réu reincidente e com habitualidade criminosa.

Confira-se elucidativo julgado do Excelso Pretório:

> *A Turma, por maioria, denegou a ordem de habeas corpus a paciente condenado por tentativa de furto de um cartucho de tinta para impressora avaliado em R$25,70. Segundo o Min.Relator, não obstante o ínfimo valor do bem que se tentou subtrair, o alto grau de reprovação da conduta não permite a aplicação do princípio da insignificância, pois perpetrada dentro da penitenciária em que o agente cumpria pena por crime anterior, o que demonstra seu total desrespeito à atuação estatal. [1] AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. SUBTRAÇÃO DE 13 METROS DE CANO PVC, AVALIADOS EM R$ 125,71. PEQUENO VALOR. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DECISÃO RECORRIDA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. 2. Conforme decidido pela Suprema Corte, "[o] princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimas, isoladas, sejam sancionados pelo direito penal,fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal" (STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min.Cármem Lúcia, DJe de 21/05/2010). 3. Na hipótese dos autos, a despeito do reduzido valor da res furtiva - no caso, - 13 metros de cano PVC, avaliados em R$ 125,71 -, não ocorre o desinteresse estatal à repressão do delito praticado, porquanto, muito embora não expresse intensa agressão ao patrimônio da vítima, não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante.4. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental desprovido.[2]*

Logo, deve ser afastada essa pretensão recursal, com a manutenção da condenação do embargante.

Do pedido de redução da pena-base.

Para o exame do pleito recursal em comento, hei por bem colacionar o trecho da sentença, onde foi aventada a fundamentação no tocante à valoração das circunstâncias judiciais no âmbito da etapa

1 HC 163.435/DF, HC 96.003/MS, Rel.Min.Ricardo Lewandowski, noticiados no Informativo 449 do STF.

2 AgRg no REsp 1364991 / MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 01/07/2013

inicial da dosimetria:

> *Em vista às diretrizes estabelecidas no Art. 59 do Código Penal Brasileiro, passo à fixação da pena:*
>
> *Não militam em desfavor do acusado a culpabilidade, a conduta social, os motivos, a personalidade do agente, as consequências e circunstancias do delito, assim como o comportamento da vítima. Contudo, o acusado possui antecedentes que não lhe favorecem, inclusive decisão transitada em julgado (fls. 179-181). Fixo a pena BASE em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e 43 (quarenta e três) dias-multa.*

A partir dos fundamentos acima transcritos, o magistrado prolator da sentença exasperou a pena-base em 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa acima do mínimo legal.

Com efeito, pode-se verificar que a elevação da pena foi fundamentada na valoração negativa da circunstância judicial referente aos antecedentes criminais.

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, cuja situação não configure reincidência, pelo não preenchimento dos requisitos do art. 64, I, do Código Penal. Não se admite, pois, como "maus antecedentes", a consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso (S. 444, STJ).

Assim, considerando que a valoração negativa dos antecedentes depende da existência de condenações amparadas por sentenças transitadas em julgado, pode-se concluir que a análise do magistrado, nesse ponto, pautar-se-á por um critério absolutamente objetivo, isto é, por simples análise à certidão de registros criminais do acusado.

No caso dos autos, pela simples análise da certidão de antecedentes criminais da apelante (fls.179-181), é possível notar a existência de mais de uma condenação criminal transitada em julgado em desfavor do apelante.

Diante desse contexto, é plenamente aceitável que seja, simultaneamente, considerada prejudicial a circunstância judicial dos antecedentes e, ainda, reconhecida a incidência da agravante da reincidência, esta na segunda fase da dosimetria, se for o caso, sem que tal expediente configure *bis in idem*. Esse entendimento, a propósito, encontra pleno amparo jurisprudencial, senão vejamos:

> *HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALEGADO BIS IN IDEM NA ANÁLISE DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADE NA VALORAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA COMPENSAR A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA.*
>
> *1. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em habeas corpus, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória. 2. Com relação à conduta social, entendida como comportamento do agente perante a sociedade, deve-se reconhecer que o Juízo sentenciante exarou fundamentação inidônea, pois, após observar que o Paciente possui péssimos antecedentes criminais, limitou-se a apontar para uma suposta "inclinação à deliquência".*
>
> *3. "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).

Nessa perspectiva, pode-se concluir que a atuação do magistrado singular, nesse ponto, foi absolutamente adequada, devendo, pois, ser mantida a prejudicalidade atribuída à circunstância judicial dos antecedentes.

Acrescente-se ainda, que não há um critério objetivo para a exasperação da pena-base, até porque essa dosagem está relacionada a fatos concretos relacionados à conduta criminosa e à pessoa do acusado.

Prevalece que o julgador tem certa margem de discricionariedade para realizar a dosimetria da pena, desde que seja respeitado um critério proporcional e lógico, adequado ao princípio da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

Convém ponderar que, no tocante à fixação da pena-base, não houve qualquer desproporcionalidade capaz de ensejar a redução da sanção penal estabelecida no âmbito da primeira etapa da dosimetria penal, eis que a elevação da pena acima do mínimo legal, considerando a pena definitiva fixada é adequada e suficiente, considerando as circunstâncias do caso concreto.

Desse modo, deve ser mantida a pena-base fixada, eis que atingirá a finalidade da pena, qual seja a reprovação e prevenção na prática de crimes.

Do pedido de afastamento da agravante prevista no art. 61, II, "h", do Código Penal.

Ter o agente cometido o crime contra maior de 60 (sessenta) anos é agravante genérica estabelecida pelo Código Penal em seu art. 61, II, "h", do Código Penal.

Existindo documento hábil a comprovar a idade da vítima, o reconhecimento dessa agravante é medida que se impõe.

De acordo com o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, a prova da idade somente pode ser feita pela certidão de nascimento.

A jurisprudência, entretanto, tem admitido outros meios probatórios, tais como CNH, RG.

Consta do processo os documentos fls. 04-13 e fls. 17-18, referente aos autos de investigação, produzidos pela Polícia Civil, que traz informação que a data de nascimento da vítima seria 01/09/1937.

Por esse documento, consta que a vítima, na data dos fatos, teria 75 (setenta e cinco) anos de idade.

Por isso, tenho que, diante das constatações acima, os documentos acima mencionados podem ser considerados documento hábil a comprovar a idade da vítima.

Em sendo assim, deve ser aplicada, na dosimetria da pena, agravante genérica em comento.

No que se refere ao patamar utilizado para a elevação da pena, em verdade, o Código Penal não estabelece limites a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, sendo que ao julgador é devido fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Não se olvide, porém, que há doutrinadores que defendem que o aumento por cada agravante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado, como defendido pelo apelante.

Entretanto o Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de que o *quantum* de elevação pela circunstância agravante deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

> *AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. DIVERSAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1.* ***O quantum de acréscimo pela circunstância agravante deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.*** *2. Não há qualquer reparo a ser feito na decisão que elevou em 1/3 (um terço) a pena-base do paciente em razão do reconhecimento da agravante da reincidência, quando verificado que foi condenado por pelo menos seis vezes nos últimos anos. 3. Ordem denegada.* (HC 161.614/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 01/02/2011). (Destaquei).

Por isso, fica mantido o patamar aplicado pela sentença.

Do pedido de afastamento da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal.

Como se sabe, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (CP, art. 63). Portanto, existindo condenação, por crime anterior, sustentada em sentença irrecorrível, e respeitada a disposição do art. 64, inc. I do Código Penal, é lícita a incidência da agravante genérica da reincidência, de modo a elevar a sanção penal na segunda etapa da dosimetria penal.

Nesse diapasão, a análise da incidência dessa agravante genérica é pautada, portanto, em critério puramente objetivo, à medida em que ao magistrado, nesse ponto, bastará analisar a certidão de registros criminais do acusado, no sentido de verificar se há alguma condenação irrecorrível, que se enquadre na hipótese do art. 64, I do Código Penal.

No presente caso, à luz da respectiva certidão de antecedentes criminais do apelante (fls.179-181), pode-se verificar que há contra ele três condenações amparadas por sentenças transitadas em julgado, não aptas para gerar reincidência, eis que o fato em exame foi praticado em 15 de agosto de 2013 e ainda não havia transitado em julgado as condenações.

Ora, quando da prática desse novo crime, não existia condenação anterior transitada em julgado, pelo que o pedido de afastamento da agravante da reincidência deve ser acolhido.

Do redimensionamento da pena aplicada ao apelante:

Na 1ª fase, na forma da sentença, fica a pena-base estabelecida em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 43 (quarenta e três) dias-multa.

Na 2ª fase, na forma da sentença, fica mantida a agravante de ter o agente cometido o crime contra maior de 60 (sessenta) anos de idade, na forma do art. 61, II, "h", do Código Penal. Afastada a agravante da reincidência, pelos motivos acima expostos, proporcionalmente, pela presença de somente uma agravante, fica a pena intermediária em 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.

Por fim, na 3ª fase, diante da inexistência de causas de diminuição/aumento, fica a pena definitiva estabelecida nesse mesmo patamar, ou seja, em 01 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.

No que se refere a redução da pena de multa, em atenção ao princípio da simetria, diante da redução da pena-base, a consequente redução da pena de multa é consectário lógico.

Do pedido de alteração do regime prisional.

O apelante, pelo recurso interposto, requer a reforma da sentença, pugnando pela alteração do regime prisional.

Passo ao exame dessa pretensão, de forma a verificar, à luz das hipóteses legais, se o apelante tem o direito de cumprir a sanção penal fixada em regime diverso daquele imposto pelo magistrado da origem.

Como se sabe, 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 Código Penal.

À vista da quantidade de sanção penal imposta – 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, o regime inicial de cumprimento de pena, a princípio, poderia ser o aberto, a teor da inteligência legislativa inserida no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

No entanto, diante da presença de circunstância judicial referente aos antecedentes criminais, com três condenações transitadas em julgado, fica mantido o regime semiaberto aplicado na sentença, como forma de reprovar o crime praticado e prevenir o cometimento de crimes.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado pelo apelante, cabe esclarecer que as matérias abordadas não merecem qualquer apontamento específico ou pormenorizado, haja vista que foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esse ponto.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou parcial provimento ao recurso somente para afastar a agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, estabelecendo a pena definitiva do apelante em 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão, mantido o regime semiaberto e 17 (dezessete) dias-multa, por infração ao art. 155, *caput*, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram em parte, unânime.

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. José Ale Ahmad Netto e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 27 de novembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0003192-82.2016.8.12.0029 - Naviraí
Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO DOLOSO – OMISSÃO DE SOCORRO – FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE – PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO E ABSOLVIÇÃO – CRIME DE TRÂNSITO – JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI – QUESTÃO A SER APRECIADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA – RECURSO DESPROVIDO.

Em casos de morte no trânsito, tem sido recorrente a aplicação do dolo eventual, para incriminar na forma dolosa o agente causador da morte. Trata-se de uma aceitação do possível resultado de uma conduta.

Os elementos coligidos na fase de instrução criminal e na fase investigativa, evidenciam que o recorrente possa ter assumido o risco de ensejar o resultado, com um agir caracterizado pelo dolo eventual, o que faz com que, necessariamente, a aferição dos fatos deva ser perante o Tribunal do Júri.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, não prover por maioria, nos termos do voto do 1º vogal, vencido, em parte, o relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 25 de setembro de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Robison Ramos da Silva interpõe recurso em sentido estrito contra decisão proferida pelo juiz de direito da vara criminal da Comarca de Naviraí que o pronunciou pelos crimes previstos no art. 121, *caput* c/c art. 18, I, 'segunda parte', ambos do Código Penal e artigos 304, 305 e 306, § 1º, I, todos do Código de Trânsito Brasileiro.

Pugna pela desclassificação da conduta para o crime tipificado no art. 302 do CTB (homicídio culposo) e ainda absolvição dos delitos de omissão de socorro e fuga do local do acidente.

Contrarrazões (p. 215-225).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (p. 235-247).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Robison Ramos da Silva contra decisão proferida pelo juiz de direito da vara criminal da Comarca de Naviraí que o pronunciou pelos crimes previstos no art. 121, *caput* c/c art. 18, I, 'segunda parte', ambos do Código Penal e artigos 304,305 e 306, § 1º, I, todos do Código de Trânsito Brasileiro.

Pugna pela desclassificação da conduta para o crime tipificado no art. 302 do CTB (homicídio culposo) e ainda absolvição dos delitos previstos nos artigos 304 e 305 do CTB (omissão de socorro e fuga do local do acidente).

Contrarrazões (p. 215-225).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (p. 235-247).

O recurso deve ser parcialmente provido.

Narra a denúncia que:

> *1º FATO (embriaguez ao volante): Segundo consta dos inclusos autos de Inquérito Policial, no dia 20 de junho de 2016, por volta das 19h15min, em várias vias públicas desta cidade e comarca e na Av. Batayporã, centro, próximo ao Laticínio, o denunciado Robison Ramos da Silva, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, conduziu veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool (cf. Teste de alcoolemia de fls. 31-32).*
>
> *2º FATO (homicídio com dolo eventual): Insta-se que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado Robison Ramos da Silva, agindo com dolo eventual, assumindo o risco de produzir o resultado, matou a vítima Valdomiro Dias.*
>
> *3º FATO (omissão de socorro): Depreende-se ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado Robison Ramos da Silva, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixou de solicitar auxílio da autoridade pública.*
>
> *4º FATO (evasão do local do acidente): Denota-se, ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado Robison Ramos da Silva, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, afastou-se do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe pudesse ser atribuída.*

Com efeito, a fundamentação da decisão exarada pelo juízo *a quo* foi nos seguintes termos:

> *Da análise do contexto probatório colhido ao longo do sumário da culpa, tenho que as imputações feitas devem ser apreciadas pelo Egrégio Tribunal do Júri desta Comarca, órgão jurisdicional competente para tanto.*
>
> *Com efeito, há indícios de que os fatos tenham ocorrido tal como descritos na peça acusatória, descabendo, no atual estágio, a desclassificação pretendida pela Defesa à figura típica descrita no art. 302 do CTB.*
>
> *Destarte, há evidências de que o réu estaria embriagado e em alta velocidade, ao trafegar por via pública de grande movimento, em região central desta urbe. Nesse sentido é o depoimento das testemunhas ouvidas e, o interrogatório do próprio réu, e o teste de alcoolemia juntado aos autos.*

O dolo eventual, como sabido, diferencia-se do dolo direto no sentido de que aquele pressupõe a consciência de que, ao agir, poderá o autor dar causa ao resultado delitivo, ainda que não o pretenda deliberadamente. Assume-se, no dolo eventual, o risco de produzir o evento danoso e, conscientemente, nada faz o agente para impedir que tal risco se concretize ou não.

Nessa esteira, em cognição sumária e hipoteticamente, pode o réu ter assumido o risco de produzir o resultado morte, ao, embriagado, trafegar em alta velocidade em região urbana de alta densidade demográfica, em horário de grande movimentação de transeuntes e veículos (por volta das 19h – cf. BO de fls. 26-28).

Sendo assim, diante da não comprovação – patente e indubitável – de que o réu tenha cometido o fato imbuído de culpa, impõe-se a submissão do caso ao Tribunal do Júri, órgão competente para apreciar o mérito do caso.

Pela exata mesma razão jurídica, impõe-se submeter também à apreciação do E. Tribunal Popular a ocorrência ou não dos crimes conexos, a saber, as figuras típicas descritas nos arts. 304, 305 e 306, § 1º, todos do CTB.

De antemão, há também indícios suficientes de autoria quanto a tais delitos que permitem, prima facie, tal conclusão, a saber:

Quanto ao delito descrito no art. 304 do CTB (omissão de socorro), reporto-me ao depoimento da testemunha Reginaldo Brito e ao interrogatório do próprio réu, dois elementos probatórios que atestam que o acusado, ciente de que havia colidido contra "algo", não se preocupou em parar para analisar o que ocorrera e prestar eventuais auxílios nos primeiros-socorros à vítima.

A escusa do réu de que tinha "CNH e documentos do carro vencidos", não configura, em juízo de cognição sumária, a justa causa a que alude a lei para isentá-lo de responsabilização. Ora, é evidente que, ao sopesar os bens jurídicos em questão – eventual autuação administrativa do réu pela documentação vencida e a necessidade de se prestar socorro imediato à vítima de atropelamento – que a segunda circunstância merece, por óbvio, prioridade em relação à primeira.

De mais a mais, quanto ao crime descrito no art. 305 do CTB (fuga do local do crime), pelas mesmas razões acima, apontam-se os indícios suficientes de autoria.

Por fim, quanto ao delito descrito no art. 306 do CTB, o teste de alcoolemia juntado aos autos revela a suficiência de indícios para que seja tal infração, no seu mérito, também deliberada pelo Conselho de Sentença.

Ante o exposto, com fundamento no art. 413 do Código de Processo Penal, pronuncio o réu Robison Ramos da Silva.

Inicialmente, recobro que vivemos na atualidade em uma "sociedade de riscos", cujo modelo tem por base estruturante o risco em suas novas e complexas dimensões, com reflexos paradoxais no convívio social, pois ao mesmo tempo em que o desenvolvimento tecnológico se mostra imprescindível para o incremento da produção e sobrevivência humana, ele se apresenta ameaçador ao sistema que o sustenta.

Para tentar diminuir tais riscos, sem frear o desenvolvimento, são aprimorados instrumentos de regulamentação e controle, considerados para tanto a própria tecnologia e as normas de conduta social.

Da terra ao espaço, do mar ao ar, da poluição à reprodução, do orgânico ao transgênico, tudo tem recebido merecida atenção para a manutenção da convivência social.

Para não fugir ao tema atrelado ao processo em exame, basta constatar que, enquanto a indústria automobilística é incentivada pelos organismos públicos e privados, a produzir veículos cada vez mais potentes e velozes, são criados, paralelamente, instrumentos tecnológicos e legislativos para conter os modos e meios de utilização dos bens e mecanismos estimulados.

As centenas de radares, lombadas eletrônicas e físicas, semáforos, sinaleiros, entre outras coisas, constituem quase sempre, juntamente com as legislações de trânsito, simples barreiras simbólicas dentro da sociedade de risco, cada vez mais exposta ao perigo. Nessa sociedade, o cidadão é convocado constantemente a decidir pelo cumprimento ou não das regras gerais, mesmo se expondo às penas administrativas, em busca de evitar consequências mais danosas.

Mantendo-se na questão do trânsito, basta lembrar o conselho emanado da própria polícia de que não se deve parar totalmente o veículo, especialmente no período noturno, nos cruzamentos, sinalizados ou não, localizados em pontos ermos das cidades, evitando-se assim a exposição a assaltos e outros crimes.

Com essa breve introdução, chamo a atenção sobre a incoerência de se tentar continuar consagrando o direito penal na forma de um sistema de normas de aplicação uniforme às situações e contextos da vida, através de teorias e métodos supostamente neutros.

Na atual sociedade de risco, o direito penal, além de dever ser estudado e aplicado como um sistema cultural que acrescenta valores a seus institutos dogmáticos, não pode ficar acoplado a bases ontológicas (ação, causalidade, estrutura lógico-reais), mas deve sim voltar-se para as suas finalidades, de proteção de bens jurídicos através da correta utilização da pena, tanto na sua destinação de prevenção geral (operando sobre a sociedade genericamente) como na de prevenção especial (atuando sobre o autor do delito).

A pena retributiva, considerada exclusivamente como castigo, aposta simplesmente em razão do descumprimento de uma norma, em nada contribui para a segurança social ou para a verdadeira expectativa de justiça, criando apenas uma falsa sensação de resposta ao delito através de uma "vingança" proporcionada pelo Estado. Trata-se da banalização do direito penal.

Todas essas observações servem enfim, para afirmar com certa tranquilidade, descaber a pronúncia do recorrente pelo crime de homicídio com base em suposto dolo eventual da sua conduta, levando-se em consideração para tanto, puros critérios de responsabilidade objetiva, tais como: dirigir veículo empreendendo velocidade excessiva, desconsiderando o elemento volitivo, indispensável ao dolo, em qualquer das suas modalidades.

Na sábia lição de Claus Roxin[1], considerado o maior penalista do mundo da atualidade, existe um critério diretriz com capacidade de distinguir o "dolo eventual" da "imprudência consciente" (denominação da culpa consciente no direito europeu). Para o festejado autor, no dolo há sempre a realização de um plano, enquanto na imprudência consciente existe apenas "negligência ou ligeireza". Isto quer dizer que, quando se atua de maneira descuidada ou irreflexiva, está-se diante da "imprudência consciente". Já na hipótese de se arriscar conscientemente, incluindo no cálculo o resultado – p.ex. a eventual morte ou lesão da vítima – isso faz parte integrante de um plano, e nessa medida, o efeito foi "querido", caracterizando o dolo eventual.

Segundo ainda Roxin[2], quando alguém, apesar da advertência de sua acompanhante, dirige de maneira arriscada e provoca um acidente, este acidente não terá sido causado dolosamente, senão apenas por imprudência consciente, ainda que o agente conhecesse as possíveis consequências e tivesse sido advertido sobre elas. Para Roxin, a diferença radica em que o condutor em tal situação, em que pese sua consciência do risco, confia no seu poder de evitar o resultado mediante sua habilidade ao volante, pois do contrário

1 **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I, p.425, tradução ao espanhol: Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Editorial Civitas, 2001.

2 Idem, p.425

desistiria da sua atuação, já que ele mesmo seria a primeira vítima da sua conduta. Essa confiança em um final feliz, que é mais do que uma débil esperança, não permite chegar a uma decisão contra o bem jurídico protegido. Dessa forma, continua Claus Roxin[3], sem dúvida se pode reprovar o sujeito por sua descuidada negligência ou ligeireza e apená-lo por isso, porém como ele não tomou decisão alguma contra os valores jurídicos tipicamente protegidos (como a vida, a integridade física, a propriedade alheia), a reprovação deve ser mais atenuada, merecendo somente a pena da imprudência.

Outro não é o entendimento de Santiago Mir Puig, Catedrático de Direito Penal da Universidade de Barcelona, Espanha, que ao tratar do dolo eventual expressamente afirma[4]: *"Mi opinión es la seguinte; el dolo exige conocimiento de la concreta capacidade de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido"*. (destaques no original).

Ora, quem tem conhecimento sobre a concreta capacidade de seu ato levar a um grave acidente, onde ele próprio pode ser a maior vítima, certamente não continuará com a conduta se não acreditar que possa evitar o resultado.

Esta Corte de Justiça, já apreciou situação semelhante, decidindo que:

> *O homicídio ocorrido no trânsito (forma culposa) previsto no artigo artigo 302, caput, do Código de Trânsito Brasileiro deve prevalecer em relação ao homicídio previsto no artigo 121, do Código Penal (forma dolosa) ainda que comprovada a embriaguez alcoólica, pois segundo precedente do STF 'a embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo'. Logo, 'o homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual'. Recurso provido para desclassificar a conduta imputada ao recorrente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos para uma das Vara Criminais Residuais da Comarca de Campo Grande.* (TJMS, 2ª Câmara Criminal, RESE n. 0040070-71.2008.8.12.0001, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, j. 28.1.2013).

Ainda nesse sentido, tem se decidido a jurisprudência:

> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO QUE AFASTOU A TESE DE DOLO EVENTUAL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO E DESCLASSIFICOU A CONDUTA DO AGENTE PARA HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO - IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS QUE JUSTIFIQUE A PRONÚNCIA A TÍTULO DE HOMICÍDIO DOLOSO - DECISÃO QUE COMPETE AO JUIZ SINGULAR - ABSOLVIÇÃO DO AGENTE DE OFÍCIO - DESCLASSIFICAÇÃO DE DOLO PARA CULPA SEM OBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP - IMPOSSIBILIDADE, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO E RECORRIDO ABSOLVIDO, DE OFÍCIO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PLEITO CONDENATÓRIO. A pronúncia do réu somente deve ocorrer se houver certeza ou dúvida quanto à ocorrência do dolo eventual sustentado pela acusação. Em outras palavras, inexistente qualquer elemento mínimo a apontar para a prática de homicídio, em acidente de trânsito, na modalidade dolo eventual, não é possível a submissão do réu ao julgamento perante o Tribunal do Júri. No direito penal brasileiro a teoria adotada para a aferição de dolo (direto ou eventual) é a da vontade ou consentimento, para a qual não basta a previsibilidade do resultado, mas é necessário o assentimento com ele. Assim, no caso dos autos, o fato de o agente estar conduzindo veículo*

3 Ob.cit, p.426

4 **Derecho Penal, Parte General**, p.208, Buenos Aires: IBdef, 2004.

> *automotor (1) em excesso de velocidade e (2) sem a observância de preferência na via, muito embora possa caracterizar violação às normas de trânsito, não permite, por si só, a conclusão de que ele previu e assentiu na morte da vítima. A desclassificação da imputação de crime de homicídio doloso para homicídio culposo, em regra, implica em hipótese de mutatio libelli, visto que na denúncia por crime dolosos não há descrição de conduta negligente/imprudente, em observância ao art. 18, inciso II, do CP. O art. 384 do CPP impõe o aditamento da denúncia em hipótese de nova definição jurídica do fato com acréscimo de elemento não contido inicialmente na exordial acusatória (mutatio libelli). Não tendo o Ministério Público aditado a denúncia, não é possível a desclassificação de dolo para culpa, porquanto não haveria correspondência exata entre a conduta descrita na denúncia e o tipo penal abstrato - homicídio culposo no trânsito -, o que conduz a impossibilidade jurídica do pedido - condenação -, pois eventual sentença de mérito procedente, sem o aditamento (art. 384 do CPP), violaria o princípio do acusatório, diante da ausência de correlação entre acusação e sentença.* (RSE 98615/2011, Des. Paulo da Cunha, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 12/06/2012, Publicado no DJE 29/06/2012).

Assim sendo, a impronúncia do recorrente pelo crime de homicídio simples é medida que se impõe ante a não ocorrência de dolo eventual, devendo ser desclassificado o delito narrado na denúncia para homicídio culposo previsto no art. 302 do CTB.

Quanto ao pleito de absolvição pelo crime previsto no art. 304 do CTB, tenho que também lhe assiste razão.

Entendo que o referido artigo, que trata da omissão de socorro em acidente de trânsito como delito autônomo, refere-se tão somente aos casos em que o condutor, não envolvido no acidente, se omite. Ou seja, quando o condutor omisso não deu causa ou participou do sinistro de alguma forma.

Nesse sentido é o escólio de Fernando Fukassawa:

> *Se for o motorista quem culposamente causou ferimentos na vítima e não lhe presta socorro imediato, responderá ele apenas pelo crime de homicídio culposo ou lesão corporal culposa com aumento de pena.* (*In* Crimes de Trânsito, 3ª Edição. São Paulo: APMP, 2015, p. 230)

Na hipótese, o acusado foi protagonista dos fatos, causando o acidente na forma culposa e se evadindo do local, deixando de prestar socorro à vítima.

Dessa forma, é possível que haja a incidência da causa de aumento prevista no inciso III, parágrafo único, artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, porém não há falar em aplicação do art. 304, CTB como delito autônomo.

No que tange ao delito previsto no art. 305 (fuga do acidente) tenho que deve ser mantida a pronúncia.

É certo que já me posicionei pela inconstitucionalidade do tipo previsto no art. 305, do CTB, remetendo o julgamento ao Órgão Especial em observância à cláusula de reserva de plenário (TJMS. Apelação n. 0054721-40.2010.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 26/01/2015, p: 26/02/2015).

Porém, após julgamento do incidente pelo Órgão Especial deste Tribunal, a arguição de inconstitucionalidade foi rejeitada, em acórdão assim ementado:

> *EMENTA – INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 305 DA LEI Nº 9.503/97. CRIME DE ABANDONO DO LOCAL DO ACIDENTE PELO CONDUTOR DO VEÍCULO. ALEGADA OFENSA À PRERROGATIVA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DO*

> *TIPO PENAL À LUZ DO ART. 5º, INCISO LXIII, DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. INCIDENTE IMPROCEDENTE. A tipificação da conduta de abandono do local de acidente pelo art. 305 do Código de Trânsito não afronta a prerrogativa contra a autoincriminação prevista no art. 5º, inciso LXIII, da Carta Federal, visto exigir do cidadão comportamento neutro - não obstativo do exercício do direito ao silêncio assegurado pela ordem constitucional -, bem como manifestar, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, política criminal que visa respaldar legitimamente o caráter ultraindividual da segurança viária e do direito de locomoção.* (TJMS. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0200872-74.2012.8.12.0010, Fátima do Sul, Órgão Especial, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 23/11/2016, p: 16/12/2016).

In casu, o recorrente em juízo (p. 125-126) disse que estava embriagado e que ao trafegar pelo local dos fatos, acabou por atingir "algo" e não sabia o que era, mas pelo fato de sua CNH e os documentos estarem vencidos, evadiu-se do local.

Portanto, o dever de o recorrente permanecer no local do acidente, ressalvadas as hipóteses em que isso puder comprometer a sua segurança, não implica a obrigação de se autoincriminar.

Sob tal cenário, deve ser mantida a pronúncia do recorrido quanto ao delito previsto no art. 305, do CTB. No entanto, considerando que o delito principal foi desclassificado para homicídio culposo e será julgado por uma das varas residuais, o crime conexo também será julgado pela mesma vara competente.

Diante do exposto, em parte com o parecer, encaminho o voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto por Robison Ramos da Silva a fim de cassar a decisão que o pronunciou pela prática do crime previsto no art. 121, *caput*, c/c art. 18, I, CP, devendo os autos serem redistribuídos para uma das varas criminais de competência residual, bem como absolvê-lo do delito previsto no art. 304, do CTB.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Robison Ramos da Silva contra a decisão proferida pelo juiz de direito da vara criminal da comarca de Naviraí/MS que o pronunciou como incurso nas penas dos crimes previstos no art. 121, *caput*, c/c art. 18, I, 2ª parte, ambos do Código Penal e art. 304, art. 305, art. 306, § 1º, I, todos do Código de Trânsito Brasileiro.

Pretende o recorrente a desclassificação da conduta para o crime de homicídio culposo, previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro e a sua absolvição quanto a imputação de cometimento dos crimes previstos no art. 304 e art. 305, também do Código de Trânsito Brasileiro (omissão de socorro e fuga do local do acidente).

O relator, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence deu parcial provimento ao recurso para desclassificar a conduta para homicídio culposo e absolvê-lo pela imputação da prática do crime previsto no art. 304, do Código de Trânsito Brasileiro.

Respeitosamente, divirjo em parte do relator, para negar provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida.

O art. 413 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

De fato, os crimes de homicídio no trânsito tem tipo previsto pelo Código de Trânsito Brasileiro em seu art. 302.

O tipo penal acima em comento é crime de modalidade culposa, em que não há a intenção do agente

ou consciência de que tal resultado poderia ocorrer. A conduta culposa prevista pelo tipo é originada de uma situação de negligência, imprudência ou imperícia na direção do veículo.

Assim, em casos de morte no trânsito, tem sido recorrente a aplicação do dolo eventual, para incriminar na forma dolosa o agente causador da morte. Trata-se de uma aceitação do possível resultado de uma conduta.

Feitas as considerações acima, verifica-se dos autos, mais precisamente do testemunho dos policiais Evandro Selan Sanches, Kaique Gomes Machado e Greice Kely Souza Soares (fls. 125-126) que o recorrente estava dirigindo embriagado, em alta velocidade e teria visto que atropelou uma pessoa, mas foi embora do local, chegando na sua residência e indo dormir.

Os elementos coligidos na fase de instrução criminal e na fase investigativa, evidenciam que o recorrente possa ter assumido o risco de ensejar o resultado, com um agir caracterizado pelo dolo eventual, o que faz com que, necessariamente, a aferição dos fatos deva ser perante o Tribunal do Júri.

Por isso, é de rigor que o réu seja pronunciado, de modo a submetê-lo a julgamento perante o Tribunal Popular, quando este, diante de sua soberania, irá deliberar sobre o mérito do fato atribuído ao acusado. Nessa fase, apenas há juízo de admissibilidade da acusação.

Portanto, no presente momento processual, não é possível deliberar sobre o pedido desclassificatório em questão.

Dessarte, a apreciação dessa matéria deverá, assim, ser submetida ao Conselho de Sentença, pois, no caso, há indicativos no sentido de que a conduta do recorrente enquadrou-se, de fato, nos tipos penais para o qual foi qualificado.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso interposto, mantendo inalterada a decisão de pronúncia.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Não proveram por maioria, nos termos do voto do 1º vogal, vencido, em parte, o relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 25 de setembro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0062704-27.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ARTIGO 278, DO CÓDIGO PENAL – VENDA DE CLEMBUTERAL EM FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL REJEITADA – CONDENAÇÃO MANTIDA PENA INALTERADA – RECURSO IMPROVIDO.

A despronúncia anterior do agente em relação ao delito de homicídio não impede a *emendatio libelli*, uma vez que o fato, qual seja, a venda e entrega a consumo humano de substância nociva à saúde (clembuterol) estava descrita na denúncia, havendo ampla garantia ao princípio da ampla defesa.

Comprovada a materialidade e autoria do delito, resta mantida a condenação do agente.

Inalterada a dosimetria da pena e o valor dos dias-multa fixados com base em dados concretos.

A pena de prestação pecuniária deve ser fixada de forma livre pelo julgador, com observância ao caso concreto e à situação econômica do(a) agente, bem como, referido valor deve ser suficiente para a reprovação do delito, de modo a atingir a eficácia penalizante.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO – ARTIGO 278, DO CÓDIGO PENAL – PENA-BASE – INALTERADA – AGRAVANTES – INAPLICÁVEIS – RECURSO IMPROVIDO.

Inviável o aumento de pena em decorrência da morte do filho da assistente da acusação, uma vez que já reconhecida a ausência de nexo de causalidade entre a venda do produto nocivo à saúde pelo agente e tal fato em julgado anterior, bem como, há nebulosidade em torno da verdadeira causa morte e, de fato, acerca do rol de substâncias consumidas em momento anterior à morte.

Inaplicável ao caso a agravante do artigo 61, inciso II, alínea b, do Código Penal, por ausência de conexão delitiva com o suposto delito de exercício irregular da profissão de Medicina, a ausência de provas acerca deste delito e, ainda, porque em relação a tal fato extinta a punibilidade do agente em razão da prescrição pela pena em abstrato, ou seja, referido crime não pode ser utilizado para agravar a situação do réu.

Não configurada a agravante do artigo 61, inciso II, alínea a, do Código Penal (motivo fútil), uma vez que a finalidade do delito integra o próprio tipo e não pode ser confundida com motivação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos de Delcy e de Margarete. Não havendo mais recurso da assistente da acusação, fica declarada extinta a punibilidade de Delcy Lima de Oliveira pela ocorrência da prescrição retroativa, conforme art. 107, inciso IV, do CP c/c art. 109, inciso V, do CP.

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O Ministério Público Estadual denunciou Delcy Lima de Oliveira pela prática dos delitos descritos nos artigos 121, *caput,* e 282, §2º, ambos do Código Penal, porque realizou por diversas vezes a manipulação e venda dos medicamentos clembuterol e T3 para a Dario Dibo Nacer Lani, sob a indicação de que tal medicação auxiliaria a vítima a emagrecer, mas o medicamento clembuterol foi manipulado com dosagem mil vezes superior à recomendação de uso humano e usualmente no Brasil é utilizado para fins veterinários, sendo que o mesmo, como farmacêutico, tinha conhecimento dos efeitos colaterais dos referidos medicamentos, além de indicar receitar e acompanhar o tratamento de Dário Dibo Nacer Lani, que no dia 13 de abril de 2009 veio a óbito em decorrência de infarto provocado pela ingestão dos referidos medicamentos (f. 01-04)**.**

Denúncia recebida em 14 de dezembro de 2009 (f. 228).

Em 13 de agosto de 2010, Delcy Lima de Oliveira foi pronunciado como incurso nas penas do artigo 121, *caput,* do Código Penal para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri (f. 797-806).

A preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa arguida no recurso em sentido estrito interposto por Delcy Lima de Oliveira foi acolhida pela antiga composição da 1ª Câmara Criminal e anulada a pronúncia, sendo determinada a reabertura da instrução processual com novo depoimento dos assistentes técnicos (f. 1.326-1.335/1.348-1.352).

Após nova instrução, Delcy Lima de Oliveira foi novamente pronunciado como incurso nas penas do artigo 121, *caput,* do Código Penal para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri (f. 1.660-1.683).

O recurso em sentido estrito interposto por Delcy Lima de Oliveira foi provido pela antiga composição da 1ª Câmara Criminal, sendo o mesmo despronunciado e o recurso interposto pelo Ministério Público Estadual foi provido a fim de remeter o delito conexo de exercício ilegal da profissão para processo e julgamento pelo juiz singular (f. 1.921-1.966/ 1.983-1.992).

Os autos foram redistribuídos à 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS e, em 12 de novembro de 2014, a assistente de acusação Margarete Dibo Nacer Lani ingressou com pedido de *emendatio libelli* e condenação de Delcy Lima de Oliveira nas penas do artigo 278, do Código Penal (2.300-2.306).

Em 27 de fevereiro de 2015, pelo juiz singular *"[...]de logo, em benefício do próprio acusado, aplicar o instituto da emendatio libelli e reconhecer que a imputação lançada contra ele na denúncia se enquadra no tipo penal do artigo 278 do CP; c) reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao delito do artigo 282 do CP, forte nos artigos 107, IV e 109, V; d) em face do contido no item "b", determinar vista dos autos ao MP para apresentar ou justificar o não cabimento de proposta de suspensão condicional ao processo ao acusado, com posterior conclusão"* (f. 2.408-2.414).

A proposta de suspensão condicional do processo foi aceita por Delcy Lima de Oliveira em 18 de maio de 2015 (f. 2.429-2.430) e impugnada pela assistente de acusação Margarete Dibo Nacer Lani (f. 2.431), razão do prosseguimento do processo (f.2.449-2.451).

Delcy Lima de Oliveira foi condenado pela prática do delito descrito no artigo 278, *caput,* do Código Penal à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e 15 dias-multa, à razão de 1/5 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos – prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 20 salários mínimos em prol da Cepa – Central de Penas Alternativas (f. 2.590-2.615).

Inconformada recorre a assistente de acusação às f. 2.626-2.638.

Versa o apelo acerca da dosimetria da pena.

Entende que a pena-base deve ser exasperada com base na morte da vítima Dario Dibo Nacer Lani, pois *"Há que se pontuar que a consequência do crime foi devidamente descrita na denúncia, mesmo porque a acusação inicial era a de homicídio, que, embora tenha sido afastada pelo Tribunal em sede de recurso em sentido estrito, não impede a consideração da morte como circunstância judicial, pois não se está aqui a imputar novamente a prática de homicídio contra o apelado e sim a considerar, pelo viés da concausa, uma circunstância de caráter objetivo que está devidamente comprovada nos autos [...] Além do mais, após diversas oitivas, apurou-se que a ingestão de tais medicamentos é fator desencadeante de infarto agudo do miocárdio, justamente o que causou a morte da vítima (fls. 24/26, 27, 100). Igualmente, apurou-se que o Clembuterol possui efeitos anabólicos e/ou anticatabólicos verificado apenas em animais, com dosagens letais aos humanos (fl. 143) e que a dose foi manipulada numa dosagem 1.000 vezes maior que a tolerada (f. 119), tanto para uso em humanos como para uso em animais"*.

Argumenta que na segunda fase da dosimetria da pena deve ser aplicada a agravante do artigo 61, inciso II, alínea b, do Código Penal, porquanto a venda do medicamento Clembuterol foi realizada para facilitar a execução de outro crime, qual seja, o exercício irregular da medicina, bem como a agravante do motivo fútil (artigo 61, inciso II, alínea a, do Código Penal), pois a intenção do apelado era de obter lucro a custo da saúde alheia.

Pugna pelo provimento de seu recurso para exasperar a pena de Delcy Lima de Oliveira.

Contrarrazões de Delcy Lima de Oliveira pelo improvimento do recurso (f. 2.710-2.719).

Delcy Lima de Oliveira recorre às f. 2.653-2.677.

Alega, preliminarmente, nulidade do processo pela aplicação da *emendatio libelli* (f. 2.653-2.677).

No mérito, explana que *"conforme farta documentação acostada aos autos, insista-se que a empresa Naturale Farmácia de Manipulação encontrava-se devidamente regularizada perante os Órgãos Públicos reguladores e fiscalizadores, sendo-lhe lícita a manipulação e comercialização de medicamentos em geral. Quanto à manipulação e comercialização da substância Clembuterol, a priori, observe-se que foi licita e regularmente adquirida pela Farmácia Naturale, conforme nota fiscal nº 025676 (f. 29), de modo que, ao revés do asseverado pela douta Assistência de Acusação ao representar pela instauração do respectivo inquérito policial (f. 9-13), não foi adquirida através de contrabando. Percebe-se ainda da ficha de pesagem acostada à f. 33 que, antes da dispensação do medicamento ao consumidor, foi constatada a inserção de etiqueta no frasco do medicamento, contendo informação acerca do uso veterinário, conforme exemplificado à f. 36. Note-se, ainda, que a nota fiscal de venda ao consumidor nº 0328 de f. 38, de igual modo, também traz expressa referência ao fim veterinário daquela manipulação da substância Clembuterol"*.

Expõe que *"somente manipulou e vendeu à vítima o medicamento Clembuterol mediante apresentação de receita médico veterinária, que, por força da legislação que rege a matéria, de retenção não obrigatória, sendo, pois, restituída para Dario Dibo. [...] Outrossim, oportuno observar o depoimento*

da testemunha Srª. Jucimara Costa Pereira (médica veterinária), que, sob compromisso legal, asseverou ser comum a manipulação de medicamentos de uso veterinário (não exclusivamente) por farmácias que também manipulam medicamentos para uso humano". Afirmou, ainda, conforme Ofício oriundo do Conselho Regional de Farmácia acima mencionado, que o medicamento Clembuterol, segundo sua base química, pode ser manipulado tanto para seres humanos quanto para animais.

Mantida a condenação, pugna pela redução da pena e readequação da pena de multa e prestação pecuniária.

Ao final *"requer dignem-se V. Exas., preliminarmente, nos termos do art. 383 c.c. art. 564, IV, ambos do Código de Processo Penal, sem julgamento do mérito, extinguir o presente feito (com o consequente anulação dos efeitos da r. Sentença penal condenatória ora objurgada), ou, sendo superada a preliminar, no mérito, nos termos do art. 386, incisos III ou VII, do Código de Processo Penal, julgando in totum improcedente a pretensão punitiva estatal exarada na exordial acusatória, absolvê-lo da imputação referente ao delito previsto pelo art. 278 do Código Penal, ou, em última análise, desclassificar para o tipo culposo (parágrafo único do art. 278 do CP), reduzindo, em qualquer hipótese, as penas infligidas para o mínimo legal, por serem medidas coadunadas com a mais hialina e lídima justiça"*.

Contrarrazões de Margarete Dibo Nacer Lani pelo improvimento do recurso (f. 2.710-2.719). Documentos de f. 2.720-2.731.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual pelo improvimento do recurso defensivo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 2.754-2.768) pelo improvimento do recurso defensivo e provimento parcial do recurso da assistente da acusação para exasperar a pena-base.

Por este relator, às f. 2.770, determinado que a Procuradoria-Geral de Justiça se manifestasse sobre eventual extinção da punibilidade de Delcy Lima de Oliveira pelo advento da prescrição intercorrente, no caso do improvimento do apelo de Margarete Dibo Nacer Lani.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina que *"apenas em caso de eventual improvimento do recurso da assistente de acusação, encontrarse-á prescrita a pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, extinguindo-se a punibilidade de Delcy Lima de Oliveira"* (f. 2.774-2.777).

Por este relator, às f. 2.779-2.280 realizada a correção de erro material constante na sentença para se ler, na pena final, 1 (um) ano e seis meses de detenção.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Tratam-se de apelos interpostos por Delcy Lima de Oliveira e pela assistente de acusação Margarete Dibo Nacer Lani.

Para melhor compreensão das questões postas em julgamento, mister se faz um resumo fático do ocorrido nos autos:

O Ministério Público Estadual denunciou Delcy pela prática dos delitos descritos nos artigos 121, *caput,* e 282, §2º, ambos do Código Penal, porque realizou por diversas vezes a manipulação e venda dos medicamentos clembuterol e T3 para a Dario Dibo Nacer Lani (filho de Margarete), sob a indicação de que tal medicação auxiliaria a vítima a emagrecer, mas o medicamento clembuterol foi manipulado com dosagem mil vezes superior à recomendação de uso humano e usualmente no Brasil é utilizado para

fins veterinários, sendo que o mesmo, como farmacêutico, tinha conhecimento dos efeitos colaterais dos referidos medicamentos, além de indicar receitar e acompanhar o tratamento de Dário Dibo Nacer Lani, que no dia 13 de abril de 2009 veio a óbito em decorrência de infarto provocado pela ingestão dos referidos medicamentos (f. 01-04), sendo a denúncia recebida em 14 de dezembro de 2009 (f. 228).

Delcy foi pronunciado como incurso nas penas do artigo 121, *caput,* do Código Penal para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri (f.797-806), sendo referida pronúncia anulada, pois a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa arguida no recurso em sentido estrito interposto por Delcy Lima de Oliveira foi acolhida pela antiga composição da 1ª Câmara Criminal, sendo determinada a reabertura da instrução processual com novo depoimento dos assistentes técnicos (f. 1.326-1.335/1.348-1.352).

Após nova instrução, Delcy foi novamente pronunciado como incurso nas penas do artigo 121, *caput,* do Código Penal para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri (f. 1.660-1.683) e seu recurso em sentido estrito interposto por Delcy Lima de Oliveira foi provido pela antiga composição da 1ª Câmara Criminal, havendo a despronúncia e o recurso interposto pelo Ministério Público Estadual foi provido a fim de remeter o delito conexo de exercício ilegal da profissão para processo e julgamento pelo juiz singular (f. 1.921-1.966/ 1.983-1.992).

Os autos foram redistribuídos à 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS e, em 12 de novembro de 2014, a assistente de acusação Margarete Dibo Nacer Lani ingressou com pedido de *emendatio libelli* requerendo a condenação de Delcy nas penas do artigo 278, do Código Penal (f. 2.300-2.306).

Em 27 de fevereiro de 2015, pelo juiz singular *"[...]de logo, em benefício do próprio acusado, aplicar o instituto da emendatio libelli e reconhecer que a imputação lançada contra ele na denúncia se enquadra no tipo penal do artigo 278 do CP; c) reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao delito do artigo 282 do CP, forte nos artigos 107, IV e 109, V; d) em face do contido no item "b", determinar vista dos autos ao MP para apresentar ou justificar o não cabimento de proposta de suspensão condicional ao processo ao acusado, com posterior conclusão"* (f. 2.408-2.414).

A proposta de suspensão condicional do processo foi aceita por Delcy em 18 de maio de 2015 (f. 2.429-2.430) e impugnada pela assistente de acusação Margarete (f. 2.431), razão do prosseguimento do processo (f. 2.449-2.451).

Delcy foi condenado pela prática do delito descrito no artigo 278, *caput,* do Código Penal à pena de 1 ano e 6 meses de detenção, a ser cumprida no regime inicial aberto, e 15 dias-multa, à razão de 1/5 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos – prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 20 salários mínimos em prol da Cepa – Central de Penas Alternativas (f. 2.590-2.615/2.779-2.780).

Inconformados, recorrem Delcy (f. 2.653-2.677) e Margarete.

Alega, preliminarmente, a defesa técnica de Delcy que o processo padece de nulidade do processo pela aplicação da *emendatio libelli.*

Argumenta que *"no caso em tela, a despronúncia foi operada, em sede de recurso em sentido estrito, pelo Tribunal de Justiça Estadual, detentor de competência recursal ratone materiae para conhecer e julgar questões relativas aos delitos de competência dos Juízos monocráticos, de modo que a tipificação provisória do delito, realizada pelo Tribunal ad quem, não poderia ser alterada pelo preclaro Juízo de instância singela".*

A ementa do referido recurso é a seguinte (f. 1.922-1.925):

> *EMENTA- RESE - JÚRI - PRONÚNCIA - IMPUGNAÇÃO DA DEFESA - PRELIMINARES DE EXCESSO DE LINGUAGEM E VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - ARGUMENTAÇÕES AFETAS AO MÉRITO E COM ELE ANALISADO - ALEGAÇÃO DE FALTA DE NEXO DE CAUSALIDADE E FALTA DE PROVAS DA AUTORIA - ACOLHIDA - DESPRONÚNCIA DO ACUSADO - IMPUGNAÇÃO DA ACUSAÇÃO QUANTO À CONSUNÇÃO DO DELITO DE EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA - ACOLHIDA - REMESSA DO DELITO CONEXO PARA JULGAMENTO PELO JUIZ SINGULAR - RECURSOS PROVIDOS.*
>
> *Recurso da Defesa: As preliminares de excesso de linguagem e violação ao devido processo legal pela não realização do exame necroscópico, tal como expostas, atrelam-se ao mérito e com ele serão analisadas.*
>
> *Mérito: A materialidade aqui referida não se trata do corpo da vítima, pois atestado o óbito a fl. 15, mas na comprovação da causa da morte: se foi por causa natural ou pela prática de um homicídio, ou seja, não há materialidade do crime, embora exista a materialidade do evento morte. A dúvida suscitada pelo magistrado acerca da materialidade do delito de homicídio e o nexo de causalidade entre este e a conduta do réu, no presente caso, após analisadas todas as provas dos autos, indica a imperatividade da despronúncia e não da aplicação do princípio in dubio pro societate, No caso dos autos impende destacar que a venda do medicamento pelo réu à vítima é fato incontroverso. Não é crível a versão do réu de que teria efetuado a venda do medicamento para ministração em cavalos. O que se conclui é que efetivamente o réu vendeu a substância Clembuterol à vítima, sem prescrição médica e que tal produto tem a venda proibida para uso por humanos no Brasil, logo, sem autorização para a comercialização.Todavia, não há sequer indícios de que tenha sido o réu quem tenha prescrito o medicamento à vítima, que era assíduo freqüentador de academia e fazia uso de várias substâncias para emagrecimento e aumento de massa muscular. Tampouco há elementos que apontem qualquer influência do réu no consumo da substância. O nome do farmacêutico no frasco manipulado em sua própria farmácia é insuficiente. Desta feita, não há qualquer relação de causalidade entre as condutas do réu e a produção do resultado morte da vítima. Três são os pontos primordiais da inexistência do nexo causal: 1. A falta do eletrocardiograma de entrada da vítima no hospital; 2. A não realização do exame cadavérico a apontar se o medicamento vendido pelo réu à vítima foi efetivamente o que causou a morte; 3. A variedade de substâncias encontradas no quarto da vítima após seu óbito. A questão foi ostensivamente arguida pela defesa durante toda a instrução e em momento algum verifica-se qualquer esforço da acusação em desconstituir tal argumentação, buscando a juntada aos autos do exame.A fl. 380, há o ofício da Unimed em que consta que o eletrocardiograma foi realizado e encaminhado ao Proncor. O exame não foi localizado.O magistrado desconsiderou a influência do referido exame para a configuração dos fatos imputados ao réu, o que é justificável, pois num primeiro momento pode-se ter tal impressão, como também eu considerei no julgamento do primeiro RESE (fl.1211), todavia, numa detida análise do conjunto probatório, surge a certeza da imprescindibilidade do exame. De suma importância para averiguação da imputação de que a vítima teria ingerido o medicamento Clembuterol após o que, teve inicio o enfarto. Ao julgador é incabível partir de presunções destituídas de qualquer começo de prova. É possível que a substância Clembuterol ocasione como efeito colateral um infarte na vítima? Sim. A vítima chegou ao hospital em situação de infarte? Ao certo não se sabe, pois há relato médico que estaria apenas com taquicardia e risco de infarte. Logo, é imprescindível o exame admissional do hospital para que se tenha um ponto de partida acerca da situação de saúde da vítima ao dar entrada no nosocômio. Realmente a prova testemunhal pode suprir a pericial, nas situações em que seja viável, em que os depoimentos sejam firmes, uníssonos e coesos e efetivamente atestem uma situação concretamente vivenciada. Não é o caso dos autos. A testemunha narrou que a vítima*

teria dirigido seu carro até o hospital, caminhado até o balcão de atendimento, sentado com um copo d'água na mão, com coração acelerado e mãos trêmulas, logo, sintomas insuficientes para conclusão de que estava sofrendo um enfarte. Há ainda o auto de apreensão de outros cinco tipos de medicamentos encontrados pela genitora da vítima no quarto deste. Sérias as dúvidas que surgem a partir do citado laudo das substâncias e da ausência do eletrocardiograma admissional, quanto ao caso em análise: as substâncias não identificadas poderiam também ter causado a morte da vítima? E o anabolizante Oxandrolona era utilizado a quanto tempo pela vítima? Poderia ter causado algum prejuízo ao coração? O consumo conjunto de todos esses produtos seria a causa da morte? Tais questões não foram, como não podem ser respondidas pelas testemunhas e ensejam sérias dúvidas que concretizam a falta de indícios de autoria, pois se nem ao menos o julgador togado poderia condenar em tal circunstância, não recomendável que seja remetido ao Júri Popular para dirimir o caso. É certo que o artigo 167 do CPP dispõe que "não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta." Todavia, desde que seja suficiente tal prova. Não é o caso dos autos em que as testemunhas são contraditórias e incapazes de estabelecer com certeza a relação de causalidade entre a ingestão do medicamento clembuterol e a morte da vítima. O exame necroscópico não foi realizado após o óbito mesmo que a ingestão do medicamento clembuterol, tenha sido levado ao conhecimento dos médicos que realizaram o atendimento. A suspeita era da ocorrência de efeitos colaterais ou possível intoxicação medicamentosa, todavia, o atestado do óbito constou como morte natural e a imposição legal de averiguação da relevante circunstância acerca da causa do infarte foi claramente negligenciada pelos médicos por motivos que dos autos não se explicam. O médico que identificou a morte da vítima deveria ter informado à autoridade policial acerca da suspeita de intoxicação, pois possuía conhecimento da ingestão do clembuterol e a venda proibida no Brasil para humanos. Contudo, assim não procedeu impossibilitando a averiguação da verdadeira causa da morte. Não há como formar uma ligação direta entre o medicamento e a morte da vítima, pois vários outros fatores poderiam ter ingerência na fatalidade, tais como uso concomitante do anabolizante Oxandrolona ou as outras substâncias sequer identificadas no laudo, os medicamentos ministrados no momento do socorro e até um eventual erro médico. Tais situações não tem como ser atestada por testemunhas, sendo imprescindível o laudo pericial cadavérico. Realmente não foi possível identificar a causa da morte da vítima e tal fato não pode ser imputado ao réu por falta de provas suficentes para tanto.Muitas providências poderiam ter sido tomadas pela acusação para aparelhar a imputação e não foram feitas.Logo, sem provas do nexo causal entre a morte da vítima e a conduta praticada pelo réu, não deve ser submetido ao Júri Popular. Não se pode afirmar que um único medicamento causou-lhe a morte sem exame pericial específico nesse sentido. Inaplicável no presente caso, o princípio in dubio pro societate. De todo exposto conclui-se pela inexistência da prova material do crime (de homicídio) embora haja a prova material do fato (morte da vítima) e ausente o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o evento morte, ausentes os indícios de autoria. Assim, despronúncia-se do acusado com fundamento no art. 414 do CPP.

Recurso Ministerial: Razão assiste ao órgão acusador quanto à manutenção da apuração do delito de exercício ilegal da medicina previsto no art. 282 do CP, mormente quando havendo a impronúncia pelo crime de homicídio. É fato inconteste que o réu teria manipulado a fórmula do medicamento Clembuterol, devendo ser apurado pelo juiz togado, após o trânsito em julgado da presente decisão, se efetivamente o fez sem receita médica ou foi quem indicou a substância para consumo pela vítima. Contra o parecer, dou provimento ao recurso da defesa para o fim de despronunciar o acusado Delcy Lima de Oliveira, e, provimento ao recurso da acusação para o fim de remeter o delito conexo de exercício ilegal da medicina para processo e julgamento pelo juiz singular. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0062704-27.2009.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 03/12/2012, p: 22/01/2013).

Esclarece Luiz Flávio Gomes[1], acerca da despronúncia que;

> *Trata-se da reforma da decisão de pronúncia, quando do julgamento do recurso em sentido estrito. A pronúncia é alterada para impronunciar o réu. Isso se chama despronúncia.*
>
> *O juiz inicialmente concluiu pela existência de indícios suficientes para levar o acusado ao julgamento pelo plenário, mas diante do recurso da parte passiva (réu) advém decisão alterando o entendimento primário para considerar que não existem provas sobre os elementos necessários para a pronúncia.[...]*
>
> *Existem duas possibilidades de despronúncia: (a) o juiz, em razão do juízo de retratação inerente ao RESE, volta atrás e despronuncia; (b) o Tribunal, ao julgar o RESE, reforma a decisão de pronúncia para impronunciar o réu (ou seja, para despronunciar).*

Ora, com o provimento do recurso em sentido estrito de Delcy apenas ficou estabelecido que não havia nexo causal de sua conduta com o homicídio de Dario.

Tal fato não eliminou a possibilidade da *emendatio libelli*, com base em fatos já descritos na denúncia.

Qual seria referido fato? A manipulação e venda Clembuterol, medicamento de uso veterinário, para Dário.

Aliás, constou expressamente na ementa do acórdão, acima transcrita, que merece repetição para deixar claro a *emendatio libelli*: *"No caso dos autos impende destacar que a venda do medicamento pelo réu à vítima é fato incontroverso. Não é crível a versão do réu de que teria efetuado a venda do medicamento para ministração em cavalos. O que se conclui é que efetivamente o réu vendeu a substância Clembuterol à vítima, sem prescrição médica e que tal produto tem a venda proibida para uso por humanos no Brasil, logo, sem autorização para a comercialização"*.

Portanto, não foi realizada a *mutatio libelli*, inexistindo no processo qualquer nulidade.

No mérito, não há razões para absolvição.

De acordo com o artigo 278, *caput*, do Código Penal:

> *Art. 278. Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal:*
>
> *Pena - detenção, de um a três anos, e multa. (Redação alterada para adequar-se ao disposto no art. 2º da Lei nº 7.209, de 11.7.1984, DOU 13.7.1984, em vigor seis meses após a data da publicação)*

O bem jurídico tutelado no referido artigo não é a vida humana, mas a incolumidade pública.

Como esclarece Rogério Sanches Cunha[2], *"a conduta criminosa se consubstancia em fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal. [...] Substância nociva é aquela prejudicial, que cause dano à saúde de quem a consome. Não se confunda com a imprópria para o consumo, que é a não recomendável, inadequada. Tal como aponta Mirabete, a nocividade deve ser inerente à coisa ou à substância, e não decorrente de uso indevido"*.

Conforme constou na sentença, f. 2.609:

1 In: https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121925807/o-que-se-entende-por-despronuncia. Acesso em 25/7/2017, às 11h48.

2 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*.9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.649.

> *Em suma, pois, entendo efetivamente comprovada todas as elementares previstas no art. 278 do Código Penal, já que restou incontroverso que: a)o réu quem efetuou a venda da substância clembuterol à vítima Dário Dibo Nacer, já que era proprietário da farmácia Naturale e supervisor do processo de manipulação de medicamentos; a.1) o réu dispunha de condições de desconfiança/estranhamento das reais intenções da vítima (não utilização em animais), já que: a.1.1) era a primeira vez que manipulava aquela medicação; a.1.2) não apresentou quaisquer comprovações da vítima ter-lhe apresentado receita médico-veterinária; a.1.3) não adotou cautelas necessárias como, por exemplo, entrar em contato com o profissional que receitou o medicamento; indicar o nome do profissional no rótulo; alertar a vítima a respeito do uso em humanos; a posologia, etc.; e, mesmo com a previsibilidade do resultado, já que possuía conhecimento técnico para tanto (farmacêutico formado e exercendo a profissão há tempo), ainda assim, realizou a venda desta medicação de forma "descuidada/irresponsável" à vítima, assumindo-se o risco de eventual produção de danos em humanos; a.1.4) há sérias duvidas no campo médico e no campo médico-veterinário a respeito do consumo dessa substância por humanos; a.1.5) era o responsável técnico pela manipulação e dispensa dos medicamentos, já que era o único farmacêutico daquele estabelecimento comercial; b) não há dúvidas de que o quantum de 20mg (vinte miligramas) é nocivo à saúde humana e, inclusive, à saúde de animal que não seja de grande porte (com peso aproximado e/ou superior a 500kg) e c) destinado a fins medicinais, já que comprovado que se trata de medicação broncodilatador, ao menos destinada a tratamento animal (comprovado), restando dúvidas a respeito da sua aplicabilidade a humanos.*

É fato incontroverso que Delcy manipulou e vendeu o Clembuterol, medicamento de uso veterinário, para Dario, em dosagem de 20mg, que é exclusiva para uso veterinário (f. 38 consta a Nota Fiscal de venda do produto).

De acordo com os esclarecimentos do Conselho Regional de Farmácia , *"no Brasil não foi encontrado nenhum produto industrializado contendo em sua fórmula o Clembuterol para uso humano, somente para uso veterinário para tratamento de transtornos respiratórios em animais. [...] Pode ser aplicado por via oral ou intravenosa"* (f. 121-123).

Reforçado no laudo pericial que no Brasil seu uso é exclusivo para fins veterinários (f. 147).

Pois bem. Delcy vendeu o medicamento a Dario em um frasco, com 60 cápsulas, em formato próprio para consumo humano, sem nenhuma advertência acerca de uso exclusivo veterinário, ou, ainda o nome do médico veterinário que tem receitado referido medicamento, sendo que o nome do paciente é Dario.

A dosagem de 20 mg de Clembuterol é para animais de grande porte, sendo que, conforme constou na sentença, o *"médico veterinário Francisco Gonçalves de Carvalho que, em Juízo, foi enfático em afirmar que equinos gostam de medicação em pasta (7'57" até 8'57"), o que também foi confirmado pelo ofício do Conselho Regional de Medicina Veterinária, elementos que, por si, já são capazes de demonstrar que o pedido feito por Dário era totalmente desproporcional à finalidade informada"* (f. 2.603).

De acordo com documento do Conselho Regional de Farmácia, *"a dosagem de Clembuterol estava 62,5 vezes maior que o normal, mesmo para equinos. De qualquer forma atender prescrição veterinária sem licença configura não atendimento ao decreto-Lei 467/1969 e artigo 4º, do regulamento aprovado pelo decreto 5.053/2004"* (f.1.230).

Frise-se que a defesa técnica bate-se que *"o diferencial das farmácias de manipulação está exatamente em aviar receitas específicas"* (f. 2.667), mas não traz aos autos a receita apresentada por Dário, sob o argumento de que não era preciso a retenção e sequer tem informação acerca do médico veterinário que a receitou.

Outrossim, não há comprovação de que à época dos fatos o Clembuterol poderia ser utilizado para uso humano no Brasil.

Desta forma, mantida a condenação, sendo inviável qualquer desclassificação do delito para a modalidade culposa, pois os fatos apontam para o dolo na conduta.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Entende Margarete que a pena-base deve ser exasperada com base na morte da vítima Dario Dibo Nacer Lani, pois:

> *Há que se pontuar que a conseqüência do crime foi devidamente descrita na denúncia, mesmo porque a acusação inicial era a de homicídio, que, embora tenha sido afastada pelo Tribunal em sede de recurso em sentido estrito, não impede a consideração da morte como circunstância judicial, pois não se está aqui a imputar novamente a prática de homicídio contra o apelado e sim a considerar, pelo viés da concausa, uma circunstância de caráter objetivo que está devidamente comprovada nos autos [...]Além do mais, após diversas oitivas, apurou-se que a ingestão de tais medicamentos é fator desencadeante de infarto agudo do miocárdio, justamente o que causou a morte da vítima (fls. 24/26, 27, 100). Igualmente, apurou-se que o Clembuterol possui efeitos anabólicos e/ou anticatabólicos verificado apenas em animais, com dosagens letais aos humanos (fl. 143) e que a dose foi manipulada numa dosagem 1.000 vezes maior que a tolerada (f. 119), tanto para uso em humanos como para uso em animais.*

Delcy pugna pela redução da pena e readequação da pena de multa e prestação pecuniária.

Adianto desde já que a pena-base deve ser mantida.

São oito vetores a serem analisados na dosimetria da pena-base tendo o julgador singular considerado como negativa apenas a culpabilidade: *"a culpabilidade é de maior intensidade, já que o réu, à época dos fatos, era experiente profissional da área da saúde e, no exercício de sua atividade laboral, realizou a manipulação e venda deste medicamento a Dario Dibo Nacer, sem se atentar para muitas de suas obrigações e indispensáveis cautelares, a apontar, então, para um maior grau de reprovação de sua conduta".*

Ora, por toda narrativa fática exposta ao longo deste voto verifica-se que a culpabilidade de Delcy extrapola a que pode ser considerada como normal ao tipo penal.

De fato, Delcy, à época da prática delitiva já era farmacêutico dos mais experientes, o que aponta para maior reprovabilidade da conduta.

Aponte-se que Delcy como farmacêutico exerce profissão de relevante interesse público e adotou postura não condizente com o esperado.

Por outro lado, inviável o aumento de pena levando em consideração o fato de Dario ter vindo a óbito.

A questão é que há nebulosidade em torno da verdadeira causa morte e, de fato, acerca do rol de substâncias consumidas pelo mesmo tanto em momento anterior à sua morte, bem como, como no dia de seu atendimento em hospital particular.

Relembrando:

Depoimento de margarete, na fase policial: *"no hospital Dario falou para o médico Antônio DE Oliveira Rodrigues que havia ingerido Clembuterol com anfetaminas"* (f. 18).

Antônio de Oliveira Rodrigues, médico, na fase policial: *"Dario disse que havia ingerido a medicação Clembuterol associado com Efedrina e que tinha usado a solução 'termogênica' (termo usado por Dario) com finalidade de queimar gordura e aumentar massa muscular [...] não informou quem havia prescrito a medicação, nem a quantidade ingerida.[...] Foi ministrada morfina e eparina endo-venosa"* (f. 24-25).

Em juízo, narrou que acredita não há em Campo Grande-MS exame capaz de detectar se Dario ingeriu o medicação Clembuterol (f. 427).

A testemunha não foi ouvida em juízo, uma vez que faleceu em 5 de julho de 2009, antes do oferecimento da denúncia.

Jeanne Elizabeth Wanderley Tobaru, na fase policial*: "que, T3 é um hormônio tireoidiano, que produz taquicardia e aumenta o metabolismo, em doses não terapêuticas"* (f. 26).

A testemunha não foi ouvida em juízo, uma vez que faleceu em 4 de abril de 2010 e a audiência para sua oitiva havia sido designada para 7 de maio de 2010 (f. 397)

Eduardo de Almeida Oliveira, na fase policial: *"Dario disse que estava tomando um diurético [...] disse que tomava remédio para emagrecer, não indicando qual o remédio"* (f. 27).

A testemunha não foi ouvida em juízo, uma vez que faleceu em 5 de julho de 2009, antes do oferecimento da denúncia.

Thomas Andreas Eidt: *"que Dario, no ano de 2008 utilizou remédios para emagrecer"* (f. 105).

Em um dos medicamentos encontrados em nome de Dario havia a presença de Oxandrolona (f. 140-141), que é um esteroide anabolizante.

Airton Martins, médico endocrinologista, na fase judicial: *"Ele queria emagrecer, ele foi, tava 108, 105 quilos, alguma coisa assim, isso foi em 2005 [...] aí ele já havia referido que já havia usado algumas fórmulas para emagrecimento e queria saber se tinha problemas de tireoide" (f. 566-567). "O T3 faz, ele acelera o coração quando usado exageradamente, em doses altas"* (f. 570).

Elesbão Munhoz, médico, assistente técnico arrolado pela defesa, em juízo: *"usando-se a Efedrina não se deve usar o Propanolol, porque ambos são vasos constritores, ambos são vasos constritores*" (f. 1.552)

Delcy, em juízo:

> *Clembuterol é outro medicamento aonde ele comprou 60 cápsulas e em uma semana a família entregou ao Delegado 29 cápsulas faltando, portando, 31 cápsulas de 21 gramas. Lembrando que cada cápsula é mil vezes o valor do que uma pessoa, um ser humano pode tomar. [...] O remédio T3, ele pode ser utilizado para fins, quem tem problema de tireoide que ele pode ser considerado como sendo, vamos dizer repositor de T3 para o organismo. [...] O Clembuteriol foi vendido para Dario? Foi. Dario tomou o Clembuteriol? Nunca vamos saber porque não foi feito exame necroscópico cadavérico .[...] Oxisandrolona (sic) é anabolizante que precisa de receita controlada para fazer tal medicamento. É interessante é que a Oxisandrolona (sic) foram quatro cápsulas que foram encontradas dentro do quarto de Dario não foi sequer aventado. Não existia rótulo, mas foi aventado [...] fazia parte do rol das coisas que a vítima tomava e que nem hora nenhuma foi manipulado pela minha farmácia* (f. 1.562-1.581).

Conforme ementa do acórdão que despronunciou Delcy:

> *Não há sequer indícios de que tenha sido o réu quem tenha prescrito o medicamento à vítima, que era assíduo freqüentador de academia e fazia uso de várias substâncias para emagrecimento e aumento de massa muscular. Tampouco há elementos que apontem qualquer influência do réu no consumo da substância. O nome do farmacêutico no frasco manipulado em sua própria farmácia é insuficiente. Desta feita, não há qualquer relação de causalidade entre as condutas do réu e a produção do resultado morte da vítima.* (f. 1922-1.923).

De fato, a morte não é elementar do delito, mas há provas de que a ingestão da substância fornecida por Delcy a causou? Não

Há provas de que no dia da morte de Dario o mesmo apenas consumiu a substância fornecida por Delcy? Não

Há relação de causalidade entre a substância fornecida por Delcy e a morte de Dario? Não

Portanto, não há como exasperar a pena-base com mera suposição fática.

Na segunda fase, argumenta Margarete que deve ser aplicada a agravante do artigo 61, inciso II, alínea b, do Código Penal, porquanto a venda do medicamento Clembuterol foi realizada para facilitar a execução de outro crime, qual seja, o exercício irregular da medicina.

Prevê referido artigo *"Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - ter o agente cometido o crime: b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime"*.

Referida agravante deve ser afastada sem maiores delongas.

São três os fundamentos para tal.

O primeiro motivo é que não se vislumbra qualquer conexão delitiva entre os delitos.

A respeito da agravante, Alberto Silva Franco[3] consigna que:

> *Segundo ensina Anibal Bruno , há também aqui uma agravante com base em motivo torpe, a que o Código dá formulação particular. O agente vai praticar ou já praticou um fato punível e, para garantir-lhe a execução ou gozar de seu proveito ou impunibilidade, resolve cometer outro. Há dois crimes conexos, e aquele que vai servir de meio para o segundo ou de condição para sua eficácia é onerado com peso de agravante ' [...] Há sem dúvida na agravante em exame, uma alternativa: ou uma conexão teleológica ou conexão consequencial entre os dois delitos. [...]. Na segunda hipótese há uma relação de causa e efeito entre os dois delitos: o agente efetua a atividade criminosa com a finalidade de ocultar, de preservar a vantagem obtida ou de assegurar a impunidade em relação a outro crime.*

É evidente que o delito discutido nos autos (art. 278, *caput*, do CP) não foi cometido "*para facilitar a execução e a vantagem de outro crime, qual seja o de exercício irregular da medicina",* como constou no apelo*,* pois não se extrai deste o motivo para cometer delito posterior.

O segundo, como constou no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:

3 FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (coord). **Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência.** 8 ed. São Paulo: RT, 2007, f.359.

> *Neste ponto, não há qualquer elemento capaz de demonstrar que o Delcy vendeu medicamento nocivo à saúde com a intenção de executar o crime de exercício ilegal da medicina ou até mesmo de ocultá-lo, conforme alegado pelo apelante. Muito embora a testemunha Thomas Andreas Eidt tenha afirmado que Delcy vendia medicamentos para emagrecer à vítima e alertava sobre possíveis efeitos colaterais, não é suficiente para concluir que o fez com a finalidade de exercer a profissão de médico. Apenas que estava exercendo sua profissão de farmacêutico, ainda que de forma irresponsável.* (f. 2.765).

O terceiro é que reconhecida a extinção da punibilidade de Delcy pela ocorrência da prescrição propriamente dita (f. 2.408-2.414), ou seja, referido delito não pode ser utilizado para nenhuma finalidade.

Também inviável o reconhecimento da agravante do artigo 61, inciso II, alínea a, do Código Penal, qual seja, o motivo fútil, pois *"se considerada a intenção do acusado de obter lucro, ainda que a custo da saúde alheia, perceberemos facilmente que o motivo do crime foi fútil, porquanto provido de mesquinhez e egoísmo anormais à espécie"*.

Ora, está havendo uma confusão entre finalidade e motivo.

O objetivo da ação de Delcy – "*vender [...] coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal*" – é o lucro, não sendo o motivo do delito.

A finalidade, em si, encontra-se encartada dentro do próprio tipo penal, como consignou o julgador singular, às f. 2.610.

Desta forma, resta mantida a pena em 1 ano e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e 15 dias-multa, à razão de 1/5 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido (f. 2.612).

Mantenho o patamar da pena de multa considerando que o apelante foi patrocinado por advogado particular ao longo do processo que já dura 8 anos, é empresário, possui imóvel e veículos[4].

Inalterado também o valor da prestação pecuniária (20 salários mínimos em prol da CEPA - Central de Penas Alternativas de Campo Grande-MS).

De uma análise dos autos, verifico que o valor fixado para as penas restritivas de direitos deve ser mantido.

É que *"O valor da prestação pecuniária, deve considerar certos fatores, dentre os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, §1º, do CP, de modo a não tornar a prestação em pecúnia tão diminuta a ponto de mostrar-se inócua, nem tão excessiva de maneira a inviabilizar seu cumprimento. Mantido o reduzido valor fixado na sentença em observância à (TRF 4ª R.; ACr 2004.70.00.030724-1; PR; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus; Julg. 13/07/2011; DEJF 25/07/2011; Pág. 355)"*.

Ao longo do processo, em nenhum momento foi demonstrado que o apelante não tem capacidade de cumprir a reprimenda pecuniária sem prejudicar de seu próprio sustento, sendo que a reprimenda substitutiva pode ser parcelada no juízo da execução penal.

4 Informações do Sistema Integrado de Gestão Operacional -Sigo

Insta salientar que não há desproporcionalidade no caso concreto, porque o fato da pena principal estar próxima ao mínimo legal.

Tal fato não implica em fixação da pena de prestação pecuniária no mínimo legal, uma vez que seu montante deve ser fixado de forma livre pelo julgador, com observância ao caso concreto e à situação econômica do (a) agente, bem como tal pena deve ser suficiente para a reprovação do delito.

Pois bem, mantida a pena, por medida de economia processual, em não havendo mais recurso da assistente da acusação, declaro desde já extinta a punibilidade de Delcy pelo advento da prescrição retroativa.

O único marco interruptivo da prescrição nos autos é o recebimento da denúncia, uma vez que a primeira pronúncia foi anulada, a segunda pronúncia foi afastada com o acórdão que despronunciou o réu e a *emendatio libelli* não interrompe a prescrição.

Como constou no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 2.776):

> *Vejamos os marcos interruptivos da prescrição:*
>
> *1- recebimento da denúncia em 14/12/2009.*
>
> *2- a sentença condenatória de 09/08/2016.*
>
> *O que evidencia um lapso de 6 anos, 7 meses e 25 dias entre esses dois marcos.*
>
> *Diz o caput do artigo 109 do CP que antes de transitar em julgado a sentença final, a prescrição se regula pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, o que, nos termos do inciso IV do mesmo artigo, importaria em prazo prescricional de 8 anos.*
>
> *Excetua-se a essa regra, o artigo 110, § 1º, do CP, que prescreve o seguinte: após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação ou improvido seu recurso, a prescrição passa a ser regulada pela pena aplicada in concreto.*
>
> *No caso dos autos, a pena imposta pelo magistrado de piso foi de 1 ano e 6 meses de detenção, o que importaria em prazo prescricional de 4 anos, na hipótese de improvimento do recurso da assistente que versa exclusivamente acerca da exasperação da pena, o que geraria evidentes efeitos no instituto da prescrição.*

Observa-se que o presente processo tramita há quase oito anos, devendo-se priorizar os princípios da economia processual e da duração razoável do processo.

Considera-se ainda que tanto o réu como a assistente de acusação pelos fatos envolvidos amargaram sofrimento e necessitam de uma finalização.

Ante o exposto:

Com o parecer, nego provimento ao apelo de Delcy Lima de Oliveira.

Contra o parecer, nego provimento ao apelo da assistente de acusação Margarete Dibo Nacer Lani.

Não havendo mais recurso da assiste da acusação, fica declarada extinta a punibilidade Delcy Lima de Oliveira pela ocorrência da prescrição retroativa, conforme artigo 107, inciso IV, do Código Penal c/c artigo 109, inciso V, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos de Delcy e de Margarete. Não havendo mais recurso da assiste da acusação, fica declarada extinta a punibilidade de Delcy Lima de Oliveira pela ocorrência da prescrição retroativa, conforme art. 107, inciso IV, do CP c/c art. 109, inciso V, do CP.

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. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001506-35.2013.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ARTIGOS 163, PARÁGRAFO ÚNICO, III; 329 E 331, TODOS DO CÓDIGO PENAL – ATIPICIDADE DO CRIME DE DESACATO – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – REJEITADA – CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DELITOS DO ARTIGO 329 E 331, AMBOS DO CP – INCABÍVEL – CONCURSO MATERIAL MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

Nos termos de recente decisão da 3ª Seção Criminal do STJ, o crime previsto no art. 331 do CP é figura típica.

Os delitos de resistência e desacato são de espécies diversas, não restando preenchidos os requisitos para a aplicação do artigo 71, do Código Penal e, portanto, cabível a manutenção do concurso material aplicado na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação criminal interposta por Wagner Leite Gomes, contra a sentença de f. 102-105, que o condenou à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, pela prática dos delitos dos artigos 329, 331 e 163, parágrafo único, todos do Código Penal.

Requer, às f. 120-122, o reconhecimento da continuidade delitiva em relação aos crimes de resistência e desacato. Elabora prequestionamento.

Contrarrazões, às f. 129-135, pelo improvimento do recurso.

Parecer, às f. 144-149, pela manutenção da sentença e prequestiona dispositivo legal.

Despacho à f. 152, para a Defensoria Pública e a Procuradoria-Geral de Justiça manifestarem-se quanto a atipicidade do delito de desacato.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou, às f. 157-160, pela manutenção da condenação e ratificou o parecer de f. 144-149.

O apelante, por sua vez, às f. 162-167, manifestou-se no sentido de declarar, incidentalmente, a inconvencionalidade do crime de desacato e, consequentemente, a sua atipicidade penal.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Wagner Leite Gomes, contra a sentença de f. 102-105, que o condenou à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, pela prática dos delitos dos artigos 329, 331 e 163, parágrafo único, todos do Código Penal.

Narra a denúncia, às f. 49-52:

> *(...) que no dia 02/11/2012, por volta das 23h00min, na Rua Cid Chebel, Bairro Chero Gami, esquina com a Rua Doze, nesta urbe, os denunciados se opuseram, mediante violência e ameaça, à execução de ato legal por parte de funcionário competente para executá-lo, bem como deterioraram patrimônio do Município de Aquidauana MS.*
>
> *Segundo apurado, na data e hora dos fatos, a guarnição da polícia militar, composta pelos milicianos Wellington da Silva (fls. 31) e Adalberto de Moraes Gomblam (fls. 32), enquanto fazia rondas de rotina no local dos fatos, vislumbraram um grupo de elementos no logradouro público, ocasião em que constataram que um dispensou uma faca de cabo plástico na cor branca no logradouro (cf. auto de apreensão às fls. 19 dos autos).*
>
> *Neste ínterim, a guarnição procedeu à abordagem dos elementos, dentre eles: Wagner Leite Gomes, Alessandro Oliveira de Souza e os adolescentes Ezequiel Costa Mendes e Jhonatan Brian Azevedo Franco, não sendo possível no ato da abordagem verificar qual o indivíduo que dispensou o instrumento pérfuro cortante na via pública.*
>
> *Entretanto, no momento da abordagem, o denunciado Wagner passou a desacatar a guarnição dizendo: 'tirem a farda, seus policiais cuzão que eu vou bater em vocês, vocês vão ver, e em ato contínuo resistiu a sua prisão, vindo a agredir a guarnição da polícia militar com chutes e socos, sendo necessária a contenção do indivíduo mediante o uso de força física.*
>
> *Ademais, em decorrência da imobilização de Wagner, o adolescente Ezequiel Costa Mendes, do mesmo modo, passou a insultar a guarnição da polícia militar, dizendo as seguintes palavras: seus policiais de merda, vão tudo se fuder na minha mão, vou pegar vocês seus insetos, sendo apreendido por isso.*
>
> *Contudo, realizada a abordagem dos denunciados e dos adolescentes, todos foram inseridos no interior do compartimento da guarnição da polícia militar, onde passaram a desferir chutes na grade da viatura, vindo com isso a danificar o interior do automóvel utilizado para o efetivo exercício da função policial* (cf. laudo de exame de corpo de delito acostado às fls. 12/16 dos autos).

Inicialmente, quanto ao pedido defensivo de declarar, incidentalmente, a inconvencionalidade do crime de desacato e, consequentemente, a sua atipicidade penal, deve ser rejeitado sem maiores delongas.

Isso porque quanto a atipicidade da conduta do crime de desacato, houve recente alteração de entendimento, tendo em vista, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu em 24.05.2017, nos autos de HC 379.269/MS que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, nos termos do artigo 331 do Código Penal.

Desta forma como a 3ª Seção reúne as duas turmas criminais, 5ª e 6ª, a questão acerca da tipicidade da conduta do crime previsto no art. 331 do CP, restou pacificada, sendo destacado pelo Ministro Antonio Saldanha Palheiro, autor do voto vencedor, que a tipificação do crime de desacato é uma proteção adicional ao agente público contra possíveis "ofensas sem limites", tendo a decisão restado assim ementada:

> *HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.*
>
> *2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.*
>
> *3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional.*
>
> *4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto.*
>
> *5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.*
>
> *6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha".*

7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art.331 do Código Penal.

11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito.

13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional."

14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material.

15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation).

16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena.

17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública.

18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

> *19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. Habeas Corpus não conhecido.* (HC 379.269/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017).

Portanto, considerando a recente alteração de entendimento que considera o crime do art. 331 do CP como conduta típica, rejeito a tese defensiva de declaração incidental de inconvencionalidade do crime de desacato e, consequentemente, a sua atipicidade penal.

Alternativamente, requer o apelante o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de desacato e resistência.

Sobre a continuidade delitiva, prevê o artigo 71, do Código Penal:

> *Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*
>
> *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.*

Desta forma, temos que a continuidade delitiva é uma ficção jurídica que beneficia o agente do delito, de modo que o mesmo não seja apenado de forma exorbitante.

Para que a mesma reste configurada, alguns critérios devem ser observados: o agente deve ter cometido mais de um delito da mesma espécie, os mesmos devem ser cometidos em condições próximas de tempo e lugar, com o mesmo *modus operandi,* de forma que as condutas posteriores sejam consideradas uma continuação da primeira.

Ocorre que, embora o apelante tenha praticado mais de uma ação (opôs-se a revista pessoal, mediante violência, bem como ofendeu os policiais), os delitos são de espécies diversas, não restando preenchidos os requisitos para a aplicação do artigo 71, do Código Penal e, portanto, cabível a manutenção do concurso material aplicado na sentença.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CRIMINAL. RESISTÊNCIA. DESACATO. COAÇÃO. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. NÃO CABÍVEL. PROVAS. DESRESPEITO À FUNÇÃO PÚBLICA. DOSIMETRIA. OBEDIÊNCIA AO ART. 59 DO CP. AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, F, DO CP. NÃO SE APLICA AO CASO. PENA DE MULTA EXCESSIVA. REDUÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. NÃO APLICÁVEL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Não há nulidade quando realizada a emendatio libelli pelo Magistrado em sentença. Não há necessidade de manifestação prévia da defesa sobre a nova capitulação jurídica. 2 - Autoria e materialidade dos fatos foram comprovadas, contando, inclusive, com a confissão da Apelante. 3 - O crime de desacato se caracterizou na medida em que a Apelante demonstrou menosprezar*

a função pública exercida pela Magistrada que presidia a audiência. Não é cabível a desclassificação. 4 - Obedecendo a sentença aos parâmetros do artigo 59, não se torna desproporcional a pena imposta. 5 - A agravante do artigo 61, II, alínea f, CP, não se aplica ao crime de coação. Deste modo, deve a confissão se integralmente compensada com a agravante da alínea I do referido dispositivo, fixando-se a pena definitiva como aquela estabelecida por pena-base. 6 - A imposição da pena de multa no total de 158 (cento e cinquenta e oito) dias-multa é desproporcional ao quantum fixado e também diante da situação financeira da Apelante. 7 - Não é possível a aplicação do artigo 71 do Código Penal quando se está diante de crimes de espécies distintas. Precedentes. 8 - Recurso parcialmente provido. (TJES; APL 0001154-10.2012.8.08.0010; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Pedro Valls Feu Rosa; Julg. 03/08/2016; DJES 19/08/2016).

Embriaguez ao volante. Desacato. Resistência. Substituição da pena. 1 - Aplica-se o princípio da consunção ou absorção quando um crime é meio necessário ou fase de preparação ou de execução de outro crime, ou nos casos de antefato ou pós-fato impunível. O crime de desacato não é meio necessário, etapa de preparação ou execução, do crime de resistência. 2 - Nos crimes de desacato e resistência, que são autônomos e a tutela é de bens jurídicos diferentes, há concurso material, que autoriza a soma das penas dos crimes. 3 - Condenações penais transitadas em julgado há mais de cinco anos, embora não sejam aptas a caracterizar a reincidência, podem ser consideradas como maus antecedentes. 4 - Possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que o réu ostente maus antecedentes, se os fatos anteriores ocorreram há mais de vinte anos e não há registro de o réu voltar a delinquir. 5 - Provido o recurso do MP. Não provido o do réu. (TJDFT. Apelação criminal 20150710150677APR (0014781-15.2015.8.07.0007) Relator Desembargador Jair Soares. Julgado em 17.8.17).

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS E USO DE ARMA BRANCA. ROUBOS EM 2 TRANSPORTES COLETIVOS. PATRIMÔNIO DA EMPRESA E DA COBRADORA. CRIME ÚNICO. INVIABILIDADE DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E CORRPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS AVALIADAS COM ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTOS IDÔNEAOS. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE COM O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. TESE REFUTADA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E RESISTÊNCIA. DELITOS AUTÔNOMOS. CONCURSO MATERIAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Na análise das circunstâncias judiciais arroladas no art. 59 do Código Penal, o magistrado sentenciante possui discricionariedade para analisá-las, desde que respeitados os parâmetros definidos pela jurisprudência no sentido de que a análise desfavorável de alguma circunstância deve ser fundamentada com elementos concretos e diferentes daqueles já considerados pelo legislador quando tipificou a conduta criminosa. Assim, cabe a segunda instância averiguar a idoneidade dos fundamentos expostos pelo magistrado a quo e avaliar se a exasperação da pena-base foi realizada de forma proporcional. No caso dos autos, a magistrada sentenciante agiu com extremo zelo na avaliação das circunstâncias judiciais, justificando devidamente o motivo pelo qual a circunstância era desfavorável com argumentos concretos e livres de quaisquer lugares-comuns, bem como exasperou a pena base de forma proporcional. 2. No delito de roubo, quando a subtração atingir o patrimônio da empresa do coletivo e do cobrador, haverá crime único, uma vez que tanto o dinheiro das passagens quanto o valor pertencente ao cobrador encontram-se em poder de uma única pessoa. Precedente. 3. Não se deve computar o crime de corrupção de menores para fixar a fração de aumento correspondente a continuidade delitiva, quando não integrar o nexo de continuidade do delito de roubo. Precedente. 4. Não há que se falar em incompatibilidade do delito de desacato com os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que o diploma estabeleceu limites a liberdade de expressão, de modo que, se por um lado os Estados devem assegurar a liberdade de expressão, por

> *outro não podem permitir que seja exercida de modo absoluto, sobretudo quando agredir princípios de igual ou superior importância como o respeito a reputação das pessoas, a proteção da segurança nacional, da ordem, saúde e moral públicas. 5. Inviável a aplicação do princípio da consunção entre os crimes de desacato e resistência, uma vez que as palavras desairosas proferidas pela segunda apelante não ocorreram no ato da prisão, mas foram proferidas antes mesmo de ser presa, tanto que foi dada voz de prisão em flagrante em razão do desacato e, posteriormente, a apelante passou a resistir a prisão. Sendo assim, os delitos de desacato e resistência revelaram-se autônomos na hipótese dos autos. 6. Recurso da primeira apelante parcialmente provido e da segunda apelante desprovido.* (TJES; APL 0015761-94.2014.8.08.0030; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Subst. Heloísa Cariello; Julg. 15/06/2016; DJES 24/06/2016).

Portanto, incabível o reconhecimento do crime continuado, razão pela qual a sentença deve permanecer inalterada.

Por fim, no que tange aos prequestionamentos, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais em razão de terem sido amplamente debatidos nos presentes autos.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002248-19.2016.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL– RECURSO DEFENSIVO – ART.306 DO CTB – AUSÊNCIA DE PROVA DE CONDUÇÃO DE VEÍCULO COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DE INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL – AGENTE QUE CAIU COM SEU VEÍCULO EM VALA NÃO SINALIZADA EM NOITE DE FORTE CHUVA – INGESTÃO DE REMÉDIOS CONTROLADOS – DROGA ANTIEPILÉTICA E ESTABILIZADORA DE HUMOR – *IN DUBIO PROVA REO* – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

A prova testemunhal isolada por vezes não é hábil a comprovar o delito do artigo 306, do CTB, mormente no caso concreto em que ninguém presenciou o agente conduzindo seu veículo e o mesmo faz uso de drogas antiepiléticas e estabilizadoras de humor, de forma contínua, que geram efeitos colaterais similares ao contido no Anexo II da Resolução 432/2013 do Contran.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O Ministério Público Estadual denunciou José Wilson dos Santos como incurso nas penas do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) , porque no dia 11 de maio de 2016, por volta das 21h30, na Rua Alcides Menezes de Faria, cruzamento com a Rua Santa Catarina, em Nova Andradina-MS, conduzia o veículo automotor marca/modelo FIAT/Uno Mille EP, cor cinza, de placas CFL-2433, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, sendo que no momento em que transitava no endereço acima descrito, perdeu o controle do veículo e caiu em uma vala que se encontrava no final da rua.

A denúncia foi julgada procedente (f. 141-149), sendo José Wilson dos Santos condenado à pena de 9 meses de detenção, a ser cumprida no regime inicial aberto, e 30 dias-multa, além da pena acessória de proibição de dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 meses, pela prática do delito descrito no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97).

Inconformado recorre José Wilson dos Santos às f. 163-166.

Para tanto, afirma que não há nos autos provas suficientes para a condenação.

Aduz que *"a embriaguez pode ser comprovada, além do teste do bafômetro , exames laboratoriais, vídeos ou testemunhos, de acordo com a resolução. Os policiais deverão preencher um questionário, marcarão os possíveis sinais de embriaguez que o condutor apresente, como sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem nas vestes, odor de álcool no hálito, agressividade, exaltação, arrogância, ironia ou dispersão. É bem verdade que não existe um número mínimo de características exigido para justificar a embriaguez, mas não menos verdade que ele deve apresentar um conjunto dessas características. Via de regra geral, uma vem acompanhada de mais. O Policial Militar autuador se limitou a apenas observar pelo termo de constatação e dispensar os demais possíveis sinais de embriaguez, como exame de sangue, fato questionado pelo Juízo, o que e bastante sintomático"*.

Expõe que:

> *O acusado faz uso constante de medicação e controle médico periódico, porquanto é portador e crise epilética. Por determinação médica, faz uso de dois medicamentos para combate à essa crise. Um denominado Lamotrigina e o outro Oxcarbazepina. Conforme se pode verificar das bulas anexadas com a defesa prévia, os efeitos colaterais da ingestão desses medicamentos são nefastos. Lamotrigina, tem efeitos colaterais, dentre outros, como sonolência, ataxia (falta de coordenação dos movimentos), vertigem, diplopia (visão dupla), movimentos involuntários. Assim também o é com o uso de Oxcarbazepina, que causa, também dentre outros efeitos colaterais, problemas de coordenação, ansiedade e nervosismo, distúrbios na fala, etc. Por assim dizer, são os mesmos sintomas apontados quando da ingestão de álcool, o que, no mínimo, gera dúvidas em relação a constatação da embriaguez por somente pela via da observação.*

Reporta-se à defesa prévia e às alegações finais.

Ao final, pugna pela reforma da sentença afim de absolvê-lo.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f.170-189) pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f.188-192) no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por José Wilson dos Santos condenado pela prática de delito no trânsito (art. 306, do CTB).

Colhe-se dos autos que no dia 11 de maio de 2016, por volta das 21h30, na Rua Alcides Menezes de Faria, cruzamento com a Rua Santa Catarina, em Nova Andradina-MS, conduzia o veículo automotor marca/modelo FIAT/Uno Mille EP, cor cinza, de placas CFL-2433, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, sendo que no momento em que transitava no endereço acima descrito, perdeu o controle do veículo e caiu em uma vala que se encontrava no final da rua.

De acordo com a defesa técnica, não há nos autos provas que amparem a condenação.

Adianto desde já que o recurso deve ser provido.

O delito ocorreu no dia 11 de maio de 2016, tendo o artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) a seguinte redação:

> *Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:* (Redação determinada na Lei n.º 12.760, de 20.12.2012, DOU 21.12.2012).
>
> *Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.*
>
> *§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:*
>
> *I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar; ou*
>
> *II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.* (Parágrafo acrescentado conforme determinado na Lei n.º 12.760, de 20.12.2012, DOU 21.12.2012).
>
> *§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Parágrafo com redação determinada na Lei n.º 12.971, de 9.5.2014, DOU 12.5.2014, em vigor no 1º (primeiro) dia do 6º (sexto) mês após a sua publicação).*
>
> *§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (NR)* (Parágrafo com redação determinada na Lei n.º 12.971, de 9.5.2014, DOU 12.5.2014, em vigor no 1º (primeiro) dia do 6º (sexto) mês após a sua publicação).

Não basta para caracterizar o delito do artigo 306, do CTB conduzir veículo automotor embriagado, é preciso que em razão da ingestão de bebida alcoólica se tenha a capacidade psicomotora alterada.

Colhe-se do inquérito policial que José Wilson, em noite de forte chuva em Nova Andradina-MS, não percebeu um buraco e seu veículo caiu em uma vala, sendo que o Sargento Gaeta do Corpo de Bombeiros acionou a Polícia Militar por perceber que o apelante estava embriagado (f. 04).

Daí já se extrai que ninguém, de fato, viu José Wilson conduzindo o FIAT/Uno Mille EP, cor cinza, de placas CFL-2433, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, havendo apenas mera presunção.

Geraldo Machado Vaz, policial militar, na fase policial disse que foram acionados pelo Corpo de Bombeiros para atenderem uma ocorrência de trânsito e terem se deparado com José Wilson embriagado. Expôs que encaminharam o apelante à Delegacia de Polícia após o mesmo afirmar que tinha ingerido duas cervejas.

O policial militar Diego Henrique Galindo Vitro, na fase policial, também afirmou que José Wilson foi encaminhado à Delegacia de Polícia após dizer que tinha ingerido duas cervejas (f. 10.).

Em juízo, Diego Henrique Galindo Vitro afirmou que foi acionado pelos bombeiros, pois o apelante estava alterado em estado visível de embriaguez. Disse que o apelante caiu numa vala aberta para tubulação e acha que não havia sinalização acerca da mesma.

Na fase policial. José Wilson disse que antes de conduzir o veículo automotor, estava na casa de amigos e ingeriram duas garrafas de cerveja de 600 ml cada uma, sendo que não estava embriagado (f. 12).

José Wilson, em juízo disse que não pediram para fazer o exame, pois não tinha bafômetro na viatura. Narrou que está sem trabalhar, recebendo auxílio-doença do INSS. Afirmou que chovia no dia

dos fatos e ao fazer o retorno caiu dentro do buraco, ficando bastante nervoso, pois estava sem o cinto de segurança, sendo que não havia nenhuma sinalização. Expôs que toma medicação muito forte, de uso contínuo, que o deixa nervoso, sendo que é epilético. Negou ter tomado cerveja no dia dos fatos, pois não pode ingerir bebida alcoólica. Disse que não conversou com os policiais, pois estava muito nervoso.

José Wilson, um pouco exaltado em juízo, explicou que caiu ao fazer um retorno, sendo que possui CNH.

Confirmou que em nenhum momento ofertaram para fazer o bafômetro ou o exame de sangue.

Pois bem. No caso concreto não foi realizado teste do bafômetro ou exame de sangue, sendo que pelos depoimentos colhidos na fase policial não houve referência à negativa do apelante em se submeter a referidos exames.

A única prova da embriaguez é a prova testemunhal, que no caso, é duvidosa.

Isto porque no Boletim de Ocorrência, f. 04, constou que o veículo do apelante caiu na referida vala porque estava chovendo no dia dos fatos e o mesmo não percebeu um buraco e, ainda, f. 06, José Wilson somente foi encaminhado à Delegacia de Polícia após dizer ter ingerido duas cervejas.

Uma das coisas que é relevante para se verificar a embriaguez são dados pessoais, tal como peso, se ingeriu alimentos, toma medicamentos, se passou por cirurgia bariátrica, etc.

Aqui, atente-se que o apelante toma uma série de remédios controlados (f. 77-88) que podem causar alterações psicomotoras.

No caso, desde a denúncia, há menção de que o apelante ingeriu duas garrafas de 600 ml de cerveja, antes da colisão, motivo de estar sob a influência de álcool sem indicar os sinais de alteração na capacidade psicomotora.

Outrossim, a prova testemunhal não comprovou a alteração da capacidade psicomotora do apelante o conduzir seu veículo.

Embora após edição da Lei n.º 12.760/2012, a constatação de embriaguez passou a ser admitida por todos os meios de prova admitidos em direito, no caso concreto, a prova testemunhal que não permite chegar à conclusão de que o apelante estava embriagado.

Com efeito. De acordo com a Resolução 432/2013, do Contran, Anexo II, os sinais de alteração da capacidade psicomotora: *"a) Quanto à aparência, se o condutor apresenta: i. Sonolência; ii. Olhos vermelhos; iii. Vômito; iv. Soluços; v. Desordem nas vestes; vi. Odor de álcool no hálito. b) Quanto à atitude, se o condutor apresenta: i. Agressividade; ii. Arrogância; iii. Exaltação; iv. Ironia; v. Falante; vi. Dispersão. c) Quanto à orientação, se o condutor: i. sabe onde está; ii. sabe a data e a hora.d) Quanto à memória, se o condutor: i. sabe seu endereço; ii. lembra dos atos cometidos; e) Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta: i. Dificuldade no equilíbrio; ii. Fala alterada;"*.

Ocorre que, de acordo com o termo de constatação de embriaguez (f.17), o apelante sabia onde estava e lembrava-se de todos os atos cometidos, não apresentou vômito e nem soluço, sendo embriaguez constatada pelo odor de álcool no hálito, desordem nas vestes – aqui observa-se que o apelante havia acabado de cair em uma vala em um dia de chuva- olhos vermelhos, sonolento, dificuldade no equilíbrio e fala alterada.

Contudo, como acima observado, o apelante faz uso de droga antiepilética e estabilizadora de humor (Lamotrigina - Outras reações adversas relatadas durante estudos com lamotrigina, adicionado a regimes padrão de drogas antiepilépticas, incluíram: diplopia, visão turva, tontura, sonolência, cefaléia, falta de

firmeza de movimentos, cansaço, distúrbios gastrintestinais e irritabilidade/agressividade[1] e Oxcarbazepina - Reações adversas, tais como tontura, sonolência, ataxia, diplopia, visão borrada, distúrbios visuais, hiponatremia e depressão do nível de consciência, foram relatados com oxcarbazepina).

Somente no registro de f. 15 foi anotado que o apelante recusou-se a realizar o teste de etilômetro.

Acresça-se ainda que quando o Corpo de Bombeiros chegou ao local onde estava o veículo de José Wilson caído em uma vala, o mesmo não estava transitando com seu veículo.

Como esclarece Luiz Flávio Gomes[2]:

> *Tendo em vista a nova redação do art. 306, compete à acusação narrar na denúncia (obrigatoriamente) e provar em juízo (dentro do devido processo legal): (a) que houve a condução de um veículo automotor; (b) que houve a ingestão de álcool ou outra substância psicoativa; (c) que a capacidade psicomotora (do agente) resultou alterada; (d) em razão do álcool ou outra substância psicoativa; e (e) que isso acabou influenciando a forma de condução do veículo. (...). No plano formal da tipicidade, não basta o ato de conduzir veículo automotor após ter ingerido álcool ou outra substância. Além dessas duas (condução de um veículo + ingestão de álcool ou outra substância psicoativa), outras três comprovações (em juízo) são necessárias: (a) capacidade psicomotora alterada (do condutor), (b) em razão de álcool ou outra substância psicoativa, e (c) influência do álcool ou outra substância psicoativa (na forma de conduzir). Essas três novas exigências típicas, agora, não podem (mais) ser suprimidas. Passaram a compor a descrição legal. Devem ser efetivamente narradas na denúncia e comprovadas em juízo, porque elementares do tipo legal.*

Portanto, não havendo nos autos provas de que o apelante conduziu seu veículo com capacidade psicomotora alterada por influência de álcool, a absolvição é medida que se impõe.

> *APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. Acusado que se negou a prestar o exame de etilômetro. Prova testemunhal insuficiente para comprovar a alteração da capacidade psicomotora do acusado. Testemunha que não viu o réu na condução do veículo, não havendo, tampouco, comprovação da elementar do tipo penal. "Termo de constatação de sinais de alteração da capacidade psicomotora" não confirmado em juízo. Manifesta inconsistência e insuficiência de prova, que se resolve pelo in dubio pro reo. Recurso provido.* (TJRS; ACr 0017136-78.2015.8.21.7000; Uruguaiana; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. João Batista Marques Tovo; Julg. 24/08/2016; DJERS 05/09/2016).

> *APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALEGADA AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA REALIDADE FÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME ESPECÍFICO PARA CONSTATAÇÃO DO TEOR DE ÁLCOOL NO ORGANISMO, DESDE QUE NOTÓRIOS OS SINAIS RESULTANTES DE SEU CONSUMO. CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL ULTIMADA QUE SE APRESENTA CLAUDICANTE PARA CONDENAÇÃO. INIDONEIDADE. NON LIQUET. RECURSO PROVIDO. O teste de alcoolemia não era ao tempo da conduta peça imprescindível, fatal, ao reconhecimento do crime tipificado no artigo 306 do código nacional de trânsito, podendo sua falta ser suprida por exame clínico, ou, quando notórios os sinais de embriaguez, pela prova testemunhal. Para a condenação criminal a prova deve ser séria quanto à autoria do delito imputado ao réu. Se do conjunto probatório não emergem provas seguras e sérias quanto aos fatos que*

1 *In*: http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=215. Acesso em 7/11/2017, às 16h47.

2 BEM, Leonardo Schmitt de; GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei Seca – Comentários à Lei nº 12.760, de 20-12-2012**, Ed. Saraiva, 2013, p. 118/119.

constituem a acusação, a melhor solução é a absolvição, com a aplicação do princípio in dubio pro reo. (TJMT; APL 53400/2012; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Rui Ramos Ribeiro; Julg. 29/01/2013; DJMT 07/02/2013; Pág. 34).

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. Prova que se resume a termo de prova testemunhal não confirmado em juízo por um dos testemunhantes, único a ser inquirido nesta sede, o que autoriza confirmar que o imputado ingeriu bebida alcoólica, mas não em que medida nem que ele tivesse sua capacidade psicomotora alterada em razão disso. Não foi realizado inquérito policial sobre o fato, não houve autuação em flagrante, o imputado não prestou depoimento, eis que revel, e a prova foi produzida de modo deficiente, por não estar presente o órgão da acusação em uma das audiências, e não ser inquirido algum daqueles testemunhantes na audiência em que ele estava, os dois tendo entrado em flagrante contradição. Manifesta inconsistência e insuficiência de prova, que se resolve pelo in dubio pro reo. Recurso provido. (TJRS; ACr 0343425-72.2015.8.21.7000; Montenegro; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. João Batista Marques Tovo; Julg. 10/12/2015; DJERS 22/01/2016) .

Ante o exposto, contra o parecer, voto pelo provimento do apelo de José Wilson dos Santos para absolvê-lo da imputação de infração ao artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

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, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001181-72.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA (ART. 121, §2º, II, C/C ART. 14, II, DO CP) – PRELIMINAR – PEDIDO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PELO ALEGADO IMPEDIMENTO DE UMA DAS JURADAS – JURADA ACEITA PELA DEFESA – DEFESA QUE DEVE ESTAR ATENTA À PRÉVIA PUBLICAÇÃO DA LISTA DE JURADOS PARA PODER IMPUGNAR OS NOMES – DEFESA QUE NADA QUESTIONOU NO MOMENTO DO SORTEIO DOS JURADOS NEM LOGO APÓS O SORTEIO – PRECLUSÃO DA MATÉRIA, À LUZ DO ART. 571, DO CPP – PRELIMINAR AFASTADA

MÉRITO – PEDIDO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO SOB A ALEGAÇÃO DE SER A DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE – ACOLHIMENTO DA TESE ACUSATÓRIA – SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – PLEITO DE MAJORAÇÃO DO PATAMAR DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA – IMPOSSIBILIDADE – INCABÍVEL – SODA CÁUSTICA QUE O AGENTE DESFERE SOBRE A VÍTIMA E A OBRIGA A INGERIR – PERÍCIA MÉDICA QUE ATESTA LESÕES DE NATUREZA GRAVE – PATAMAR DE 1/3 MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

Cabe à defesa analisar previamente a lista de jurados e, ao verificar a ocorrência de possível suspeição, impedimento ou mesmo inconveniência na atuação de determinada pessoa no Conselho de Sentença, cabe a ela pedir a exclusão que entenda necessária durante julgamento em plenário, como determina o art. 571, VIII, do CPP, sob pena de preclusão.

Se nada disso foi feito, verificando-se da ata de julgamento que nada foi arguido sobre a dita jurada, não pode a parte invocar intempestivamente esse suposto vício para anular o feito.

A soberania do júri permite que seus componentes optem pela versão que lhes parecer mais correta e consentânea com a realidade do processo, então, se o Conselho de Sentença acolheu a tese acusatória, e optou por uma das versões existentes nos autos que está amparada em elementos de prova, não cabe entender contrária à prova dos autos tal decisão.

Nos delitos tentados, na forma do artigo 14, II, do CP, deve ser observada, para a aplicação do *quantum* da causa especial de diminuição de pena, a fase do período *iter criminis* em que cessou a ação delituosa, sendo que um dos elementos para avaliar esse caminho é analisar as lesões causadas pelo réu.

Pela extensão do *iter criminis* percorrido, é adequada e necessária a redução da pena em 1/3 (um terço) pois o agente esgotou os atos executórios do crime de homicídio, jogando soda cáustica no rosto da vítima e obrigando a vítima a ingerir soda cáustica, assim lhe causando lesões graves atestadas pela perícia médico-legal.

Com o parecer, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

M. C. X. da C. interpôs recurso de apelação, manifestando seu inconformismo pela sentença que o condenou à pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, §2º, II c/c art. 14, II, do CP.

Em suas razões recursais de f. 740-759, arguiu em preliminar a nulidade do julgamento ante o impedimento de uma das juradas. Narra que, após o sorteio, acabou por aceitar a jurada, todavia, desconhecia o fato dela ser psicóloga junto ao Núcleo de Defesa da Mulher vítima da Violência Doméstica (NUDEN), condição que a impediria de servir como jurada nos termos do art. 449, II, do CPP, vez o crime foi praticado contra uma mulher. Sustenta que a mera participação da dita jurada prejudicou a defesa *"porque ao final do julgamento, ao apurar os votos, se vê claramente que ainda que não tenham sido revelados todos os votos, o quarto voto, no sentido de rejeitar a tese de defesa, foi da jurada impedida, demonstrando o real e efetivo prejuízo à defesa e ao réu, eis que na qualidade de impedida, por ser vinculada à defesa da vítima, decidiu o veredicto em desfavor do apelante"*.

No mérito, argumenta que o julgamento foi contrário à prova dos autos, pois haveria irregularidade no acolhimento da qualificadora do motivo fútil pelo Conselho de Sentença, eis que não há nos autos prova de que a motivação do crime tenha sido o fato de que o acusado não aceitava o término do casamento. Pondera que restou provado nos autos que no momento dos fatos, a vítima portava uma faca com o intuito de atingir o apelante M. C., situação que exclui a qualificadora do motivo fútil consubstanciada na suposta recusa por parte do apelante em aceitar o término do relacionamento. Assevera a qualificadora do motivo fútil, acolhida pelos jurados, está completamente dissociada do conjunto probatório.

Aduz que o *quantum* da diminuição da pena pela tentativa deveria ser revisto, pois o Laudo de Exame de Corpo de Delito da vítima (f. 183/185), afirmou com precisão as respostas aos quesitos e aferiu a lesão como de natureza grave, em razão da descrição de que a lesão resultou incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias, porém sem resultar perigo de vida. Ademais, sustenta que o crime ficou distante da consumação do homicídio.

O Ministério Público, em contrarrazões de f. 761-770 requereu o improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento da apelação (f. 784-793).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por M. C. X. da C. visando a reforma da sentença que o

condenou pela prática do crime descrito no art. 121, § 2º, II c/c art. 14, II, do CP.

Narra a denúncia que (f. 01-03):

> *Consta do incluso inquérito policial que no dia 20 de setembro de 2012, por volta das 15 horas, na Rua XXX, XXX, Jardim Canguru, nesta cidade, o denunciado, mediante motivo fútil e utilizando-se de produto químico, tentou contra a vida da vítima P. R. A. dos S., somente não consumando seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade, bem como ofendeu a integridade corporal da vítima E. I. A. X. da C., sua filha de apenas oito anos de idade.*
>
> *Segundo restou apurado o denunciado e a vítima P. conviveram maritalmente por dez anos, sendo que em razão da agressividade do denunciado a vítima resolveu se separar. Todavia o denunciado não aceitava o termino do relacionamento e passou a proferir ameaças contra a vítima P..*
>
> *No dia dos fatos, o denunciado passou a perseguir a vítima P. e, ao chegarem à residência, o denunciado apossou-se de um pedaço de madeira e tentou agredir P. que se refugiou na casa de sua cunhada, N..*
>
> *A vítima P. retornou para sua casa e, após meia hora chegou o denunciado que, portando uma garrafa com produto químico, foi em sua direção. Com medo do denunciado, a vítima tentou correr para a casa de N., porém foi perseguida pelo denunciado que a agarrou pelos cabelos, momento em que o denunciado tentou fazer com que ingerisse o líquido, causando graves lesões em sua face, conforme fotos de fl. 10/13.*
>
> *Consta que a vítima E. I. A. X. da C., filha do denunciado com P., interveio na tentativa de socorrer sua genitora, tendo o denunciado jogado o produto químico em sua face, provocando lesões na criança, conforme fotos de fl. 11.*
>
> *O motivo fútil na conduta do denunciado resta induvidoso, pois tentou contra a vida da vítima P. simplesmente por não aceitar o término do relacionamento, motivo desproporcional diante da conduta perpetrada.*
>
> *Consta, ainda, que na data de 25 de setembro de 2012, por volta das 20 horas, o denunciado ameaçou de causar mal injusto e grave contra a vítima P. R. A. dos S..*
>
> *Restou apurado que após tentar contra a vida da vítima o denunciado disse a L., amida de P., "isso não vai ficar assim, eu vou terminar o serviço!*

Findo o Sumário da Culpa (*Judicium accusatione*), o apelante foi pronunciado pela prática do crime descrito no artigo 121, *caput,* c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, em relação à vítima P. R. A. dos S., no artigo 129, § 6º, em relação à vítima E. I. A. X. da C. e impronunciado da imputação relativa ao crime descrito no artigo 147 do CP em relação à vítima P. R. A. dos S.(cf. f. 479-489).

Após o provimento do recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet*, o apelante foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sob a acusação de prática dos delitos capitulados nos artigos 121, § 2º, inciso II, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, em relação à vítima P. R. A. dos S., no artigo 129, § 6º, em relação à vítima E. I. A. X. da C..

Sobreveio sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal impondo a pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, inciso II, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, em relação à vítima P. R. A. dos S..

Irresignado, o apelante interpôs recurso de apelação pugnando, em preliminar, pugna pela declaração

da nulidade do julgamento pelo impedimento de uma das juradas que participou da composição do Conselho de Sentença. No mérito, pleiteia pela anulação do julgamento reconhecendo que a decisão dos jurados seria contrária à prova dos autos por não haver prova capaz de atribuir a qualificadora do motivo fútil e, alternativamente, pela aplicação da causa de diminuição de pena pela tentativa em patamar superior.

Da preclusão quanto à preliminar de nulidade baseada no impedimento da jurada.

O apelante arguiu em preliminar a nulidade do julgamento ante o impedimento de uma das juradas pelo fato de ser psicóloga junto ao Núcleo de Defesa da Mulher Vítima da Violência Doméstica (NUDEM). Alega que tal condição a impediria de servir como jurada nos termos do art. 449, II, do CPP, vez o crime foi praticado contra uma mulher.

Sustenta que a mera participação da dita jurada prejudicou a defesa *"porque ao final do julgamento, ao apurar os votos, se vê claramente que ainda que não tenham sido revelados todos os votos, o quarto voto, no sentido de rejeitar a tese de defesa, foi da jurada impedida, demonstrando o real e efetivo prejuízo à defesa e ao réu, eis que na qualidade de impedida, por ser vinculada à defesa da vítima, decidiu o veredicto"* em seu desfavor, assim, deveria ser declarada a nulidade absoluta do julgamento.

A preliminar deve ser rejeitada.

Na data de 26/02/2015 fez-se o sorteio mensal dos 25 jurados titulares e 10 suplentes para atuarem nas reuniões periódicas correspondente a *"Semana Nacional de Combate à Violência a Mulher"* a realizar-se no mês de março (9 a 13) e abril (13 a 17) de 2015 e, nesta lista constou o nome de K. de O. A., psicóloga registrada no CRP 14 º região-MS (cf. f. 735-734), sendo ela convocada a atuar na sessão de julgamento referente a estes autos.

Da ata de julgamento de f. 718-723 vê-se que antes do sorteio dos jurados o Juiz Presidente deu ciência aos jurados dos casos de impedimentos, suspeições e incompatibilidades lendo o disposto nos arts 448 e 449 do CPP, que preveem:

> *(...) Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.*
>
> *Art. 448. São impedidos de servir no mesmo Conselho:* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm - art1
>
> *I – marido e mulher;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm - art1
>
> *II – ascendente e descendente;*
>
> *III – sogro e genro ou nora;*
>
> *IV – irmãos e cunhados, durante o cunhadio;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm - art1
>
> *V – tio e sobrinho;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm - art1
>
> *VI – padrasto, madrasta ou enteado.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm - art1

> *§ 1º O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham § 2º Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados.*
>
> *Art. 449. Não poderá servir o jurado que:*
>
> *I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm - art1
>
> *II – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm - art1
>
> *III – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado*

Colhe-se dos autos que entre os sete jurados sorteados para compor o Conselho de Sentença, estava K. de O. A. (cf. f. 720) e seu nome não foi impugnado por nenhuma das partes.

Não houve descumprimento de nenhuma das regras atinente ao sorteio dos Jurados previstas nos arts. 432, 466, 467, 468, 469 e 472 e do CPP.

Ocorre que, findo o julgamento e após a interposição deste recurso de apelação, a defesa juntou a declaração de f. 734, na qual consta que a jurada K. exercia a função de psicóloga junto ao NUDEM – Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher e tal situação era desconhecida.

E é nisso que baseia seu pedido de nulidade do julgamento, ante o suposto impedimento de uma das juradas, pois alega que, após o sorteio, acabou por aceitar a jurada, todavia, desconhecia o fato dela ser psicóloga junto ao Núcleo de Defesa da Mulher vítima da Violência Doméstica (NUDEN), condição que a impediria de servir como jurada nos termos do art. 449, II, do CPP, vez o crime foi praticado contra uma mulher.

O mérito de tal suposto impedimento será analisado em outro ponto, mas desde logo cabe justificar sobre a preclusão de tal alegação.

Com efeito, não procede a alegação de que o suposto óbice da jurada foi descoberto posteriormente, isso porque com a prévia lista dos jurados sorteados para compor as reuniões periódicas (f. 735-736), era plenamente possível a defesa examinar a ocorrência de possível impedimento ou suspeição, sobretudo neste caso em que a jurada (tida como imparcial) exercia sua função na mesma instituição que o representante legal que atuou na defesa do réu (Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul).

Caberia à defesa analisar previamente a lista de jurados e, ao verificar a ocorrência de possível suspeição, impedimento ou mesmo inconveniência na atuação de determinada pessoa no Conselho de Sentença, poderia pedir a exclusão que julgasse necessária.

Aliás, no caso, a defesa assim fez uso de suas prerrogativas e dispensou as juradas K. D. D., S. S. P. e R. A. D. O. (cf. f. 719), mas não se opôs ao sorteio de K., o que demonstra sua inércia e conformismo com o nome da jurada que depois veio impugnar a destempo.

Não pode a defesa, somente após o resultado desfavorável para o réu, vir alegar parcialidade de uma das juradas, pois essa é matéria que deveria ter sido suscitada no julgamento em plenário, como determina o art. 571, VIII, do CPP, que disciplina:

> *Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas:*
>
> *(...) VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.*

Então, a suposta parcialidade da jurada deveria ter sido arguida no primeiro momento, em plenário, propiciando ao juiz presidente decidir sobre o incidente, sob pena de convalescimento da situação e impossibilidade de alegação posterior de nulidade.

Na espécie, a defesa apenas recusou três dos jurados (K. D. D., S. S. P. e R. A. D. O. - cf. f. 719), não tendo nada alegado a respeito de K., como se vê da ata de julgamento de f. 718-723 e, como nada foi arguido sobre a dita jurada, significa que a parte conformou-se, o que a impede de valer-se deste suposto vício para anular o feito.

Desta forma, a inércia da defesa enseja a preclusão da matéria nos termos do art. 571, VIII, do CPP.

No mesmo sentido pronunciaram-se nossos Tribunais Superiores:

> *CORPO DE JURADOS - SUSPEIÇÃO. Uma vez sorteados os jurados, devem ser opostos os impedimentos porventura existentes. Preclui o direito de fazê-lo se não acionada a recusa contemplada em lei.* (STF. HC 88653/ AP. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em 29/04/2008).
>
> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE. IMPEDIMENTO DE JURADO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. Esta Corte possui o entendimento harmônico de que eventuais nulidades ocorridas no plenário de julgamento do Tribunal do Júri devem ser arguidas durante a sessão, sob pena de serem fulminadas pela preclusão, nos termos da previsão contida no art. 571, VIII, do Código de Processo Penal. 3. Na hipótese, a discussão sobre o impedimento ou a suspeição de jurado deveria ter ocorrido no momento do sorteio do conselho de sentença. 4. Habeas corpus não conhecido.* (STJ.HC 208900. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 11/10/2016).
>
> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. SUSPEIÇÃO DE JURADO. ALEGAÇÃO SOMENTE EM RECURSO DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO. ORDEM NÃO CONHECIDA.*
>
> *(...) III - Consoante preceitua o art. 571, inciso VIII, do CPP, as nulidades ocorridas em plenário de julgamento devem ser arguidas no momento próprio, ou seja, logo depois de ocorrerem (precedentes desta Corte e do col. STF). IV - Da leitura conjunta dos arts. 433 e 435 do CPP, depreende-se que a publicação da lista de jurados é pública e realizada com antecedência, o que autoriza a parte interessada a proceder ao levantamento de informações atinentes aos jurados, no sentido de se averiguar a idoneidade de cada um. Tal expediente permite a arguição, opportuno tempore - ou seja, em plenário de Júri -, de eventual impedimento ou suspeição, e sua inobservância atrai a incidência da preclusão. Ordem não conhecida.* (STJ. HC 342821. Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em 15/03/2016).
>
> *HABEAS CORPUS - PROCESSO PENAL - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - APRESENTAÇÃO DE FITA DE VÍDEO NO PLENÁRIO DO JÚRI - PERDA DA IMPARCIALIDADE DOS JURADOS NÃO DEMONSTRADA - NULIDADE NÃO ARGÜIDA EM MOMENTO OPORTUNO - ORDEM DENEGADA. - A alegação de imparcialidade dos jurados deve estar comprovada de plano, o que não ocorreu in casu. A*

> *simples exibição de fita de programa de televisão em sessão plenária do júri não é suficiente para caracterizar a perda da imparcialidade dos jurados. - As nulidades ocorridas após a pronúncia e durante o julgamento do Tribunal do Júri devem ser argüidas na própria sessão, nos termos do art. 571, V e VIII, do CPP, sob pena de preclusão(art. 572, I). - Ordem denegada.* (STJ. HC 29.762. Rel. Min. Jorge Scartezzini. Quinta Turma. Julgado em 19/02/2004).

Ademais, mesmo se supostamente fosse tempestiva tal invocação de nulidade, ela não tem fundamento jurídico nem provas a justificar seu reconhecimento.

Vejamos:

A situação da jurada K. não se encontra entre os impedimentos previstos no art. 447, do CPP.

A defesa alega que a imparcialidade de referida jurada estaria comprometida em razão do cargo por ela exercido, uma vez que a conduta imputada ao acusado M. é justamente um caso de violência contra a mulher e a jurada, por atuar em um núcleo de defesa dos direitos da mulher, estaria pré disposta a condená-lo, o que configuraria a hipótese do art. 449, III, do CPP.

Contudo esta hipótese não pode ser presumida, cabendo à parte interessada demonstrar que a pessoa que integra o Conselho de Sentença tenha se manifestado, por qualquer forma, a predisposição para condenar ou absolver o réu.

Não existe no caso qualquer impedimento, isso porque a jurada K. fez o juramento exigido pelo art. 472, do CPP, comprometendo-se a examinar a causa com imparcialidade e proferir a decisão de acordo com sua consciência e os ditames da justiça, ou seja, tinha ciência de sua responsabilidade e mesmo assim aceitou o encargo de agir de forma imparcial.

O fato de K. atuar no núcleo de defesa da mulher vítima de violência de gênero, por si só, não a impede de exercer a função de jurada.

Ademais, não se provou que a jurada K. tivesse atuado nos autos como psicóloga, não há qualquer remoto indicativo de que tenha tido contato com a vítima.

Então, a alegação de impedimento por imparcialidade da jurada está preclusa, e ademais é desprovida de lastro probatório, não havendo que falar em qualquer nulidade, logo, afasto a preliminar arguida.

Da anulação do júri.

O apelante argumenta que a decisão do júri seria contrária a prova dos autos, pois não estaria demonstrada a qualificadora do motivo fútil, visto que o crime não teria sido praticado pela não aceitação do término do relacionamento, mas sim em razão do fato da vítima estar correndo com uma faca na direção do apelante.

Após análise dos autos, verifica-se não assistir razão ao inconformismo da defesa.

Disciplina o art. 593, do CPP:

> *Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:*
>
> *III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:*
>
> *(...) d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.*

Doutrina e jurisprudência pontuam que somente se considera *"manifestamente contrária à prova dos autos"* a decisão dos jurados que dissocia, integralmente, de todos os segmentos probatórios constantes no processo.

Renato Brasileiro de Lima, ao comentar o artigo citado, esclarece que:

> *(...) para que seja cabível apelação com base nessa alínea d, de modo a se compatibilizar sua utilização com a soberania dos veredictos, é necessário que a decisão dos jurados seja absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante nos autos. Portanto, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório, é aquela que não tem apoio em nenhuma prova, é aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique (...).* (Renato Brasileiro de Lima. Manual de Processo Penal, vol II. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2002, p. 969/970).

Também são relevantes as observações de Fernando da Costa Tourinho Filho, que ensina:

> *(...) Por último, a alínea d (quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos). Nesse caso, ante eventual apelo, o Tribunal, dando provimento, reconhece o error in judicando. É imperioso, contudo, esteja a decisão de todo dissociada da prova dos autos. A lei diz: manifestamente contra a prova dos autos. (...) Exige-se, contudo, que a decisão dos jurados não encontre arrimo em alguma prova. Afinal de contas, os jurados têm inteira liberdade de julgar, e essa liberdade lhes confere o direito de optar por uma das versões. Se a sua decisão é estribada em alguma prova, não se pode dizer ser ela manifestamente contrária ao apurado no corpo do processo.(...).* (Fernando da Costa Tourinho Filho. Código de Processo Penal Comentado - vol. 2, 13ª ed.. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 380-381).

Portanto, se houver provas que amparem a decisão do conselho de sentença, ainda que respaldada em alguma ou uma única dentre as teses de fato ou de direito enfrentadas, não se anula o julgamento com base na alínea "d" do inciso III do art. 593, do CPP, pois deve-se preservar a soberania do veredicto do Tribunal do Júri.

No caso, a materialidade delitiva encontra suporte no laudo de exame de corpo de delito de f. 447-450, a autoria também é certa e sequer foi questionada pela defesa.

Quanto à qualificadora do motivo fútil, ela foi reconhecida pelo Júri, assim como a materialidade, a autoria e a forma tentada do crime.

Veja-se as respostas dos jurados (f. 718-723):

> *1º) Na data de 20 de setembro de 2012, por volta das 15h, na Rua Caraíba, n. 911, Jardim Canguru, nesta capital, a ofendida Patrícia Ribeiro Alves dos Santos foi atingida por produto químico, bem como foi forçada a ingeri-lo, o que lhe provocou as lesões descritas nos laudos de exame de corpo de delito de f. 447-50? Votos SIM:4 Votos NÃO:0*
>
> *2º) O acusado M. C. X. da C. arremessou produto químico conta a ofendida e tentou forçá-la a ingeri-lo, nas circunstâncias acima mencionadas? Votos SIM:4 Votos NÃO:0*
>
> *3º) O acusado, assim agindo, deu início à execução de um crime de homicídio que somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade? Votos SIM:4 Votos NÃO:0*
>
> *4º) O Jurado absolve o acusado? Votos SIM:0 Votos NÃO:4*

> *5º) O acusado agiu por motivo fútil, pois teria resolvido matar a vítima porque não aceitava o término do seu casamento com ela? Votos SIM:4 Votos NÃO:1*

Resumindo o que consta dos autos, na data dos fatos, as peças narram que o apelante e a vítima desentenderam-se e, em razão disso, o apelante perseguiu a vítima P., apossou-se de um pedaço de madeira e tentou agredi-la, após meia hora, o acusado teria retornado ao local dos fatos e atentou contra a vida da vítima P., tentando que ela engolisse um produto químico, que depois apurou-se em laudo pericial de f. 229-233, tratar-se de soda caustica, o que gerou lesões graves na vítima.

No que tange à qualificadora do motivo fútil, narra a denúncia que *"O motivo fútil na conduta do denunciado resta induvidoso, pois tentou contra a vida da vítima Patrícia simplesmente por não aceitar o término do relacionamento, motivo desproporcional diante da conduta perpetrada"*. Então, o Ministério Público sustentou que o motivo do crime foi fútil.

Já a defesa afirma que não estaria demonstrada a qualificadora do motivo fútil, visto que o crime não teria sido praticado pela não aceitação do término do relacionamento, mas sim em razão do fato da vítima estar correndo com uma faca na direção do apelante.

Vê-se que os jurados acolheram a tese da acusação, pois analisando a votação dos quesitos eles assim responderam (f. 718-723):

> *5º) O acusado agiu por motivo fútil, pois teria resolvido matar a vítima porque não aceitava o término do seu casamento com ela?*
>
> *Votos SIM:4 Votos NÃO:1*

Dos autos constam duas teses, uma defensiva (tentativa de homicídio na forma simples) e outra da acusação (tentativa de homicídio qualificado) e os jurados optaram por uma das versões que lhes foi apresentada em plenário, e escolheram a sustentada pelo Ministério Público, pois reconheceram a futilidade do motivo.

A tese acusatória está amparada na prova oral e nas declarações prestadas pelas própria vítima e prova testemunhal.

Veja-se as declarações prestadas pela vítima P. que, em juízo (f. 270-276):

> *[...] DEPOENTE: Então, já fazia dias né, que... Fazia algum tempo que eu já tinha pedido a separação devido a violência dele né, que eu falei que eu não aceitaria mais nenhum tipo de violência física contra mim. O quê que aconteceu? Ele começou a dar surto de ciúmes (ininteligível) mais do casamento, porque ele já havia me agredido, foi no meu serviço em maio do ano passado por me agredir, foi quando eu pedi a separação e ele não aceitou, aí ele começou a me ameaçar, ameaçar, aí até que no dia, em uma segunda-feira, no domingo a noite nós tivemos uma discussão, e na segunda-feira ele foi na casa da Letícia e mostrou os vidros com soda para ela, aí ela foi na mesma hora ela foi na minha casa, e falou assim para mim, falou assim: "P., pega o que dar, pega os seus filhos e vai embora, porque ele vai fazer alguma coisa com você.", eu falei: "Ele não vai fazer isso, 10 anos né, ele está fazendo isso para eu voltar o casamento com ele.", ela falou, "Não, pega as suas coisas, pega o seus filhos e vamos embora, deixa carro, moto, todas as suas coisas com ele.", "Não, ele não vai fazer isso.", só que na hora que ela foi para me ajudar, que ele estava no ponto, quando ele chegou.*
>
> *MP: Ela chegou a falar para a senhora que ele estava com o líquido, com a soda?*
>
> *DEPOENTE: Chegou, ele mostrou para ela.*

MP: Então, mas ela falou para a senhora (ininteligível)?

DEPOENTE: Só que eu achei que ele estava fazendo isso para me ameaçar né, para eu voltar o casamento com ele. Aí passou isso daí... Foi na segunda-feira a noite, aí quando eu vi o jeito que ele ficou, ele já nem voltou mais trabalhar e ele pegou e ficou (ininteligível) eu fiquei com medo, assustada, aí ele já começou nem dormir a noite, aí passou terça-feira, quarta, quando foi na quinta-feira eu fui sair do meu serviço, ele estava lá, me seguindo, ele me seguiu, aí chegou lá fora, nós discutimos no meio da rua, ele pegou o capacete e para dar capacete em mim, eu falei assim: "Para quê tudo isso?", mas aí eu peguei e entrei dentro do carro, fui peguei minhas crianças lá na babá que é próximo do meu serviço e fui para casa, chegou lá ele pegou e veio me bater, ele veio para cima de mim, ele veio para cima de mim, para me defender eu peguei uma faca, peguei uma faca, aonde ele pegou e saiu correndo no meio da rua, falou que não gosta de bater em mulher (ininteligível) que eu estou com (ininteligível) você não tem coragem agora, aí ele foi na casa da irmã dele e pegou uma tábua, uma tábua enorme e veio para dar na minha cabeça, aí eu peguei e saí correndo né, saí correndo, aí a mãe dele entrou no meio, aí ele pegou e falou assim: "Eu vou mostrar para você o que eu vou fazer com você. A N. já está sabendo o que eu vou fazer. A N. veio (ininteligível) fica derramando lagrima lá, pedindo para mim não fazer, mas agora eu já estou decidida, eu vou fazer.", aí ele pegou nos cômodos da casa tinha um guarda-roupa e em cima tinha um vidro de limpar vidro, ele pegou e jogou o limpa vidro no chão, e falou assim: "Me dá a chave aí da moto.", que era outra moto, falou: "Me da a chave da moto, que eu vou tirar a gasolina daqui dessa moto ali, para colocar ali na minha, que a minha está falhando.", eu falei: "Não, eu não abasteci aquela moto ali. Essa dali está sem gasolina, eu não vou te dar a chave.", aí eu falei: "Você quer ir, você vai com a moto do moto-táxi mesmo, você não trabalha com aquela velha do moto-táxi.". Aí a nisso a irmã dele pegou e estava com ele, acalmou um pouco (ininteligível), e a moto, aí ela falou: "Para guri, para com isso.", aí ele pegou e eu não vi que ele saiu com o vidro, aí ele pegou e falou assim: "05:30 eu volto para estar com as crianças, para você ir para faculdade.", eu falei: "Não, aqui dentro você não entra mais.". Quando foi umas meia-hora depois, ele voltou, eu estava terminando de varrer a casa, eu estava na porta da cozinha, ele entrou devagarzinho pela porta da sala abriu, que não faz barulho, e colocou e falou: "Agora você vai vê do que eu sou capaz.", e colocou a mão por dentro da blusa, no que ele colocou a mão por dentro da blusa eu falei: "Está com revólver ele vai me matar, vai me matar.". Aí eu só abri o portão e saí correndo, aí eu saí correndo por frente da casa, ele me alcançou e eu corri para o lado da casa da irmã dele, eu falei assim: "Eu indo lá, ele não vai fazer nada comigo.", só que a irmã dele como já sabia, a irmã dele saiu e trancou o portão com cadeado, só estava a menina lá na casa, que é menor de idade T.. Aí eu peguei e corri, ele grudou no meu cabelo e eu só agachei (ininteligível) no meu olho né, dobrei o joelho e nisso eu só sentir queimar, queimar toda a minha cabeça, e eu sentia queimando a minha boca, porque quando ele puxava o meu cabelo ele pegava o vidro e enfiava dentro da minha boca, e enfiava dentro da minha boca e eu empurrava, eu empurrava com a língua, que no entanto eu não sei se tem foto aí, de como eu fiquei, que eu trouxe umas fotos.

MP: A senhora chegou a ingerir o líquido?

DEPOENTE: Não, porque eu empurrei com a língua né.

MP: E derramou por fora da boca da senhora?

DEPOENTE: Derramou por tudo, isso aqui oh, eu não sinto isso aqui nada, isso aqui (...)

MP: De um lado a senhora não sente.

DEPOENTE: Aqui ficou, conforme se eu converso muito a saliva começa a escorrer aqui do lado, porque por dentro deformou.

MP: Por dentro da boca deformou tudo?

DEPOENTE: Aham, deformou.

MP: E era soda realmente? O quê que o médico falou?

DEPOENTE: O médico falou aparentemente soda com mais alguma coisa misturada. Aí o que aconteceu, depois disso a minha mãe achou, porque ele pegou e jogou sobre, eu acho que um tanto assim (ininteligível) e jogou dentro de uma foça que não era utilizada, aí a minha mãe achou, o meu pai achou e levaram para delegacia, para perícia.

[...]

MP: Era comum o M. bater (ininteligível) fisicamente?

DEPOENTE: Já, já foi muitas vezes.

MP: Muitas vezes. A senhora alguma vez denunciou ele na polícia, fez Boletim de Ocorrência?

DEPOENTE: Não, a última vez que ele tinha me agredido que eu coloquei um basta, foi quando eu estava de dieta de 15 dias do D., eu estava com 15 dias que eu tinha feito um parto Cesariano e ele me agredia, por coisa, sem precisa de meio copo d'água, só porque eu fui questionar com ele, que eu tinha que ir ao médico e ele... Para retirar os pontos e levar o neném para consulta, e ele pegou e chegou com a moto em casa, para me levar de moto com a criança. E eu fui questionar com ele, porque, ele tinha... Ele falou que porque ele tinha emprestado o carro para o cunhado vim para o centro, e eu falei para ele que não era certo. Aí por causa, disso nós tivemos uma discussão e ele me agrediu, foi quando a minha família veio a saber, porque eu sempre escondia.

MP: Tá. E ele nessa vez que ele agrediu a senhora, agrediu como, com socos, ponta pés?

DEPOENTE: Com soco, ele me deu um soco no meu olho, que ficou todo vermelho por dentro.

MP: Me diz uma coisa, alguma vez a senhora foi agredida (ininteligível) de parar no hospital, teve que tomar medicamentos alguma vez?

DEPOENTE: Não.

MP: De ir parar no hospital?

DEPOENTE: Não, de parar no hospital não, porque toda vez quando ele me agredia alguma coisa assim, sempre os filhos estavam presentes, ele não tinha essa de fazer longe dos filhos nada, na presença dos filhos, se tivesse que xingar era na presença dos filhos, se tivesse que bater era na presença dos filhos.

MP: Me diz uma coisa P., porque, que você nunca registrou ocorrência?

DEPOENTE: Aquele medo, achando que o fim do casamento ia dar certo né, eu com 03 filhos, sem profissão nenhuma né, sem trabalhar, dependendo dele, aí ele falava assim para mim: "Ah, você não é ninguém, você acha que eu vou largar de você, se você largar de mim, você vai para aonde, para casa da sua mãe? Você acha que a sua mãe vai aceitar você com esse monte de filho? Para se você me largar, você não vai arrumar ninguém não, quem vai querer uma mulher acabada que nem você?".

MP: E me diz uma coisa, nesses fatos, aqui do líquido, a senhora estava separada dele ou ele estava morando (ininteligível)?

DEPOENTE: Nós estávamos na mesma casa, porém separados de cama.

MP: Separados de cama.

DEPOENTE: Aham.

MP: Isso há quanto tempo já?

DEPOENTE: Isso desde maio do ano passado, desde o dia que ele pegou... No dia antes que ele me agrediu verbalmente e um outro dia ele me agrediu fisicamente no meu serviço. Porque ele não queria que eu fosse trabalhar, que ele tinha chamado não sei quem, e queria que eu fizesse almoço em casa, e eu falei que eu ia para o serviço.

MP: Em maio ele te agrediu como, como socos, com pontas pés, como quê que foi?

DEPOENTE: É, com empurrões, ele me deu um empurrão que caiu, eu trabalho na farmácia, empurrou que caiu todas as coisas da venda.

MP: Diz-me uma coisa que P., porque, que vocês estavam morando na mesma casa ainda?

DEPOENTE: Porque ele falava que se eu saísse e levasse as crianças, ele ia arrancava o meu pescoço. Se eu saísse sozinha, ele (ininteligível) me deixava em casa, se eu saísse e levasse as crianças, ele falou que ia atrás de mim, ou ele arrancava um por um, os pescoços das crianças e depois me matava (ininteligível) e colocar para eu assistir e ver e sofrer o resto da vida, ou eu não sei, ele me ameaçava de tudo quanto é jeito.

MP: Desde quando que a senhora está trabalhando lá?

DEPOENTE: Então, eu comecei a trabalhar depois que ele me agrediu quando eu ficava de dieta, eu só esperei dar os 04 meses do meu filho, foi aonde eu arrumei um serviço, que eu falei, agora eu vou criando independência financeiramente para mim na hora... Que eu não vou mais agüentar humilhação. [...]

A testemunha L. C. C., amiga do casal, em juízo esclareceu que (áudio de f. 371): não presenciou os fatos, sabia que o casamento de M. e P. estava em crise, informou que o casal se ofendia verbalmente mas não chegou a presenciar agressões físicas. Relatou que M. o havia lhe procurado anteriormente para saber se P. estava lhe traindo.

N. X. da C. S., irmã do acusado, em juízo esclareceu que (áudio de f. 371): sabia que o casal estava brigando e passando por problemas no casamento e, em que pese nunca ter presenciado uma briga ou discussão, o réu M. a procurava para contar-lhe das discussões, alegando que P. era negligente com os cuidados do lar e das crianças.

Em plenário (áudio de f. 718-723), a vítima relatou que foi agredida pelo ex-marido, que disse que iria lhe matar e após uma discussão foi novamente agredida, dentro de casa, na frente dos filhos, razão pela teria se munido de uma faca para se defender e saiu correndo até a casa da irmã do réu, quando este já estava de posse de um pedaço de madeira para acertar-lhe na cabeça, sendo contido pela irmã do acusado. Relata que M. pegou um vidro, dentro de casa, dizendo que seria para colocar gasolina na moto e retirou-se da residência. Cerca de quarenta minutos depois, M. retornou, portando o vidro que havia retirado de casa há poucos instantes. Aduz, que já havia sido advertida que M. pretendia jogar-lhe soda caustica, nesse momento, sentou-se no chão, protegeu os olhos e M. passou a lançar a soda caustica sobre si, na frente das crianças e

não atendendo ao pedido dos filhos para que parasse, bem como, introduziu o vidro de soda caustica dentro de sua boca, tentando fazer-lhe beber o líquido. Após, foi socorrida e encaminhada ao hospital. Informou que conviveu com o réu por aproximadamente 10 anos e, nesse período o relacionamento foi tumultuado, sempre foi agredida por qualquer motivo, sendo que deixou de registar as agressões por medo. Disse que, no dia dos fatos, o acusado estava agressivo especificamente em razão do pedido de separação e o réu não aceitava, pois ele lhe dizia que *"se não fosse dele, não seria de mais ninguém, que ele não aceitava"*. Noticiou que buscou de todas as formas realizar uma separação consensual, mas isso não era aceito pelo réu, pois ele dizia que não queria ficar sem os filhos, sem a casa, sem a esposa, pois ela não seria de mais ninguém. Ameaçou-lhe que uma vez feita a denúncia, ele iria cumprir o intento e retornaria para lhe matar. Quando o M. retornou à casa, com a soda caustica com ácido dentro de um vidro sob suas vestes, não houve nova discussão, sendo que já saiu correndo através do portão dos fundos da casa e veio a ser alcançada pelo réu, que lhe puxou pelo cabelo, razão pela qual sentou-se no chão e tentou se proteger. [...].

Quanto à futilidade, consta da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (item n. 38) que motivo fútil é aquele *"que, pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime"*.

Celso Delmanto conceitua motivo fútil assim:

> *É fútil o homicídio praticado por motivo insignificante, sem importância, totalmente desproporcionado em relação ao crime, em vista de sua banalidade.* (Celso Delmanto. Código Penal Comentado, 8ºedição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 447).

Guilherme de Souza Nucci leciona que:

> *A reação humana, movida pelo ciúme, forte emoções que por vezes verga o equilíbrio do agente, não é suficiente para determinar a qualificadora do motivo fútil.* (NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado. 5ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 500).

Das declarações transcritas se observa que houve uma discussão prévia entre apelante e vítima, pois M. constantemente agredia P., a qual pretendia se separar, no entanto, o réu não aceitava por fim no relacionamento do casal.

Vê-se dos autos que o marido ou companheiro estava inconformado com a conduta da mulher, que pretendia exercer o direito de se separar dele, porque sofria violência causada por ele.

A conduta homicida por motivo de o recorrente não aceitar tal direito da mulher foi reconhecida pelo Conselho de Sentença como motivo que qualificou o crime, quando respondeu afirmativamente que o delito foi cometido por motivo fútil (cf. Termo de Quesitação de f. 722-723).

Vê-se que os jurados acolheram a tese da acusação, pois o quesito relativo a qualificadora do homicídio está formulado nos limites da pronúncia (acórdão de f. 549-553), sem risco de perplexidade dos jurados e de prejuízo para a defesa, e diante da pergunta formulada o jurados entenderam que estaria demonstrado o motivo fútil do crime.

Não é possível anular tal decisão, pois embasada em todas as provas apresentadas.

Só se poderia afastar tal qualificadora se ela não tivesse suporte nas provas, porém não no caso presente, em que os jurados analisaram as versões de fato e de direito apresentadas, e as provas a respeito, decidindo com amparo nelas.

Só se poderia anular julgamento que fosse manifestamente contrário à prova dos autos, o que não é o caso, pois o Conselho de Sentença optou pela tese acusatória que está respaldada no arcabouço probatório,

assim, faz-se imperioso respeitar a decisão dos jurados, pois tomada em conformidade com o princípio constitucional da soberania do veredicto popular (art. 5º, XXXVIII, da Constituição).

Nesse sentido pronunciou-se o STJ:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. ALEGAÇÃO DE TER SIDO A DECISÃO DO JÚRI CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA.*
>
> *I - Não se qualifica como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos Jurados que se filia a uma das versões para o crime, em detrimento de outra, ambas apresentadas em Plenário, desde que a tese privilegiada esteja amparada em provas idôneas, como ocorreu na espécie (Precedentes).*
>
> *II - Na espécie, o v acórdão vergastado apontou, para concluir que a decisão tomada pelo júri não seria manifestamente contrária à prova dos autos, além de delação realizada por corréu na fase inquisitorial, acompanhada por Promotor de Justiça, prova testemunhal, produzida em juízo. Ordem denegada.* (STJ. HC 139360. Rel. Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em 17/11/2009)

Somente a decisão que se dissocia integralmente da prova dos autos é que pode ser invalidada. Apenas quando a decisão dos jurados contrariar todas as provas apresentadas, afastando integralmente as versões de fato e de direito apresentadas, é que pode ser anulado, por manifestamente contrário à prova dos autos.

No caso presente, a decisão tem respaldo nas provas existentes nos autos, então não pode esta Câmara anulá-la, sob pena de negar vigência ao princípio constitucional da soberania do júri popular.

Basta a existência de uma vertente probatória que autorize aos jurados decidirem da forma eleita, para que se afaste a alegação de *"julgamento contrário à prova dos autos"*.

Aliás, sequer importa o fato de existir número maior ou menor de elementos apontando para a tese acolhida ou rejeitada pelos jurados, o que realmente se impõe como relevante é a capacidade de a prova utilizada convencê-los a votarem em favor de uma das teses aventadas.

A decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que se dissocia do conjunto probatório, e isso não ocorreu aqui, pois o Conselho de Sentença, apoiado no conjunto fático-probatório, considerou que o acusado agiu inconformado porque a vítima pretendia por fim ao relacionamento do casal, e isso era motivo para a qualificadora ser reconhecida.

Então, em respeito ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, é impossível que este Tribunal proceda a um juízo de valor acerca da caracterização ou não das qualificadoras, sob pena de se imiscuir, indevidamente, na competência constitucional assegurada ao Tribunal do Júri.

No mesmo sentido, decidiu o STJ:

> *HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. QUALIFICADORA RELATIVA AO EMPREGO DE MEIO CRUEL. INCIDÊNCIA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*

> *1. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi reconhecida a qualificadora relativa ao emprego de meio cruel (inciso III), porquanto restou demonstrado que o paciente efetuou diversos golpes de tesoura contra a vítima - uns nas costas e outros no peito -, tendo-lhe, ainda, desferido um chute na cabeça, quando agonizava no chão em razão das facadas.*
>
> *2. Em respeito ao princípio constitucional da soberania dos veredictos (CF, artigo 5º, XXXVIII, d), mostra-se inviável que este Superior Tribunal proceda a um juízo de valor acerca da caracterização ou não da referida qualificadora, sob pena de imiscuir-se, indevidamente, na competência constitucional assegurada ao Tribunal do Júri.*
>
> *3. Para que a decisão do Conselho de Sentença seja considerada manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que a versão acolhida não encontre amparo em nenhum dos elementos fático-probatórios amealhados aos autos, o que não é a hipótese em comento, pois, conforme demonstrado, existem fundamentos concretos que dão arrimo à decisão dos jurados, no sentido de que o crime de homicídio foi praticado com emprego de meio cruel, que causou à vítima sofrimento de forma ostensiva e desnecessária.*
>
> *4. Não obstante o exame de corpo de delito tenha negado a ocorrência de emprego de meio cruel, restou comprovado que inúmeros foram os golpes de tesoura desferidos contra a vítima, em região letal, de maneira que tal documento não é suficiente para descartar a efetiva crueldade do meio empregado para a consecução do ilícito.*
>
> *5. O laudo de exame de corpo de delito não é decisivo para comprovar o efetivo sofrimento da vítima, sendo certo que apenas o Conselho de Sentença pode deliberar sobre as circunstâncias do crime, de modo que se mostra inviável, ante a eventual existência de dúvidas, decotar a aludida qualificadora em sede de habeas corpus. 6. Habeas corpus não conhecido.* (STJ. HC 256724 MG. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 12/08/2014).

Se a tese da acusação foi respaldada por provas colhidas durante a instrução processual sob o crivo do contraditório, a decisão dos jurados deve ser mantida.

Da tentativa

Para efeitos de redução da pena diante do disposto no inciso II do art. 14 do Código Penal deve ser levado em consideração o *iter criminis* percorrido pelo agente. Quanto mais perto tenha ele chegado da consumação, menor deverá ser a redução da pena.

Sobre o tema, o mestre Mirabete ensina que:

> *Pela teoria objetiva adotada pelo Código, a tentativa é punida com uma pena menor do que o crime consumado, considerada a não-ocorrência do resultado lesivo. Assim, salvo disposição em contrário, a tentativa é punida com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída obrigatoriamente de um a dois terços. A redução da pena referente à tentativa deve resultar não das circunstâncias do crime, que são consideradas na fixação da pena-base, mas das circunstâncias da própria tentativa, ou seja, da extensão do iter criminis percorrido pelo agente, graduando-se o percentual em face da maior ou menor aproximação do resultado; quanto mais o agente se aprofundou na execução, quanto mais se aproximou da consumação, menor a redução.* (Júlio Fabbrini Mirabete. Código Penal Interpretado, 4ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 154)

Então, o *quantum* da causa de diminuição de pena descrita no art. 14, II, do CP, deve ser maior,

quando o agente não tenha se aproximado da consumação do delito e menor, na medida proporcional em que o agente chega mais próximo à consumação do ilícito penal, isto é, às raias da consumação.

No caso, reporto-me neste momento aos relatos aflitivos da vítima acima citados, onde informou que o apelante após ter agredido a vítima, retornou ao local dos fatos, munido de um vidro contendo soda caustica e foi em direção de P., a qual correu para a casa do irmão do acusado, sendo perseguida e alcançada por este.

E a vítima fez relato aflitivo deste momento mais violento, quando o recorrente a agarrou pelos cabelos, momento em que o réu começou a atirar a soda caustica sobre a vítima e, ainda introduziu o recipiente na boca da vítima, forçando-a a beber e engolir o líquido, causando-lhe queimações na região, o que foi a causa de lesões em sua face e rosto, precisando depois ser atendida no hospital.

A filha do casal tentou impedir o agressor mas também veio a ser atingida com o produto químico.

As fotos de f. 22 e 23, 31 a 39 mostram as lesões causadas pela ação do produto nas regiões atingidas.

O laudo de exame de corpo de delito de f. 447-450 descreveu que a vítima apresentava:

> *Múltiplas feridas irregulares com crosta hematínicia e com secreção purulenta, com aspecto de terem sido provocadas por substância corrosiva, pois algumas apresentam-se com profundidade até o tecido subcutâneo e outras mais superficiais e distribuídas de forma sugestiva de que o líquido foi arremessado contra a vítima. Estas feridas estão localizadas nas seguintes regiões: 1.1 – Múltiplas em face e região cervical póstero-lateral direita, medindo a maior 8,0 cm de extensão e a menor 0,1 cm de extensão; 1.2 – Múltiplas em membro superior direito, antebraço terço inferior posterior, medindo a maior 3,0 cm e a menor 1,0 cm de extensão; 1.3 – Membro superior esquerdo, cotovelo e antebraço posterior, múltipla, medindo a maior 4,0 cm de extensão e a menor 0,5 cm de extensão; 1.4 - Mucosa labial inferior e superior, com lesão tecidual compatível com contato de substância corrosiva nestes locais.*

O perito médico-legista subscritor do laudo de f. 447-450 apontou que a lesão resultou em incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias.

O exame de corpo de delito atestou ainda que o ferimento causado originou lesões traumáticas de natureza grave.

Evidencia-se da prova que a vítima conseguiu se desenvencilhar do apelante, foi socorrida na rua e encaminhada ao hospital. Portanto, o réu aproximou-se de exaurir a conduta, apenas cessou os atos executórios quando a vítima conseguiu se libertar, logo, a consumação só não ocorreu por razões alheias à vontade do agente, mas este executou todos os atos necessários a consumar o delito, razão pela qual a redução da pena não pode ser no patamar de metade.

A vítima teve lesões classificadas como graves, devendo ser mantido o patamar de redução pela tentativa em 1/3, tal como estabelecido na sentença.

Conclusão:

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo, mantendo incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000218-37.2014.8.12.0031 - Caarapó
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, §2º, I, DO CP) – PLEITO PARA REDUÇÃO DA PENA – BASE – INCABÍVEL – MODULADORA DA CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME MANTIDA – POSSIBILIDADE DA QUALIFICADORA RECONHECIDA PELO JÚRI SER UTILIZADA NA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – MODULADORA CONSEQUÊNCIA DO CRIME MANTIDA – FILHOS DA VÍTIMA QUE FICARAM ÓRFÃOS – CRIANÇAS DE TENRA IDADE, INCLUSIVE UM BEBÊ FILHO DO RÉU, PRIVADOS DE FIGURA PROVEDORA MATERIAL E DE AFETO ESSENCIAL – JUSTIFICATIVA IDÔNEA – MAJORAÇÃO DA PENA BASE BEM SOPESADA – RECURSO IMPROVIDO.

Havendo mais de uma qualificadora, uma delas servirá para caracterizar o tipo qualificado, enquanto as demais poderão ser utilizadas como agravante genérica ou circunstância judicial desfavorável do art. 59 do CP, por isso, se reconhecido pelo Conselho de Sentença que o crime foi praticado com recurso que dificultou a defesa da vítima, nada há de irregular na utilização deste na primeira fase da dosimetria para negativar a moduladora das circunstâncias do crime.

A falta que a mãe causa a um filho menor não pode ser minimizada, nem ser considerada "consequência implícita no tipo", trata-se de figura de afeto essencial no desenvolvimento humano, além de ser quase sempre a principal provedora em termos materiais, psicológicos e afetivos, sendo a dor moral por sua falta ao longo de toda a vida fato notório que não precisa de prova.

Se a vítima deixou órfãos filhos menores de tenra idade, inclusive um bebê de colo também filho do agressor, a pena-base do crime deve ser agravada em razão da moduladora das consequências do crime.

Recurso improvido.

DE OFÍCIO – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL DO CRIME DE LESÃO CORPORAL PARA ABERTO – CONCURSO MATERIAL DE CRIMES PUNIDOS COM REGIMES DIFERENTES.

Havendo o concurso material de crimes punidos com regimes diferentes, de reclusão e detenção, devem ser fixados regimes iniciais de cumprimento das sanções de formas separadas.

Para o crime tipificado no art. 129, *caput*, c.c art. 14, II, do CP, contra a vítima Simone, as circunstâncias judiciais favoráveis e o *quantum* da pena autorizam o regime aberto, que mostra ser o mais adequado.

De ofício, abrandada para o regime aberto a pena do crime do art. 129 do CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso. E de ofício, fixar o regime aberto para o início de cumprimento de pena do crime tipificado no artigo 129, *caput* c.c art. 14, II do CP contra a vítima Simone.

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Claudio José do Nascimento interpôs recurso de apelação manifestando seu inconformismo pela sentença que o condenando à pena de 30 (trinta) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 1 (um) mês de detenção, em regime fechado, pela prática dos crimes descritos no art. 121, § 2º, I e IV (vítima Daiane); art. 121, § 2º, V, c/c art. 14, II (vítima Ana Cláudia) e art. 129, *caput*, c.c art. 14, II, (vítima Simone) na forma do art. 69, todos do Código Penal.

O apelante, em suas razões recursais, alega que a pena-base foi *"majorada ante as consequências desfavoráveis, visto que não apenas ceifou a vida das vítimas, mas deixou órfãs de mãe crianças de tenra idade, inclusive um bebê de colo"*, contudo *"apenas essa fundamentação se mostra totalmente insuficiente", sendo ainda excessiva e desproporcional a exasperação"*.

Assim, pugna pela redução da pena-base (f. 479/491).

O Ministério Público, em suas contrarrazões de f. 494/503, argumenta que ao fixar a pena a magistrada atendeu ao disposto nos arts. 59 e 68 do CP e que havendo mais de uma qualificadora é possível utilizar uma como elementar do crime e as demais na pena-base, então, requer o improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do apelo em parece assim ementado (f. 510/514):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. HOMICÍDIO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.*
>
> *1. É correta a fundamentação do magistrado, devendo ser mantidas as circunstâncias judiciais das consequências e circunstâncias do crime. Além disso, não há que se falar em redução da pena-base porque o magistrado, que conta com certa discricionariedade, aplicou a pena dentro dos limites legais e em obediência às normas de regência da matéria, sendo que não houve desproporcionalidade no aumento de 02 anos na primeira fase da dosimetria, cujo preceito secundário prevê uma reprimenda de 12 a 30 anos.*
>
> *2. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso.*

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por Claudio José do Nascimento manifestando seu inconformismo pela sentença que o condenou pela prática dos crimes descritos no art. 121, § 2º, I e IV (vítima Daiane); art. 121, § 2º, V, c/c art. 14, II (vítima Ana Cláudia) e art. 129, *caput*, c.c art. 14, II, (vítima Simone) na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Narra a denúncia que (f. 01/04):

> *(...) no dia 15 de Janeiro de 2014, por volta das 19:40h, na varanda da casa situada à Rua da Saudade, nº 712, centro, em Caarapó-MS, o denunciado acima qualificado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, mediante recurso que dificultou a defesa da vítima e por motivo torpe, matou a sua companheira Daiane dos Santos com golpes de faca nas costas, causando-lhe os ferimentos descritos no Laudo de Exame Necrosópico de fls. 43/45.*
>
> *A qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima Daiane dos Santos caracterizou-se pelo fato da vítima encontra-se com o seu filho de 05 (cinco) meses de idade em seu colo e de costas para o denunciado, no momento em que este a surpreendeu desferindo os golpes de faca em suas costas.*
>
> *A qualificadora do motivo torpe evidencia-se pelo fato do denunciar ter matado a seu companheira em razão desta ter se negado a retornar com o denunciado para a cidade de Naviraí-MS, porque estava gostando de outra pessoa a queria ser separar do mesmo.*
>
> *Consta ainda, que na mesma data, horário e local supramencionados, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta e para assegurar a execução do crime acima mencionado, matou a sua sogra Ana Cláudia dos Santos com golpes de faca, causando-lhe os ferimentos descritos no Laudo de Exame Necroscópico de fls. 46/47, no instante em que a vítima tentava impedir os golpes de faca que eram desferidos pelo denunciado em Daiane dos Santos.*
>
> *Ademais, na mesma data, hora e local, ainda ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta e também com animus necandi, para assegurar a execução dos crimes supramencionado, o denunciado tentou matar o seu sogro Natalício Farias com golpe de faca, uma vez que a vítima também tentou defender a sua esposa e filha do ataque homicida do denunciado, contudo, este último não consumou o delito, por circunstâncias alheias à sua vontade, consistente em ter errado o golpe de faca que desferiu contra o seu sogro, que logrou êxito em trancar a porta e deixar o denunciado para o lado de fora da casa.*
>
> *Por derradeiro, consta ainda que o denunciado, na mesma data, hora e local, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta com animus necandi, para assegurar a impunidade dos crimes supramencionados, também tentou matar a vítima Simone Pereira dos Santos, pois, após ter percebido que esta tinha presenciado os delitos anteriores, correu atrás da vítima com a faca em punho, somente não conseguindo consumar o delito, por circunstâncias alheias à sua vontade, uma vez que a vítima correu em direção a uma conveniência gritando por socorro, onde várias pessoas saíram para a rua fazendo que mo denunciado retornasse e entrando no seu veículo para fugir do local.*
>
> *Assim, o Ministério Público Estadual DENUNCIA CLÁUDIO JOSÉ DO NASCIMENTO como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I (motivo torpe) e IV (recurso que dificultou a defesa da vítima); artigo 121, § 2º, inciso V (assegurar a execução de outro crime); artigo 121, § 2º, inciso V (assegurar a execução de outro crime) c/c artigo 14, inciso II, e artigo 121, § 2º, inciso V (assegurar a execução de outro crime) c/c artigo 14, inciso II, todos do Código Penal (...).*

Findo o Sumário da Culpa (*Judicium accusatione*), o acusado foi pronunciado pela suposta

prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do CP, em relação à vítima Daiane dos Santos; art. 121, § 2º, inciso V, do CP, em relação à vítima Ana Cláudia dos Santos e artigo 121, § 2º, inciso V, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, em relação à vítima Simone Pereira dos Santos e foi impronunciado em relação ao delito tipificado no artigo 121, § 2º, inciso V, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, em relação à vítima Natalício Farias.(f. 160/168). A decisão foi mantida por este Tribunal como se vê do acórdão de f. 202/206.

Submetido à julgamento Claudio José do Nascimento foi condenando à pena de 30 (trinta) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 1 (um) mês de detenção, em regime fechado, pela prática dos crimes descritos no art. 121, § 2º, I e IV (vítima Daiane); art. 121, § 2º, V, c/c art. 14, II (vítima Ana Cláudia) e art. 129, *caput*, c.c art. 14, II, (vítima Simone) na forma do art. 69, todos do Código Penal. As penas ficaram assim dimensionada (f. 459/462):

> *(...) Passo, pois, à dosimetria das penas.*
>
> *No que tange às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade do réu foi normal. O acusado não possui antecedentes criminais. Quanto à conduta social e personalidade do réu, não há informações nos autos. No que concerne às circunstâncias, incidindo duas qualificadoras, uma funcionará para a fixação da pena-base - mediante emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima -, enquanto a outra servirá como agravante para o cálculo da pena definitiva (RT. Revista dos Tribunais. V. 624. p. 290). As consequências são desfavoráveis, pois o acusado não apenas ceifou vidas, mas deixou orfãs de mãe crianças de tenra idade, inclusive um bebê de colo, filho do próprio réu, que estava nos braços da mãe no momento do cometimento do delito. O comportamento da vítima não será considerado nesta fase de dosimetria.*
>
> *1) Delito contra a vítima Daiane dos Santos.*
>
> *Fixo sua pena-base em 14 (catorze) anos de reclusão.*
>
> *Reconheço a atenuante da confissão espontânea e a agravante prevista no art. 61, II, "f", do CP - violência doméstica. Ainda, consigno que uma das qualificadoras será sopesada como agravante - motivo torpe. Desse modo, agravo a pena para 16 (dezesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a qual torno definitiva em razão da ausência de outros aspectos a serem considerados.*
>
> *2) Delito contra a vítima Ana Cláudia dos Santos.*
>
> *Fixo sua pena-base em 12 (doze) anos de reclusão.*
>
> *Não há atenuantes. No caso, impende considerar a agravante prevista no art. 61, II, "f", do CP - violência doméstica. Desse modo, agravo a pena para 14 (catorze) anos de reclusão, a qual torno definitiva em razão da ausência de outros aspectos a serem considerados.*
>
> *3) Delito contra a vítima Simone Pereira dos Santos.*
>
> *Fixo sua pena-base em 3 (três) meses de detenção.*
>
> *Não há atenuantes ou agravantes.*
>
> *Considerando que se trata de tentativa de lesão corporal, reduzo a pena em dois terços, pelo que fica a pena reduzida para 1 (um) mês de detenção, a qual torno definitiva em razão da ausência de outros aspectos a serem considerados.*

> *Aplicando-se o concurso material de crimes, a pena totaliza 30 (trinta) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 1 (um) mês de detenção.*
>
> *O condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado.(...).*

O apelante pugna pela redução da pena-base (f. 479/491).

Quanto às penas-base impostas pelos delitos praticados contra Ana Cláudia e Simone, merecem prevalecer, eis que fixadas no mínimo legal para o tipo.

Quanto ao homicídio de Daiane, avaliando a fixação da primeira fase da sanção penal, verifico que a pena-base imposta foi exasperada em 02 (dois) anos de reclusão sendo consideradas desfavoráveis as moduladoras das circunstâncias e das consequências do crime.

Das circunstâncias do crime:

No caso, os jurados entenderam que o crime foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa da vítima e por motivo torpe, pois assim responderam (456):

> *(...) 4) O réu agiu por motivo torpe, pelo fato de ter matado a vítima em razão de esta ter se negado a retornar com ele para a cidade de Naviraí-MS, porque estaria gostando de outra pessoa e queria se separar dele?*
>
> *Maioria: SIM*
>
> *5) O réu agiu mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, em razão de esta encontrar-se com o seu filho de cinco meses de idade no colo e de costas para o acusado, no momento em que este a surpreendeu desferindo os golpes de faca em suas costas?*
>
> *Maioria: SIM (...).*

Então, o Juiz Presidente consignou que *"incidindo duas qualificadoras, uma funcionará para a fixação da pena-base - mediante emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima -, enquanto a outra servirá como agravante para o cálculo da pena definitiva"* (RT. Revista dos Tribunais. V. 624. p. 290).

Consoante entendimento jurisprudencial, havendo mais de uma qualificadora, uma delas servirá para caracterizar o tipo qualificado, enquanto as demais poderão ser utilizadas como agravantes genéricas, se cabíveis, ou, residualmente, como circunstâncias judiciais. Neste sentido decidiu o STJ:

> *CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE MEIO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. MOTIVOS DO CRIME. EXASPERAÇÃO MANTIDA COM BASE NA QUALIFICADORA REMANESCENTE NÃO UTILIZADA PARA QUALIFICAR A CONDUTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *(...) 6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o bis in idem. Precedentes. 7. Hipótese na*

> *qual a pena-base foi exasperada pelos motivos do crime, os quais correspondem à qualificadora remanescente do motivo fútil, o que é lícito, porém, no tocante à culpabilidade do réu e ao comportamento da vítima, dada a carência de fundamento válido para a valoração negativa de tais vetores, deve ser decotada a exasperação da básica. 8. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de afastar o incremento da pena-base a título de comportamento da vítima e culpabilidade do réu e determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da reprimenda, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.* (STJ. HC 334083 / MS. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 17/04/2017).

Assim, o fato do crime ser cometido mediante recurso que dificultou a defesa da vítima (surpresa) foi corretamente utilizado para exasperar a pena-base.

Consequência do crime: Os tipos penais já possuem consequências que se encontram implícitas e, nestes casos, elas não podem ser sopesadas na primeira fase da dosimetria da pena sob pena de incorrer em dupla valoração.

No caso, o Juiz Presidente observou que *"as consequências são desfavoráveis, pois o acusado não apenas ceifou vidas, mas deixou órfãs de mãe crianças de tenra idade, inclusive um bebê de colo, filho do próprio réu, que estava nos braços da mãe no momento do cometimento do delito"*.

É certo que a dor da perda de um ente querido é inerente a qualquer delito contra a vida, todavia, é diferente e mais grave a conduta de um homicídio praticado pelo marido contra sua companheira, enquanto ela segura seu filho no colo.

Trata-se de conduta praticada na frente da mãe da vítima, que também foi agredida.

Tal contexto agrava as consequência do ilícito, pela gravidade da dor imposta aos familiares perante tal conduta.

O mal causado (morte) extrapolou o resultado previsto para o tipo, pois, além de cometido na presença de familiares, que se lembrarão sempre dos detalhes trágicos do crime, ainda há a consequência gravíssima aos filhos menores privados do convício da mãe.

Nesse sentido decidiu o STJ:

> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.(...) DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Não há ilegalidade na exasperação da pena-base quando a instância de origem se utiliza de elementos concretos comprovados no decorrer da instrução criminal para a sua fundamentação, como ocorre na hipótese, na qual se demonstrou a maior reprovabilidade do fato imputado ao paciente, o qual praticou o crime de homicídio qualificado contra a sua enteada menor de idade; as consequências nefastas acarretadas à estrutura familiar que suportou a conduta, tendo em vista a relação de confiança estabelecida; bem como a sua má conduta social, evidenciada pelos depoimentos testemunhais. (...)* (STJ. HC 222.216. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em 21/10/2014).

A falta que a mãe fará aos filhos menores não pode ser minimizada nem ser considerada "consequência implícita no tipo".

O fato da uma vítima deixar órfão filho menor de idade deve sim agravar a pena-base, pois o desamparo material e afetivo da criança, assim como a dor moral ao longo de toda a vida, são evidentes a não precisam de prova.

Em casos análogos, o TJDF pontuou que:

> *JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. REPROVABILIDADE. ERRO NA APLICAÇÃO DA PENA. VIOLÊNCIA EXCESSIVA. MEIO CRUEL. QUALIFICADORAS OMITIDAS NA DENÚNCIA. 1. Reconhecido pelos jurados que o homicídio foi praticado mediante emprego de meio cruel, tendo em vista a extrema violência perpetrada na execução da vítima, afasta-se o aumento de pena com base nessa circunstância, adotado com fundamento no art. 59 do Código Penal. 2. Incabível, também, a exasperação da pena-base com apoio em circunstâncias qualificadoras que não foram sequer reconhecidas na pronúncia. 3. O fato de a vítima haver deixado viúva e órfão pode ser considerado como conseqüência do crime para efeito de majoração da pena-base, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade dessa conduta. 4. Recurso provido para aumentar a pena imposta ao apelante.* (TJDF. Apelação 20040510037463. Rel. Getulio Pinheiro. 2ª Turma Criminal. Julgado em 02/02/2006).

Em casos como o presente, as consequências do crime de homicídio transcendem a normal consequência prevista no tipo penal, pois deixam marcas indeléveis em toda família, principalmente no filho pequeno que se vê privado do convívio e apoio da mãe.

Assim, mantenho essa circunstância tal como o juiz, eis que a ausência que a vítima fará a sua família (em especial ao filho) foge ao alcance próprio do tipo e deve ser utilizada para elevar a pena-base acima do mínimo legal.

No que tange ao *quantum* do aumento também não vejo motivos para alterá-lo, pois a exasperação da pena-base em 12 (doze) meses de reclusão por cada uma das circunstâncias judiciais negativas não se mostra excessivo.

O princípio da proporcionalidade tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da pena, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas, buscado sempre um equilíbrio na fixação das penas, evitando um rigor excessivo ou um abrandamento que a torne ineficaz para os fins a que se destina.

Então, observando o princípio da proporcionalidade, mostra-se adequada à reprovação e prevenção do crime o aumento da pena-base em 12 (doze) meses de reclusão para cada uma das moduladoras.

Desta forma fica mantida na integralidade a pena imposta, isto é, em 30 (trinta) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 1 (um) mês de detenção.

Do regime inicial de cumprimento da pena.

Tratando-se de concurso material de crimes apenados com reclusão (art. 121, § 2º, I e IV, do CP - vítima Daiane; art. 121, § 2º, V, c/c art. 14, II, do CP - vítima Ana Cláudia) e detenção (art. 129, *caput*, c.c art. 14, II, do CP - vítima Simone) as penas não podem ser somadas para escolha do regime, pois para cada delito a legislação prevê penas de naturezas diversas, reclusão e detenção, assim deve ser fixado um regime de cumprimento específico para cada uma.

Assim, para os crimes de homicídio, considerando que a pena definitiva fixada ultrapassa 08 (oito) anos, mantenho o regime fechado (art. 33, § 2º, "a", do CP), para início da execução da pena.

Quanto ao crime de lesão corporal na modalidade tentada, observando que as circunstâncias judiciais são todas favoráveis e o *quantum* da pena autoriza, fixo o regime aberto para início do cumprimento da pena.

Do prequestionamento

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

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo de Claudio José do Nascimento.

De ofício, fixo o regime aberto para início do cumprimento da pena do crime tipificado no art. 129, *caput*, c.c art. 14, II, do CP contra a vítima Simone.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso. E de ofício, fixaram o regime aberto para o início de cumprimento de pena do crime tipificado no artigo 129, *caput* c.c art. 14, II do CP contra a vítima Simone.

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. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 24 de outubro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0000606-38.2016.8.12.0008 - Corumbá
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – RECURSO DE GILSON GONÇALVES – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, III E IV E § 4º) – MORTE DE FILHA DE UM MÊS DE IDADE – BEBÊ PREMATURA COM HIDROCEFALIA (MACROCEFALIA) COM NECESSIDADES ESPECIAIS, SÓ PODENDO SER ALIMENTADA POR SONDA - RETIRADA DA CRIANÇA DO HOSPITAL CONTRA INDICAÇÃO MÉDICA – RETIRADA DA SONDA CONTRA RECOMENDAÇÃO MÉDICA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENSA IMPRONÚNCIA – ALEGADA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE PROVA ORAL A CORROBORAR A NARRATIVA DA PEÇA ACUSATÓRIA – PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não prospera a pretendida impronúncia, se a acusação formalizada pelo Ministério Público narrou os fatos delituosos e suas circunstâncias, de forma clara e precisa, descrevendo a conduta praticada pelo acusado que indica possibilidade de ele ter agido para impedir o resultado morte da criança, e que porém assumiu o risco de produzir o resultado morte da filha quando deixou de oferecer os cuidados específicos que a bebê precisava diante de seu quadro clínico.

Existindo indícios da participação do recorrente no evento delituoso, impõe-se a pronúncia como resultante de mero juízo de admissibilidade da acusação, sem o condão de exaurir as teses probatórias, o que deverá ser realizado soberanamente pelo Tribunal do Júri, juízo natural para a decisão.

RECURSO DE LORRAYNE GUIMARÃES TORRES – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, III E IV E § 4º) – MORTE DE FILHA DE UM MÊS DE IDADE – BEBÊ PREMATURA COM HIDROCEFALIA (MACROCEFALIA) COM NECESSIDADES ESPECIAIS, SÓ PODENDO SER ALIMENTADA POR SONDA – RETIRADA DA CRIANÇA DO HOSPITAL CONTRA INDICAÇÃO MÉDICA – RETIRADA DA SONDA CONTRA RECOMENDAÇÃO MÉDICA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA IMPRONÚNCIA – ALEGADA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE PROVA ORAL A CORROBORAR A NARRATIVA DA PEÇA ACUSATÓRIA – PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não prospera a alegação de que a recorrente teria sido denunciada e pronunciada com base em meras ilações, visto que a acusação formalizada pelo Ministério Público narrou os fatos delituosos e suas circunstâncias, de forma clara e precisa, descrevendo a conduta praticada pela acusada, indicando que ela poderia ter agido para impedir o resultado morte da criança, e porém ao invés teria assumido o risco de produzir o resultado morte da filha quando deixou de oferecer os cuidados específicos que a bebê precisava diante de seu quadro clínico.

Existindo indícios da participação da recorrente no evento delituoso, impõe-se a pronúncia como resultante de mero juízo de admissibilidade da acusação, sem o condão de exaurir as teses probatórias, o que deverá ser realizado soberanamente pelo Tribunal do Júri, juízo natural para a decisão.

RECURSO MINISTERIAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, III E IV E § 4º) – MORTE DE CRIANÇA DE UM MÊS DE IDADE – BEBÊ PREMATURA COM HIDROCEFALIA (MACROCEFALIA) COM NECESSIDADES ESPECIAIS, SÓ PODENDO SER ALIMENTADA POR SONDA – RETIRADA DA CRIANÇA DO HOSPITAL CONTRA INDICAÇÃO MÉDICA – RETIRADA DA SONDA CONTRA RECOMENDAÇÃO MÉDICA – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – SENTENÇA DE PRONÚNCIA COM DECOTE DE QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE (ART. 121, § 2º, I, DO CP) – PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DA QUALIFICADORA – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES PARA AMPARÁ-LA – SENTENÇA MANTIDA NESTE PONTO – RECURSO IMPROVIDO.

O motivo torpe é aquele desprezível, vil e profundamente imoral, o que de pronto não restou demonstrado nos autos.

Contra o parecer, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos defensivos e ministerial.

Campo Grande, 14 de novembro de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Gilson Gonçalves, Lorrayne Guimarães Torres e Ministério Público Estadual interpuseram recurso em sentido estrito manifestado inconformismo com a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá que pronunciou Gilson e Lorrayne como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, III e IV, e no § 4º do CP.

Gilson Gonçalves**,** em suas razões recursais, apregoa que a prova testemunhal (médico e enfermeira) indica que "*nunca foi ao hospital visitar a criança ou mesmo se prestou a cuidar ou garantir a sobrevivência e cuidado do infante, sendo que a responsabilidade recaiu única e exclusivamente sobre a acusada Lorrayne, mãe do recém nascido, que somente saiu do hospital por insistência desta, que por sua vez tenta incessantemente transferir sua responsabilidade*" para ele.

Afirma que apesar de "*ter sido o último a cuidar da criança antes do óbito, considera-se o fato de que quem deixou de prestar o auxílio necessário à recém-nascida, sem alimentá-la corretamente e deixando-a aos cuidados de terceiros para que pudesse ir ao pagode foi a denunciada Lorrayne, fato este responsável por produzir o resultado morte*"

Sustenta que "*a atitude negligente e imprudente de Lorrayne*" de retirar a sonda de alimentação da criança "*não pode ser atribuída*" sob pena de reconhecimento da responsabilidade penal objetiva.

Ao final pugna pela impronúncia por ausência de indícios de autoria (f. 300/309).

O Ministério Público Estadual alega que as circunstâncias do fato e a prova testemunhal comprovariam que *"os recorridos agiram de modo desprezível, em total descaso para com as necessidades da filha, provocando assim a sua morte de forma intencional, evitando os cuidados básicos de alimentação, imprescindíveis a sua sobrevivência"*, então, não seria possível excluir, de plano, a qualificadora do motivo torpe, deixando a análise do tema a cargo do Conselho de Sentença.

Então, requer o reconhecimento da qualificadora prevista no inciso I, do art. 121, § 2º, do CP (f. 310/318).

Lorrayne Guimarães Torres nas razões de seu recurso, alega que *"a recém-nascida morreu por bronco aspiração, fato imprevisível e inescusável"*. Assevera que não restou comprovado que *"tenha retirado a sonda da criança e que esta tenha permanecido sem a sonda por dias"*. Afirma que *"era uma boa mãe e era quem exclusivamente a alimentava, tomando todos os cuidados recomendados, como a alimentação por sonda e a higienização"*.

Apregoa que para *"a responsabilização por crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão), não basta a mera conduta omissiva e o dever de evitar o resultado, necessitando-se, em decorrência do nexo normativo entre omissão e resultado, o domínio do fato recaído"* não sobre à acusada, mas sim ao corréu pois no dia dos fatos *"deixou a criança aos cuidados da vizinha, mas Gilson Gonçalves foi lá e buscou a criança e que, mesmo com recomendação para levá-la ao médico, preferiu ir dormir"*, o que acabou ocasionando o resultado morte.

Assim, pugna por sua impronúncia por ausência de indícios de autoria (f. 329/339).

As contrarrazões foram apresentadas pelo Ministério Público às f. 341/349, por Gilson Gonçalves às f. 351/355 e por Lorrayne Guimarães Torres às f. 357/361.

Em juízo de retratação, a decisão restou mantida por seus próprios fundamentos (f. 362/363).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso Ministerial para determinar a inclusão da qualificadora art. 121, § 2º, I, do CP (motivo torpe) e pelo improvimento do recurso defensivo (f. 380/392).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Gilson Gonçalves, Lorrayne Guimarães Torres e Ministério Público Estadual manifestado inconformismo com a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá que pronunciou Gilson e Lorrayne como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, III e IV, e no § 4º do CP.

Extrai-se da denúncia que (f. 01/06):

> *(...) No dia 24 de janeiro de 2016, no período noturno, por volta das 22h00min, na residência localizada na Rua 21 de Setembro, n.º 26, Bairro Cervejaria, em Corumbá/MS, os denunciados Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves, conscientes da ilicitude de suas condutas e agindo com animus necandi, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, por motivo torpe, meio cruel e asfixia, e recurso que dificultou a defesa, mataram a própria filha/descendente Ayla Gabrielly Torres, recém-nascida de apenas 01 (um) mês de idade.*
>
> *A vítima Ayla Gabrielly Torres nasceu prematura e portadora de hidrocefalia (macrocefalia), necessitando de cuidados especiais, somente podendo ser alimentada*

por meio de uma sonda, haja vista não possuir, em razão da prematuridade e da sua enfermidade, os reflexos de sucção e de deglutição, razão pela qual, após o parto, permaneceu internada no hospital local.

A denunciada Lorrayne Guimarães Torres, mesmo ciente dos cuidados especiais necessários à filha, do perigo de desnutrição e de a alimentação ser imprescindivelmente feita apenas por meio de sonda, retirou Ayla Gabrielly Torres do ambiente hospitalar contra a indicação médica e a levou para o imóvel em que residia com o companheiro/denunciado Gilson Gonçalves, assim assumindo, dolosamente, o risco de produzir o resultado morte. Gilson Gonçalves aderiu à conduta de Lorrayne, mantendo a vítima longe dos cuidados médicos.

Na sequência, dias depois, os denunciados Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves acabaram por retirar a sonda de Ayla Gabrielly Torres, passando a alimentar a prematura por meio de "chuquinhas" de leite, assim ignorando as recomendações médicas e os cuidados especiais imprescindíveis à sobrevivência da menor, assim causando, conscientemente, no dia 24.01.2016, por volta das 22h00min, a morte da filha por "bronco aspiração por meio líquido", conforme atestado no Laudo de Necropsia n.º 626/2016-IMOL, documento pericial esse que também consignou estar a recém-nascida Ayla Gabrielly desnutrida.

Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves agiram dolosamente e assumiram o risco de produzir o resultado morte da filha ao ter, aquela, retirado a filha/vítima do ambiente hospitalar contra a recomendação médica, e este ao anuir a esta conduta, não procurando socorro ou auxílio médico. Igualmente, agiram dolosamente, e assumiram o risco de morte, ao efetuarem a retirada da sonda da infante, único meio de garantir que se alimentasse corretamente e sem riscos.

Da mesma forma, os denunciados Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves também agiram na posição de garante, ignorando o dever legal de cuidado, proteção e vigilância que possuíam na condição de genitores, deixando de corretamente alimentar a filha/vítima, causando a sua morte. Gilson Gonçalves, inclusive, admitiu ter percebido que a menor havia parado de respirar, mas sequer acionou o socorro.

O crime foi cometido com o emprego de asfixia Mesmo cientes da necessidade de utilização de sonda para alimentação, os denunciados ofereceram à prematura leite comum em mamadeira ("chuquinha"), causando-lhe obstrução das vias aéreas por "bronco aspiração por meio líquido", causa da sua morte. O delito, igualmente, foi cometido por meio cruel, tendo os denunciados causado grave e desnecessário sofrimento físico à vítima, deixando de alimentá-la corretamente por dias, sem o uso de sonda, assim resultando no seu quadro de desnutrição e acabando por matá-la por bronco aspiração, assim demonstrando total falta de sentimento humanitário e ausência de piedade.

O crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa, não tendo a vítima Ayla Gabrielly Torres, em razão da prematuridade, da tenra idade e da enfermidade que a acometia, condições de oferecer resistência e de se defender dos constantes ataques e omissões perpetrados pelos denunciados.

O delito foi cometido por motivo torpe. Os denunciados agiram de modo desprezível, repugnante, em total descaso para com as necessidades da filha, forçando sua morte ao atendê-la com desprezo, evitando, de forma intencional, cuidados básicos de alimentação, imprescindíveis à sua sobrevivência. No dia dos fatos, Lorrayne se dirigiu a um pagode, levando consigo, em sua bolsa, a sonda necessária à vida da filha. Gilson, no dia seguinte, manteve sua rotina e ficou em casa assistindo futebol.

O delito foi cometido contra pessoa menor de 14 anos de idade, possuindo a vítima Ayla Gabrielly Torres, à época do fato/óbito, e conforme certidão de nascimento acostada aos autos, apenas um mês de idade (nascida em 12.12.2015).

O crime foi cometido contra descendente, tendo os denunciados ceifado a vida da própria filha, recém-nascida.

Assim agindo, os denunciados Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves incorreram na conduta tipificada no artigo 121, § 2º, incisos I (torpe), III (asfixia, cruel) e IV (recurso que dificultou a defesa), e também § 4º do mesmo dispositivo legal, combinado com o artigo 18, inciso I, com o artigo 13, § 2º, inciso I, e com o artigo 61, inciso II, alínea 'e', todos do Código Penal, incidindo, no que couber, a Lei n.º 8.072/90.(...).

Findo o sumário da culpa (*judicium accusatione*), Gilson e Lorrayne como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, III e IV, e no § 4º c/c art. 18, I; art. 13, §2º, I e art. 61, II, "e", todos do CP, conforme sentença de f. 289/294:

(...) No caso vertente, a materialidade é inconteste e está demonstrada pelo Auto de Prisão em Flagrante (f. 08-11), Boletim de Ocorrência nº 506/2016 (f. 53-55), pelo laudo de exame de corpo de delito - exame necroscópico de f. 125-131 (atestando que a morte foi causada por bronco aspiração por meio liquido), bem como pela prova oral produzida em juízo.

Quanto à autoria, malgrado tenham os acusados Gilson Gonçalves e Lorrayne Guimarães Torres negado a prática criminosa, as demais provas coligidas nos autos - mormente pelo depoimento das testemunhas Célia Regina, Emerson Ferreira, Delci Gonçalves e Vera Lúcia - constituem indícios suficientes de que a conduta omissiva dos acusados, por serem garantidores, tenha ocasionado o óbito da vítima, de modo que ao privá-la dos cuidados indispensáveis dos quais necessitava, inclusive deixando de alimentá-la de forma adequada, assumiram o risco de produzir o resultado morte, concretizado no dia 24.01.2016.

Note-se que quando ouvido em Juízo a testemunha Celia Regina da Silva, enfermeira da maternidade local, relatou em juízo que a vítima nasceu com hidrocefalia e tinha problema de deglutição. Por causa disso, foi determinado pelo médico a introdução de sonda na infante para alimentação e ser administrada medicação. A depoente ressalta que com o passar dos dias o quadro clínico da vítima foi estabilizando e ela passou a receber também alimentação via oral, através de "copinhos de leite", a fim de que a criança aprendesse a deglutir. Narrou a depoente que depois que a criança nasceu, ela permaneceu internada na maternidade por 22 dias, até Lorrayne pedir alta à revelia, ou seja, resolveu retira-la do hospital mesmo ciente dos cuidados indispensáveis que a criança ainda necessitava. Para obter alta à revelia, a acusada Lorrayne falou que assinava qualquer documento se responsabilizando pela criança. A depoente ainda asseverou que durante o tempo que a criança esteve internada, em nenhum momento Gilson Gonçalves - o pai da criança - compareceu no local (f. 229).

Por sua vez, o médico Emerson Ferreira Moreira (f. 229) narrou que apesar da vítima ser portadora de hidrocefalia, isso não seria uma sentença de morte para ela, sendo possível inclusive atingir a fase adulta. A testemunha relata que após perceber que a acusada Lorrayne não desistiria do pedido de alta médica à revelia, começaram um treinamento com a ré, a fim de que ela mesmo passasse a sonda de alimentação na criança, para administração do leite, de modo que Lorrayne não precisasse da ajuda de terceiros. Ressalta o depoente que a acusada vinha obtendo sucesso neste treinamento, mas de uma hora para outra resolveu retirar a criança do hospital. Ademais, Destacou que era possível a sobrevida da vítima fora da maternidade, pois esta já havia atingido o peso de segurança e não necessitava mais de tratamento exclusivo da unidade, visto que este poderia ser dispensado em domicílio, desde que por pessoa preparada, no caso, profissional da área ou a própria mãe, esta última, desde que treinada.

Os indícios de autoria em relação à acusada Lorrayne também são corroborados pelo depoimento em juízo das testemunhas Delci Gonçalves e Vera Lúcia (f. 229). A primeira relatou que na noite dos fatos, Lorrayne, mãe da vítima, somente chegou à residência que a criança faleceu quando o SAMU já estava presente, uma vez que, segundo um primo da depoente, Lorrayne havia ido em um pagode naquela noite e aparentava estar muito embriagada. Destaca a depoente que a acusada Lorrayne não cuidava de forma adequada da filha, "ficava andando de cima para baixo com ela", tendo a depoente sugerido a Lorrayne que entregasse a criança para adoção. Ademais, a depoente esclarece que a acusada não apresentava interesse pela vítima, em razão do "defeito" que ela tinha. Já Vera Lúcia relatou que na noite dos fatos, por volta das 20 horas, a acusada Lorrayne chegou à sua residência, estava embriagada e drogada, e pediu para a depoente ficar com a vítima, o que foi negado, mas a acusada disse que iria somente em um aniversário e o bebê acabou ficando em uma "cestinha" em sua sala. A depoente esclarece que ao pegar na criança notou que ela estava febril, quando então resolveu levá-la à polícia, pois a acusada Lorrayne estava embriagada. No entanto, quando estava se arrumando, o irmão do acusado Gilson foi até a residência da depoente e falou que não precisava levá-la à polícia, pois Gilson já havia "pegado" Lorrayne no final da Alameda. A depoente então concordou e entregou a criança, porém pediu que ela fosse levada ao Hospital. Destaca a depoente que a criança já estava uma semana sem sonda de alimentação, ressaltando, ainda, que era de conhecimento de todos na região que a acusada não cuidava de forma adequada da vítima, bem como confirmou que Gilson e Lorrayne moravam juntos.

Quanto ao acusado Gilson Gonçalves, os indícios de autoria também recaem sobre ele. Isso porque foi ele a última pessoa que ficou com a criança na noite dos fatos, e mesmo ciente que a vítima estava com febre, uma vez que Vera Lúcia havia avisado que a infante precisava ser levada ao Pronto Socorro, fez a criança dormir e também dormiu um pouco, e quando acordou, por volta das 23 horas, a sua filha já estava morta (depoimento de Vera Lúcia e interrogatório de Gilson Gonçalves - f. 229). Merece destaque ainda, conforme se extrai do interrogatório judicial de Lorrayne Guimarães Torres à f. 229, que após o SAMU constatar o óbito da vítima, Gilson em nada auxiliou Lorrayne, e falava a todo tempo para a acusada retirar a criança do local, pois não queria problema com a polícia.

Nesse contexto, colhe-se que há indícios de que os denunciados Gilson Gonçalves e Lorrayne Guimarães Torres deixaram de prover os cuidados básicos que a vítima necessitava, assumindo o risco de produzir o resultado morte, mesmo tendo ambos o dever de cuidado para com a mesma por serem mãe e pai desta, a tal ponto que a ofendida foi a óbito, cuja causa mortis foi bronco aspiração por meio liquido. Destaca-se, ainda, no Laudo de Necropsia de f. 125-131 que a vítima também estava desnutrida.

Dessa forma, o conjunto probatório produzido autoriza um juízo de admissibilidade diante dos indícios de autoria e prova da materialidade, ressaltando que não se está a afirmar de modo indene de dúvidas que os acusados assumiram o risco de produzir o resultado morte, mas sim, que há indícios suficientes para efeito de pronúncia.

No tocante às qualificadoras, vale lembrar que o afastamento delas somente pode ocorrer quando forem manifestamente improcedentes.

Na hipótese dos autos, a denúncia faz menção à qualificadora do motivo torpe. Dispõe o inciso I do § 2.º do art. 121 do Código Penal, que o homicídio será qualificado quando for cometido "mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe". Considera-se torpe aquilo que é repugnante, ignóbil, moralmente reprovável, entre outros.

No caso dos autos, os elementos de provas não indicam a presença da qualificadora porque não foi possível depreender, da prova produzida nos autos, qual a motivação para o suposto delito. O móvel dos agentes, que não pode ser confundido com o seu agir. Assim, deve-se afastar a qualificadora do motivo torpe.

Há ainda, elementos suficientes para se admitir que o crime foi cometido mediante asfixia, uma vez que o próprio laudo pericial, às f. 125-131, atestou a que a causa do óbito foi *"bronco aspiração por meio líquido"*, ocasionado, em tese, pela alimentação inadequada da vítima, uma vez que há indícios de que a ofendida não estava utilizando a sonda de alimentação, que era necessária devido ao seu problema de saúde. Desse modo, também esta qualificadora merece ser mantida na pronúncia para julgamento pelo Júri.

Na hipótese dos autos, a denúncia também faz menção à qualificadora do meio cruel. Dispõe o inciso III do § 2.º do art. 121 do Código Penal, que o homicídio será qualificado quando for cometido "com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum".

Neste passo, os elementos de provas indicam a presença da qualificadora, porquanto o crime em comento, em tese, foi cometido pelos réus, que teriam privado a ofendida dos cuidados básicos indispensáveis à sua sobrevivência, de modo que há indícios de que a ofendida passou por intenso e desnecessário sofrimento até falecer (depoimento de Vera Lúcia Miranda Delmão). Ademais, conforme se observa do laudo necroscópico de f. 125-131, a vítima também estava desnutrida quando morreu.

Portanto, também esta qualificadora merece ser mantida na pronúncia para julgamento pelo Júri.

A denúncia ainda faz menção à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima. Dispõe o inciso IV do § 2.º do art. 121 do Código Penal, que o homicídio será qualificado quando for cometido "à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido".

No caso em apreço, das provas produzidas, observa-se elementos de prova acerca da configuração da aludida qualificadora. Isso porque, em tese, devido à prematuridade da vítima e suas necessidades especiais, não tinha condições de reagir às supostas omissões que resultaram em sua morte.

Dessa forma, a qualificadora em questão também deve ser avaliada pelo Conselho de Sentença.

Por fim, presente a causa de aumento prevista no artigo 121, § 4º, do Código Penal, eis que a vítima era pessoa menor de 14 anos de idade.

Diante o exposto, pronuncio para ser levado a julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri os réus Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves, já qualificados nos autos, como incurso nas condutas dos artigos 121, § 2º, incisos III e IV, e também no § 4º do mesmo dispositivo legal, combinado com o artigo 18, inciso I, com o artigo 13, § 2º, inciso I, e com o artigo 61, inciso II, alínea "e", todos do Código Penal. (...)

Irresignados, o Órgão Ministerial e a Defesa interpuseram recurso em sentido estrito. O representante do *Parquet* pugna pelo provimento do recurso para o fim de reconhecer a qualificadora do motivo torpe, por sua vez, Gilson Gonçalves e Lorrayne Guimarães Torres pleiteia pela reforma da decisão para serem impronunciados.

Do recurso defensivo.

Pois bem, nesta fase do processo o papel do juiz togado é, por meio de cognição superficial, atestar a materialidade do delito, indícios de sua autoria e, se for o caso, de possíveis circunstâncias qualificadoras. Então, muito estreitos são os limites de atuação do julgador.

Sobre a pronúncia, o Código de Processo Penal dispõe:

> *Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.*
>
> *§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.*

Importa dizer que os indícios são suficientes para a pronúncia do acusado, não necessitando de prova, eis que tão-somente compete ao Júri tal análise.

No caso a materialidade está comprovada pelo laudo de f. 125/131, que atestou que a morte da vítima foi causada por bronco aspiração por meio líquido.

Para a pronúncia não é necessária prova contundente da autoria, bastando indícios suficientes de participação no crime, como determina o art. 413, do CPP. Nesse sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *(...) é imperiosa a verificação acerca da autoria ou participação. Logicamente, cuidando-se de um juízo de mera admissibilidade da imputação, não se demanda certeza, mas elementos suficientes para gerar dúvida razoável no espírito do julgador.* (Guilherme de Souza Nucci. Código de Processo Penal Comentado, 9ª ed.. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 758).

No caso, Gilson afirma que apesar de *"ter sido o último a cuidar da criança antes do óbito, considera-se o fato de que quem deixou de prestar o auxílio necessário à recém-nascida, sem alimentá-la corretamente e deixando-a aos cuidados de terceiros para que pudesse ir ao pagode foi a denunciada Lorrayne, fato este responsável por produzir o resultado morte"*. Já Lorrayne alega que para "*a responsabilização por crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão), não basta a mera conduta omissiva e o dever de evitar o resultado, necessitando-se, em decorrência do nexo normativo entre omissão e resultado, o domínio do fato recaído" não sobre à acusada, mas sim ao corréu"* pois, no dia dos fatos *"deixou a criança aos cuidados da vizinha, mas Gilson Gonçalves foi lá e buscou a criança e que, mesmo com recomendação para levá-la ao médico, preferiu ir dormir"*, o que acabou ocasionando o resultado morte. Assim, ambos pugnam pela impronúncia por ausência de indícios de autoria.

Ocorre que, ao contrário do alegado pela defesa, os indícios de autoria encontram-se demonstrados pelas declarações dos próprios recorrentes. Vejamos:

Na delegacia, Gilson narrou que (f. 32/34):

> *(...) a criança utilizava um tubinho e a cabeça dela ficava mole "em umas partes"; QUE, sabe informar que a sonda que sua filha utilizava servia para ela tomar leite; QUE somente a Lorrayne Guimarães era responsável por da leite para a criança pela sonda QUE informa que Lorrayne cuidava bem da criança somente quando estava sóbria, mas nos finais de semana "ela invernava na bebida" (...) QUE informa que Lorrayne tirou a sonda no domingo para ir ao pagado e colocou a sonda na bolsa dela; (...) QUE informa não viu o momento em que Lorrayne tirou a sonda, mas seu irmão Rodrigo de catorze anos falou ao interrogando que ela tinha tirado a sonda; QUE o interrogando soube disso enquanto estava em sua casa preparando a sonda e ao saber de tal fato, saiu à procurar da criança que foi encontrada na casa da senhora Vera Lúcia; QUE, ao encontrar a criança, levou ela pra sua casa e informa que ela ainda estava viva; QUE a criança dormiu e o interrogando fixou ao lado ela alegando que a criança ainda estava respirando; QUE, informa que percebeu que a criança havia parado de respirar por volta de 23 horas e não acionou o SAMU; QUE foi até a casa de sua tia para chamar ela para ver o que havia acontecido e somente depois telefonaram para o SAMU que atendeu a ocorrência por volta de 03 horas; QUE alega que não sabia que sua filha iria morrer caso a sonda*

> *fosse retirada dela (...) QUE depois de constatada a morte de sua filha fixou em sua casa na companhia de Lorrayne e sua filha morta; QUE, nesta manha, Lorrayne Guimarães saiu de casa com sua filha morta nos braços enquanto o interrogando ficou em sua casa terminando de assistir o primeiro tempo do jogo Corinthians e Flamengo (...).*

Lorrayne, ao narrar o que ocorreu no dia dos fatos e nas datas que antecederam, afirmou que (f. 41/44):

> *(...) QUE não sabe dizer quando tirou sua filha do hospital e informa que foi alertada sobre os riscos de tirá-la do hospital pois la estava bem cuidada; QUE informa que o Dr. Emerson lhe deu um termo de responsabilidade para assinar onde constava que a interroganda se responsabilizava por tudo que pudesse acontecer com ela; (...) QUE faz aproximadamente uma semana que percebeu que sua filha tinha arrancado a própria sonda e informa que Gilson Gonçalves acompanhou a interroganda até o pronto socorro e o médico disse que a criança teria que ficar internada, mas Gilson Gonçalves não permitiu dizendo que a filha dele não ficaria internada; QUE, foi novamente avisada pelas enfermeiras do Pronto Socorro de que se a criança não fixasse internada ela poderia morrer, mas a interroganda não sabe dizer em que dia isso ocorreu; QuE, depois de a criança ficar sem sonda, correndo risco de morrer, a interroganda passou a dar leite à criança com uma mamadeira, mesmo sabendo que ela não poderia ser alimentada daquela forma (...) QUE na data de ontem a interrogada começou a tomar cerveja na companhia da tia de Gilson Gonçalves, Vanessa de tal, e o irmão dele Elton Gonçalvez e outros dois amigos deles (...) QUE depois de ser convidada a ir ao pagode, a interroganda deixou sua filha na casa de Vera Lúcia; QUE entregou sua filha de apenas um mês de idade, nascida em sete meses de gestação e com hidrocefalia para Vera Lúcia; QUE, isso ocorreu por volta de 22 horas e a interroganda afirmou que já tinha dado uma "chuquinha" de leite para ela; QUE, deixou sua filha no bebê conforto na casa de Vera Lúcia e foi até o Pagode da pesada com sua prima Juliana; (...) QUE alega ter voltado para sua casa por volta de meia noite; QUE voltou caminhando apra sua casa e ao atravessar a rua para ir até a casa de Vera Lúcia para buscar sua filha, já viu a ambulância; QUE ao se aproximar da ambulância viu sua filha lá e ela já estava morta; QUE não sabe dizer qual fi a causa da morte e alega que o médico do SAMU não explicou o que havia acontecido (...).*

Da simples leitura das declarações dos réus depreende-se que não há como prosperar a alegação de que os recorrentes teriam sido denunciados e pronunciados com base em meras ilações, visto que a acusação formalizada pelo Ministério Público narrou os fatos delituosos e suas circunstâncias, de forma clara e precisa, descrevendo as condutas, (ainda que omissivas) dos acusados que, ao que parece, poderiam ter agido para impedir o resultado morte da criança, pois há indícios de que assumiram o risco de produzir o resultado morte da filha quando deixaram de oferecer os cuidados específicos que a bebê precisava diante de seu quadro clínico.

Aliás, em juízo, o médico pediatra que acompanhou o tratamento da recém-nascida Ayla no hospital, Dr. Emerson, relatou que, devido aos riscos que a criança apresentava, acabou encaminhando-a para uma unidade para cuidados de crianças com risco de vida, pois Ayla não tinha tais reflexos de sucção por ser uma criança prematura e com hidrocefalia e precisava de alimentação especial por sonda. Declarou que foi conversado com a ré que a criança tinha que ficar internada até atingir o peso de 3kg para depois, ser transferida para Campo Grande para continuar o tratamento (colocação de válvula) que possibilitaria ter uma vida fora do hospital. Questionado se a mãe e o pai foram alertados dos cuidados especiais a serem dispensados em relação a criança, da necessidade de internação, o depoente esclarece que logo que a criança nasceu, mandou chamar os parentes da mãe para conversar, afirmando que o pai nunca compareceu e somente a mãe e mais dois familiares, o tio e a tia da Lorrayne e, inclusive, perguntou sobre o pai, sendo que essa senhora lhe disse que a criança não tinha pai e a família iria se responsabilizar sozinha, de modo que naquele momento foi explicado tanto para a mãe quanto para os familiares o planejamento que o depoente preparou para a criança. Explicou que por ser a criança prematura tinha reflexos diminuídos, assim precisava

ser realizada a infusão do leite em uma velocidade específica para o leite refluir. Afirmou que realizou o treinamento com Lorrayne em relação a sonda (treinamento de passagem da sonda e de administração do leite) mas não sentiu a segurança necessária para proceder a alta. Declarou que não foi dada a alta médica para a vítima justamente porque a acusada não estava completamente segura do procedimento. Informou que tentou demover a acusada de retirar a filha do hospital, inclusive fez a proposta para que ela deixasse a criança no hospital, dizendo para ela que poderia vir visitá-la, mas a Lorrayne lhe disse que iria sair com a filha, já que não deixaria a criança para trás (termo audiovisual de f. 229).

A testemunha Célia Cristina, enfermeira da criança, em juízo, asseverou que Lorrayne sabia dos cuidados indispensáveis que a filha precisava, pois ela estava acompanhando todos os cuidados dispensados a criança no hospital, sendo-lhe alertada de todos os riscos de levar a criança embora. Relatou que tentaram fazer com que a Lorrayne mudasse de idéia e não levasse a criança, pois poderia apresentar complicações já que a bebê não estava em condições de alta. Confirmou que conscientizaram Lorrayne sobre os riscos de eventual morte da criança em razão da alta a revelia. Ressaltou que nunca viu o pai da menina na maternidade. Assegurou que a Ayla saiu do hospital com a sonda por recomendação do pediatra Emerson que estava acompanhando o caso e que o próprio medido deixou claro que a criança não estava com o quadro clínico em condições para alta médica, mas Lorrayne disse que se responsabilizaria por qualquer risco, já que não queria mais que a filha ficasse naquele hospital (termo audiovisual de f. 229).

Entre as declarações das testemunhas e da recorrida há um descompasso, pois em seu interrogatório judicial Lorrayne firmou assinou um termo de responsabilidade para tirar a filha do hospital, mas *"ninguém falou nada que minha filha ia permanecer com a sonda ou ficar sem sonda"*. Disse ainda que somente retirou a filha do hospital porque o Gilson a pressionou, inclusive teria lhe ameaçado de morte, afirmando que se a criança tivesse que morrer seria ao seu lado. Contou que no dia que tirou a filha do hospital foi morar com o corréu Gilson, mas era constantemente agredida por ele. Relatou que ficava o dia todo em casa cuidando da criança. Que a menina continuava usando sonda, mas dava o leite na chuquinha, porque no hospital a bebê já usava chuquinha. Relatou que deixou a criança com a vizinha chamada Vera para ir ao Pagode e, quando retornou deparou-se com o SAMU no interior da sua residência, ocasião em que viu sua filha morta ao lado de Gilson. Narrou Gilson a todo o momento lhe pedia para tirar a criança da residência, então, ao amanhecer embalou a criança e saiu com ela nos braços para pedir ajuda para Silvana, sendo ela quem chamou a polícia. Esclareceu que a vizinha afirmou que entregou a criança viva para Rodrigo, que é irmão de Gilson. Afirmou que no hospital foi instruída dos cuidados que a criança precisava. Relatou que foi a própria criança quem retirou a sonda e que ela e o corréu foram até o hospital, mas o réu não quis que a menina ficasse internada. Contou que no dia que foi tirar a criança do hospital uma enfermeira lhe falou sobre o risco da criança falecer se não lhe fossem garantidos os cuidados necessários (termo audiovisual de f. 229).

Gilson, em juízo, relatou que não acompanhou a gestação da Lorrayne e que sequer esteve presente no dia do parto porque não tinha documentos. Disse que nunca pediu que Lorrayne retirasse a menina do hospital, sendo que a corré apareceu de forma repentina em sua residência com a criança, ocasião em que acabou acolhendo-as em sua casa, por acreditar que realmente era o pai da criança. Entre a saída da menina do hospital e seu falecimento passou quase um mês. Afirmou que ajudava a cuidar da criança, somente não auxiliando na parte de alimentação, já que era a Lorrayne quem fazia o leite. No dia que a criança faleceu contou que Lorrayne deixou a criança com a Dona Vera para ir ao pagode, então, foi até a casa da Dona Vera pegou a criança, mas ela já estava sem a sonda, e a levou para sua casa. Disse que fez a bebê dormir e ficou ao lado dela, não tinha bebido e nem usado droga. Afirmou que onze horas ascendeu a luz e percebeu a criança não estava respirando, foi quando chamou o SAMU. Declarou que em nenhum momento ameaçou Lorrayne para retirar a criança do hospital. Afirmou que não tinha conhecimento dos cuidados especiais que a criança precisava. Sobre o motivo de não ter dado alimentação para a Ayla no dia dos fatos, esclareceu que não a forneceu porque a sonda estava na bolsa Lorrayne. Perguntado se já deu chuquinha para a criança,

afirma que não e que toda a alimentação era realizada por meio de sonda. Afirmou que foi Lorrayne quem tirou a sonda da criança no dia de seu falecimento (termo audiovisual de f. 229).

A par disso, não se pode afirmar, com a certeza que o caso exige, que haveria alguma circunstância evidente apta a afastar a responsabilidade penal dos recorrentes, pois realmente há indícios de que assumiram o risco de produzir o resultado morte da filha ao retirarem a vítima do ambiente hospitalar contra a recomendação médica, bem como há indícios de que deixou de observar a cautela necessária ao ministrar a alimentação da bebê, então, merece ser mantida a decisão de pronúncia, a fim de que não se subtraia do Júri a decisão final, eis que inexistem elementos capazes ensejar a despronúncia dos recorrentes.

A impronúncia ou despronúncia, em verdade, são decisões de rejeição da imputação para o julgamento perante o Tribunal do Júri, porque o julgador (juiz singular ou colegiado) não se convenceu da existência do fato ou de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Sobre o tema Norberto Avena preleciona:

> *(...) a impronúncia na hipótese em que o juiz que conduz o processo, na fase da admissibilidade da acusação, conclui pela inexistência de indicativos de autoria ou das provas de materialidade do fato. Por essa razão, deixa de submeter o acusado ao Tribunal do Júri, determinando o arquivamento do processo criminal.*
>
> *Por outro lado, a despronúncia é decisão que tem lugar em duas situações: primeira, quando, diante do recurso em sentido estrito interposto contra a pronúncia, o próprio juiz prolator daquela decisão, utilizando-se do juízo de retratação que é inerente ao RSE (art. 589 do CPP), reconsidera sua decisão anterior, não submetendo o acusando, então, a júri popular; segunda, na hipótese em que o juiz não se retrata da pronúncia, mas o tribunal, julgando o recurso em sentido estrito interposto, revoga tal pronunciamento e determina o arquivamento do processo criminal. (...).* (Norberto Avena. Processo Penal Esquematizado – 4º edição. São Paulo: ed. Métodos, 2012, p. 766).

No caso em tela, a existência do fato é inconteste e existem indícios suficientes da participação dos recorrentes no crime que lhes é imputado. Assim, outra medida não caberia que não a pronúncia dos acusados, devendo a matéria ser apreciada e decidida pelo corpo de sentença do Tribunal do Júri, razão porque não procede os recursos.

Não vislumbro, ao menos no presente momento, nenhuma das hipóteses elencadas no art. 414, do CPP, logo, sem maiores dificuldades, conclui-se que a despronúncia pretendida é inviável nesta fase, pois o acervo probatório não é capaz de provar que os recorrentes não concorreram para a infração penal.

Outrossim, não se pode olvidar que a sentença de pronúncia não implica em automática condenação, ela só diz respeito a admissibilidade da acusação. Neste sentido, preciosa a lição de Mirabete:

> *A sentença de pronúncia, portanto, como decisão sobre a admissibilidade da acusação constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que exige para a condenação. Daí a incompatibilidade do provérbio in dúbio pro reo com ela. É a favor da sociedade que nela se resolvem as eventuais incertezas propiciadas pela prova. Há inversão da regra in dúbio pro reo para in dúbio pro societate. Por isso não há necessidade, absolutamente, de convencimento exigido para a condenação como a de confissão do acusado, depoimentos de testemunhas presenciais etc.* (Julio Fabrini Mirabete. Processo Penal -7ª ed. São Paulo: Ed Atlas, p. 479/480)

Sobre o tema assim decidiu o STJ:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. HOMICÍDIO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PRESENÇA DE MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. ALTERAÇÃO QUE DEMANDA O REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. Não há qualquer ilegalidade na pronúncia que, embora de forma sucinta, fundamenta sua decisão em elementos colhidos dos autos, uma vez que essa decisão encerra mero juízo de admissibilidade da acusação, sendo exigido tão somente a certeza da materialidade do crime e indícios suficientes de sua autoria. Nesta fase processual, de acordo com o art. 413 do Código de Processo Penal, qualquer dúvida razoável deve ser resolvida em favor da sociedade, remetendo-se o caso à apreciação do seu juiz natural, o Tribunal do Júri. A modificação do que ficou consignado nas instâncias ordinárias, quanto à presença de indícios suficientes de autoria, implica no reexame aprofundado dos fatos e documentos integrantes dos autos, procedimento incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária. Habeas Corpus não conhecido.* (STJ. HC 200.049/MG. Rel. Ministra Marilza Maynard, Desembargadora convocada do TJ/SE - Quinta Turma. Julgado em 23/04/2013).

Assim, consoante consignado na decisão de pronúncia, os recorrentes deverão ser submetidos ao julgamento do júri, pois demonstrada a viabilidade da acusação vez que presentes indícios de que concorreram para o resultado morte da criança.

Do recurso ministerial.

O Órgão Ministerial pugna pelo provimento do recurso para o fim de reconhecer a qualificadora prevista no inciso I do art. 121, § 2º, do CP, postergando a apreciação da matéria ao Tribunal do Júri.

Segundo a acusação, a qualificadora do art. 121, § 2º, I do Código Penal deve incidir porque *"os denunciados agiram de modo desprezível, repugnante, em total descaso para com as necessidades da filha, forçando sua morte ao atendê-la com desprezo, evitando, de forma intencional, cuidados básicos de alimentação, imprescindíveis à sua sobrevivência. No dia dos fatos, Lorrayne se dirigiu a um pagode, levando consigo, em sua bolsa, a sonda necessária à vida da filha. Gilson, no dia seguinte, manteve sua rotina e ficou em casa assistindo futebol*" (f. 03).

Muito embora o Ministério Público alegue que o motivo do crime seja torpe, entendo que, tal como consta da sentença de pronúncia, a qualificadora não ficou demonstrada, ainda que de forma tênue, e deve ser excluída da imputação, pois não há evidências mínimas a justificar deixar tal decisão a cargo do Conselho de Sentença.

Sobre motivo torpe, Rogério Grecco conceitua que *"torpe é o motivo abjeto que causa repugnância, nojo, sensação de repulsa pelo fato praticado pelo agente"* (*In* Código Penal Comentado, 6º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 278).

No caso, embora o resultado da conduta descrita na denúncia (morte de um bebê com poucos meses de vida) seja lúgubre, e mais tocante, não se pode confundir a natural consternação com a perda de uma vida começando com a demonstração objetiva de que Lorrayne e Gilson tenham agido de forma repugnante ou torpe a ponto de caracterizar o motivo torpe.

Não desconhecemos que é vedado ao julgador, nessa fase, valorar as provas para afastar a imputação concretamente apresentada pela acusação, sob pena de se usurpar a competência do juiz natural da causa, o Tribunal do Júri. Não obstante, no caso presente não há sequer indícios de que a conduta dos recorridos seja torpe.

O motivo do crime constitui o precedente psíquico da ação e da narrrativa da denúncia, dos depoimentos das testemunhas (acima transcritos) e dos interrogatórios judiciais e extrajudiciais de Lorrayne e Gilson (também transcritos acima) não se depreende que agiram impulsionado por motivo de alta imoralidade ou motivo abjeto ou vil para deliberadamente forçar a morte da criança.

A conduta do Sr. Gilson de não buscar auxilio imediato ao perceber que a criança estava sem a sonda e da Sra. Lorrayne de assinar um termo de responsabilidade para tirar a bebê do hospital após ter sido informada pelo corpo médico de que essa medida era contraindicada tornava presumível o agravamento do quadro clínico da criança, assim como faltas de cuidados posteriores também podem corroborar a conduta dolosa, porém mas são capazes só por si de referendar a ocorrência do motivo torpe, assim mantenho o afastamento da qualificadora.

Ante o exposto:

Com o parecer, nego provimento ao recurso em sentido estrito interposto por Gilson Gonçalves e Lorrayne Guimarães Torres;

Contra o parecer, nego provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos defensivos e ministerial.

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. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 14 de novembro de 2017.

***

1ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0062127-44.2012.8.12.0001/50000
Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS MAL SOPESADAS – UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 444, STJ – ATOS INFRACIONAIS – INAPTIDÃO PARA GERAR MAUS ANTECEDENTES OU MACULAR A PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA POR RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS – EMBARGOS ACOLHIDOS.

Tendo o juízo de desvalor exercido em relação à personalidade e conduta social do agente sido fundado apenas em inquéritos e ações judiciais ainda em andamento, não se justifica a negativação da moduladora à luz de interpretação decorrente da Súmula 444 do STJ, pela qual: "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*".

Os atos infracionais praticados durante a adolescência do acusado não podem ser considerados como geradores de antecedentes, nem de personalidade desajustada.

O auferimento de vantagem às custas do trabalho e patrimônio da vítima é elemento intrínseco ao crime de furto, não podendo ser valorado na pena-base, sob pena de *bis in idem*.

Ausentes circunstâncias negativas do art. 59 do Código Penal, em se tratando de réu primário e levando-se em conta, ainda, que a pena final fixada não ultrapassa quatro anos, em delito praticado sem violência ou grave ameaça, a prevalência do voto divergente que autorizou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de outubro de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Gelson dos Santos Arantes Júnior opõe embargos infringentes em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal deste sodalício que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso interposto pela defesa contra a sentença que o condenou nas sanções do art. 155, § 4º, I c/c 14, II, do Código Penal, nos termos do voto do relator.

Em síntese, requer a prevalência do voto vencido proferido pelo e. revisor, Des. Ruy Celso B. Florence, que deu parcial provimento em maior extensão ao apelo, a fim de expurgar da pena-base as moduladoras dos antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e as consequências dos delitos, reduzindo a primária ao mínimo legal, bem como substituiu a pena corporal por uma restritiva de direitos, a ser fixada pelo juízo da execução.

O recurso foi admitido (f. 19).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e parcial provimento do recurso *"para que seja decotada da pena-base do embargante a circunstância judicial referente aos antecedentes, mantendo-se, entretanto, a pena-base acima do mínimo porquanto presente mais de uma circunstância judicial negativa, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"*.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Gelson dos Santos Arantes Júnior em face de acórdão proferido nos autos da apelação criminal n. 00621247-44.2012.8.12.0001, pela 2ª Câmara Criminal que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso interposto pela defesa contra a sentença que o condenou nas sanções do art. 155, § 4º, I c/c 14, II, do Código Penal, nos termos do voto do relator.

Em síntese, requer a prevalência do voto vencido proferido pelo e. revisor, Des. Ruy Celso B. Florence, que deu parcial provimento em maior extensão ao apelo, a fim de expurgar da pena-base as moduladoras dos antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e as consequências dos delitos, reduzindo a primária ao mínimo legal, bem como substituiu a pena corporal por uma restritiva de direitos, a ser fixada pelo juízo da execução.

De início, verifico que os embargos infringentes são tempestivos e preenchem os demais requisitos, devendo, portanto, ser conhecidos.

De acordo com o que extrai-se dos autos, aos 22 de outubro de 2012, por volta das 15h, na residência localizada na Rua EW-5, quadra 12, lote 10, Chácara dos Poderes, nesta capital, mediante rompimento de obstáculo consistente no arrombamento de uma janela e de uma porta, o acusado tentou subtrair 01 (um) aparelho de televisão, marca Semp Toshiba, 40' (quarenta polegadas) e 01 (uma) enxada, avaliados em R$ 1.620,00 (mil e seiscentos e vinte reais), de propriedade de Augusto Cândido da Silva.

O delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do acusado que foi detido por populares a poucos metros da residência da vítima.

Da pena-base

Ao fixar a pena-base para o delito de furto qualificado em questão, o magistrado de primeira instância valorou negativamente os vetores dos antecedentes, da conduta social, da personalidade, dos motivos e das consequências do delito, majorando-a em dois anos e 10 dias-multas acima do mínimo, senão vejamos:

> *A sua culpabilidade é normal a espécie; os* ***antecedentes*** *não são bons, sua vida pregressa registra incursões policiais e processos criminais (todos contra o patrimônio), além de 09 (nove) atos infracionais praticados durante a adolescência, inclusive com aplicação de medida sócioeducativa; tais fatos demonstram que sua* ***conduta social*** *é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão, fato*

> *este que evidencia ter **personalidade** propensa a pratica criminosa, posto que dotado de periculosidade e perseverante na pratica delitiva, e, também, denota a insensibilidade moral e desprezo pelas vítimas, posto que insensível ao sofrimento físico, moral e patrimonial a que as submete, em decorrência do potencial lesivo da conduta. De destacar que, a conduta de praticar crimes, causando danos a outrem, não é ato de bondade sensibilidade e afetuosidade com a vitima, altruísmo, honestidade e ausência de ambição; que o **motivo**, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que buscava auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem em conduta totalmente reprovável, em vez de dedicar-se ao trabalho honesto (o motivo, a ambição ilícita, não é elemento do tipo penal incriminador); as circunstâncias são normais a espécie; que as **conseqüências** foram sérias, pois, além dos danos patrimoniais (resultado - elemento do tipo), a ação do condenado certamente causou trauma psicológico na vítima, quiçá com seqüelas irreversíveis (resultado - não é elemento do tipo); que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito. Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu em 04 (quatro) anos de reclusão, e, para a pena pecuniária em 200 (duzentos) dias-multa.* (Destaquei).

Em que pese tenha o voto condutor mantido a pena basilar, sob o fundamento de que *"A elevação da reprimenda foi devidamente fundamentada e, portanto, não há que se proceder qualquer redução"*, penso que, com a devida vênia, não agiu com o costumeiro acerto, devendo prevalecer o voto divergente, porquanto valoradas as moduladoras em motivos inidôneos.

A meu sentir, nada obsta a formação de juízo negativo acerca das circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social quando o agente registra várias condenações definitivas, pois "*além de não empregar ações penais em curso para agravar a pena-base diante da vedação constante da Súmula 444 do STJ, e tampouco caracterizar o bis in idem, tal fato demonstra que o crime agora praticado não foi episódio isolado, mas sim a reiteração sistemática de uma conduta criminosa, a continuidade de uma senda delituosa, elementos mais do que suficientes para indicar seguramente a desonestidade, a má índole, a ambição e o enorme desrespeito à ordem legalmente instituída, características próprias para indicar o caráter, a forma de pensar e agir, a índole e o temperamento do agente*." (TJMS. Apelação n. 0002853-93.2015.8.12.0018, Paranaíba, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 27/07/2017, p: 31/07/2017).

Contudo, no caso dos autos, extrai-se que o juízo de desvalor exercido em relação aos vetores da personalidade, da conduta social e dos antecedentes foram fundados apenas em inquéritos e ações judiciais ainda em andamento (f. 59, 105-113 e 143-147), o que não justifica a negativação das moduladoras à luz de interpretação decorrente da Súmula 444 do STJ, pela qual: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"*. Tanto assim, que o próprio magistrado de piso reconheceu em seu *decisum* que o réu não possuía antecedentes criminais, valendo registrar que atos infracionais cometidos durante a menoridade não servem como avaliação para fins de maus antecedentes ou reincidência. Neste sentido: *"atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para criminalidade para fins de exasperação da pena-base"* (Ag no ArEsp 476.364/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 10/03/2015).

Desta feita, não havendo elementos fáticos-probatórios aptos a confirmar a existência de maus antecedentes e o desvirtuamento da personalidade e conduta social do agente/embargante, deve prevalecer o voto minoritário do revisor, que afastou a exasperação da pena basilar sob este fundamento.

A respeito, já se decidiu esta Colenda Seção Criminal em recente julgado:

> *EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006) – PRETENDIDA REDUÇÃO DAS PENAS-BASES – CIRCUNSTÂNCIA DA PERSONALIDADE – FUNDAMENTAÇÃO*

> *IDÔNEA – MANTIDA. EMBARGOS REJEITADOS. 1 – Na dosimetria da pena-base em primeira fase, por ser concedido ao julgador, poder discricionário para análise de cada circunstância, valorando-a conforme o caso concreto, exige-se dele exame meticuloso e ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção, atentando-se as garantias constitucionais inerentes a toda pessoa, precipuamente no que se refere a individualização da sanção penal. 2 – Diante da ausência de laudo técnico específico, a circunstância judicial da personalidade pode ser analisada com base nos registros da vida pregressa, o único elemento concreto de que se dispõe para tanto, mas isto, a teor da Súmula 444 do STJ, somente quando houver mais de duas condenações definitivas, o que não é o caso dos autos. 3 – Embargos infringentes rejeitados. De acordo com o parecer.* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000221-69.2016.8.12.0015, Miranda, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 19/07/2017, p: 01/08/2017).

Bem assim, as circunstâncias dos motivos e consequências do crime foram mal valoradas pelo juízo sentenciante, vez que o auferimento de vantagem às custas do trabalho e patrimônio da vítima é elemento intrínseco ao crime de furto, não podendo ser valorado nesta fase, sob pena de *bis in idem*.

Outrossim, como bem salientou o revisor do acórdão em seu voto minoritário, *"Em relação às consequências do delito, não pode-se olvidar que os bens subtraídos foram devolvidos à vítima (p. 21) e a afirmação de trauma psicológico à vítima não encontra respaldo nem em laudo pericial, nem no depoimento da vítima, não servindo de base para aumento da pena por ser abstrato"*.

Desta feita, deve prevalecer o voto divergente que reduziu a pena-base ao mínimo legal, ou seja, 2 anos e 10 dias-multa, ao expurgar das moduladoras mal sopesadas.

Da substituição da pena

Por fim, pretende o embargante a preponderância do voto divergente que permitiu a substituição da pena corpórea por uma restritiva de direitos.

De fato, ausentes circunstâncias negativas do art. 59 do Código Penal, em se tratando de réu primário e levando-se em conta, ainda, que a pena final fixada não ultrapassa quatro anos, em delito praticado sem violência ou grave ameaça, a prevalência do voto divergente que autorizou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é medida que se impõe.

Nesta esteira, os seguintes precedentes do Colendo STJ e desta Corte que bem se amoldam à hipótese vertente:

> *HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RECEPTAÇÃO. NECESSIDADE DE CORRETA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DESAJUSTADA COM BASE EM PROCESSOS EM ANDAMENTO E ATOS INFRACIONAIS. ORDEM CONCEDIDA. 1- As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder. 2- Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo. 3- Os atos infracionais praticados durante a adolescência do acusado não podem ser considerados como geradores de antecedentes, nem de personalidade desajustada. 4- Se a maior parte das circunstâncias judiciais foram analisadas em favor do réu e o quantitativo da pena não ultrapassa quatro anos, não se tratando de réu reincidente, desde que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça justifica-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 5- Ordem concedida para anular parcialmente à decisão, no que se refere a dosimetria da punição e para o réu Fábio Júnior reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.* (HC 81.866/DF, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Quinta Turma, julgado em 25/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 325).

> *APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES- PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENABASE AO MÍNIMO LEGAL EM FAVOR DOS APELANTES – ACOLHIDO – PERSONALIDADE VALORADA*

COM BASE EM ATOS INFRACIONAIS – ILEGALIDADE – FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS AOS TRÊS RECORRENTES – POSSIBILIDADE REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS – PROVIMENTO. 1. A mera afirmação, genérica e abstrata, de que o sentenciado possui personalidade voltada ao cometimento de infrações penais não é capaz de demonstrar o seu verdadeiro perfil psicológico ou eventual índole moral maculada, razão pela qual não constitui fundamento idôneo para a elevação da pena-base. Ademais, a jurisprudência do e. STJ é pacifica no sentido de que 'atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para criminalidade para fins de exasperação da pena-base' (Ag no ArEsp 476.364/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 10/03/2015). 2. Considerando-se que os apelantes são primários e foram condenados à pena de 02 (dois) anos de reclusão, bem como que não existem circunstâncias judiciais desfavoráveis a nenhum deles, não há razão para fixação do regime inicial mais gravoso, impondo-se a reforma da sentença para o fim de se alterar o regime prisional para o aberto, nos termos da norma prevista no artigo 33, § 2º, 'c', do Código Penal. 3. Pelos mesmos motivos, e considerando que o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, todos os recorrentes preenchem as exigências previstas no art. 44 do Código Penal, razão pela qual substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal. 4. Recurso provido, para reduzir a pena-base dos apelantes para o mínimo legal, bem como para fixar o regime prisional aberto aos três recorrentes e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem, definidas pelo Juízo da Execução Penal. Em parte com o parecer. (Ap. Crim. 0001071-02.2015.8.12.0002. Rel. Francisco Gerardo de Souza. 3ª Câmara Criminal. J. 28/01/2016).

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, verifico que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais, em razão de ter sido amplamente debatido nos autos.

Ante o exposto, em parte com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento para fazer prevalecer o voto minoritário da lavra do Des. Ruy Celso B. Florence que reduziu a pena-base para o mínimo legal e substituiu a pena corpórea por uma restritiva de direitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

À unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Moreira dos Santos, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 04 de outubro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1410398-21.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PACIENTE PRESO EM ESTADO DIVERSO DAQUELE NO QUAL TRAMITA SUA EXECUÇÃO PENAL E QUE EXPEDIU SEU MANDADO DE PRISÃO – PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA E ADEQUAÇÃO DE REGIME FEITO AO JUÍZO DO ESTADO EM QUE OCORREU A PRISÃO – IMPOSSIBILIDADE – NEGATIVA DA PRETENSÃO – COMPETÊNCIA DO JUÍZO NO QUAL FOI EFETUADA A PRISÃO MERAMENTE ADMINISTRATIVA – ATO COATOR INEXISTÊNTE – ORDEM DENEGADA

Em se tratando de mandado de prisão expedido por autoridade de localidade diversa daquela em que o sentenciado foi preso, a atuação do magistrado atuante na comarca em que ocorreu a prisão é meramente administrativa, limitando-se este a informar o juízo que expediu o mandado acerca da prisão efetivada, não sendo competente para dirimir quaisquer outras questões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 10 de outubro de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

A advogada Rafaela Cristina de Assis Amorim impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor do paciente Isaías de Castro Eleutério, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande/MS.

Narra que o paciente, cumpria sua reprimenda em regime fechado na Comarca de Novo Hamburgo/RS, no final de 2015, quando estava em liberdade devido a um benefício, veio até o Estado de Mato Grosso do Sul, no intuito de visitar familiares, e aqui foi detido pela polícia.

Afirma que no presente momento está cumprindo sua reprimenda, em regime fechado, no Estado de Mato Grosso do Sul há aproximadamente dois anos, tendo passado pela penitenciária de Dois Irmãos do Buriti e agora está na Penitenciária Máxima de Campo Grande, sem que a devida guia de recolhimento.

Pretende cumprir o restante da pena neste Estado, para ficar próximo à sua família. No entanto, a autoridade apontada como coatora indeferiu a pretensão, afirmando que "*o complexo penitenciário desta Capital encontra-se no limite estrutural para o cumprimento das suas finalidades, o que inviabiliza o deferimento da vaga pleiteada"* (f. 03).

Aduz, ainda, que até a presente data nem foi recambiado para Novo Hamburgo/RS (o que aguarda há mais de um ano), nem teve o PEC aforado neste Estado, estando, portanto, evidente o constrangimento ilegal a que vem sendo submetido, pois o período em que está preso aqui não está sendo computado em sua pena, sendo que o total desta é de 14 anos, dos quais já cumpriu 9 anos, ou seja, um sexto, o que lhe daria direito a progressão de regime.

Sustenta que o artigo 103 da Lei 7.21084 (LEP), lhe confere a prerrogativa de ter sua PEC transferida para o juízo do local onde reside sua família, que, *in casu*, é no Estado de Mato Grosso do Sul.

Assim, requer, a concessão da *"ordem de habeas corpus, determinando-se que o paciente cumpra neste Estado de Mato Grosso do Sul, perto de sua família, o restante da pena, em regime aberto, ou outra menos gravosa que a do regime fechado"* (f. 10).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações (fls. 147-150).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 152-154).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 158-162).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela advogada Rafaela Cristina de Assis Amorim, em favor do paciente Isaías de Castro Eleutério, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande/MS, objetivando que o paciente, condenado na Comarca de Novo Hamburgo/RS, possa cumprir o resto de sua reprimenda neste Estado de Mato Grosso do Sul/MS, bem como, que lhe seja deferida a progressão de regime.

Das alegações da impetrante, extrai-se, em síntese, no que importa, que o paciente foi condenado a uma pena de reclusão de 14 (quatorze anos) e que, segundo dados constantes de PEC 44056-6, a pena imposta vinha sendo cumprida na comarca de Novo Hamburgo/RS.

Em diligência aos autos da referida PEC (Guia de Recolhimento)[1], das poucas informações disponíveis, verifica-se que o paciente foi condenado, pelo juízo da comarca de Osório/RS, por homicídio qualificado (hediondo), a uma pena de 14 anos de reclusão em regime fechado, e 10 dias multa a razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, tendo sido a sentença proferida em 11/11/2003, e transitado em julgado em 17/01/2005.

Observa-se ainda, da referida guia de recolhimento, que o cumprimento da reprimenda teve início em 04/02/2005, e que, em 08/09/2014, o paciente obteve a progressão para o regime aberto, sendo que, em 14/09/2014, sua situação no referido processo passou a constar como foragido, de modo que em 14.09.2014 foi incluído andamento processual no qual consta a inclusão de Mandado de Prisão n. 4405669-68.2010.8.21.0072, em desfavor do paciente.

Some-se a isso que, em consulta ao sistema SIGO de Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, consta a informação de que em 12/02/2016 a Polícia de São Gabriel do Oeste/MS, deu cumprimento ao Mandado de Prisão n. 4405669-68.2010.8.21.0072, ou seja, aquele expedido pelo juízo de Novo Hamburgo/RS.

1 http://www.tjrs.jus.br/portalpec/f/t/dadopessoalman

Em consulta ao Sistema SAJ Primeiro Grau - Comarca de Campo Grande/MS, verifico que em 26/07/2016 a defesa do paciente protocolizou petição nominada de Pedido de Providências, a qual foi autuada sob número 0800146-25.2016.8.12.0053, pretendendo que fosse concedida ao paciente autorização para ser transferido para este Estado, a fim de terminar o cumprimento de sua reprimenda aqui.

No entanto, com relação ao referido pedido, o magistrado da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande/MS se manifestou nos seguintes termos:

> *Conforme se notícia, o interno Isaías de Castro Eleuterio, encontra-se recolhido nesta Capital por força de ordem de prisão expedida pelo Juízo de Novo Hamburgo/RS.*
>
> *A defesa requereu que o reeducando permaneça nesta capital, ante o fato de sua família aqui residir, mas o pedido não pode ser atendido.*
>
> *Ocorre que o Complexo Penitenciário desta Capital encontra-se no limite estrutural para o cumprimento das suas finalidades, o que inviabiliza o deferimento da vaga pleiteada.*
>
> *O reeducando não possui pendência criminais nesta comarca e, se a ordem de prisão é de determinado Juízo, deve o preso ser encaminhado ao Juízo que ordenou a prisão, independente de qualquer outra providência.*
>
> *Além do que, mesmo que a família do interno esteja vivendo na cidade de Campo Grande, é certo que ele não possui o direito subjetivo de cumprir sua reprimenda nesta cidade, devendo o interesse do Estado e da segurança pública se sobrepor ao interesse pessoal do preso em permanecer nesta cidade.*
>
> *Pelo exposto, indefiro o pedido de permanência em Campo Grande/MS.*

Ora, em se tratando de sentenciado cuja execução penal tramita na Comarca de Novo Hamburgo/RS, é cediço que todo e qualquer pedido de transferência ou progressão de regime deve ser direcionado ao juízo da referida localidade, não havendo como atender qualquer pretensão apresentada, em face da precariedade da situação prisional do paciente, uma vez que o processo relativo à execução da pena sequer tramita neste Estado.

Diante de tal contexto, é evidente que a atuação do magistrado, ora apontado como autoridade coatora, nos autos do pedido de providências n.º 0800146-25.2016.8.12.0053, tem natureza administrativa, pelo fato da sua atribuição jurisdicional ser exclusivamente vinculada aos processos de execução penal em trâmite nesta Comarca, não lhe cabendo decidir de pedidos de transferência ou progressão, como ora pretendidos, o que é de competência do juízo no qual tramita a execução penal do paciente.

Outrossim, registre-se que no âmbito da atuação administrativa, já que inexiste guia de recolhimento para cumprimento da reprimenda aplicada ao paciente, a atividade do magistrado limita-se aos atos de informar o juízo que decretou a prisão acerca do cumprimento do referido mandado.

Registre-se que da consulta ao andamento da guia de recolhimento em Novo Hamburgo/RS, tem-se que aquele juízo foi informado da prisão em 18/02/2016.

Assim, denota-se a ausência de qualquer ato de constrangimento ilegal praticado pela autoridade apontada como coatora em desfavor do paciente, indicativo de que a pretensão formulada no presente *writ* se apresenta manifestamente infundada.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 10 de outubro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 1601289-96.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAR ABUSO DE AUTORIDADE – DISTRIBUÍDO INICIALMENTE PARA UMA DAS VARAS CRIMINAIS – DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O JUIZADO POR TRATAR-SE DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – MAGISTRADO ATUANTE NO JUIZADO QUE ENTENDE QUE HOUVE O CRIME DE TORTURA E PORTANTO SUSCITA CONFLITO – INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE NO TOCANTE À TORTURA – MANUTENÇÃO DA FIGURA DO ABUSO DE AUTORIDADE – CONFLITO IMPROCEDENTE.

Tratando-se de inquérito para apurar abuso de autoridade, crime de menor potencial ofensivo, e não havendo indícios de materialidade e autoria que justifiquem a alteração da capitulação do delito para o crime de tortura, a competência para processar e julgar os autos é dos juizados especiais criminais.

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, julgar improcedente o conflito.

Campo Grande, 21 de novembro de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 7ª Vara do Juizado Especial de Campo Grande - MS, que se declarou incompetente para atuar nos autos do Inquérito Policial nº 0010375-91.2016, em que é apurado o delito de abuso de autoridade, previsto no artigo 3º, letra "i" da Lei 4898/65 e artigo 147 do CPB.

Inicialmente os autos em referência foram distribuídos ao juízo da 6ª Vara Criminal Residual da Comarca de Campo Grande/MS, o qual, após requisição do Ministério Público (f.159-160[1]), declarou sua incompetência, para processar e julgar o feito, ao argumento de que o crime de abuso de autoridade, ora apurado, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, razão pela qual determinou a remessa dos autos a uma das varas do juizado especial criminal.

Por sua vez, a juíza ora suscitante, com respaldo na manifestação do Ministério Público, fls.159-163, instaurou o presente conflito, ao argumento de que, no caso em tela, há indícios de materialidade de

1 Inquérito Policial nº 0010375-91.2016

que o crime praticado trata-se de tortura, capitulado no artigo 1º, II, § 1º e § 4º, I, da Lei 9.455/97, e não de abuso de autoridade, não se tratando, portanto, de delito de menor potencial ofensivo, razão pela qual a competência para processar e julgar os autos é da 6ª Vara Criminal Residual da Comarca de Campo Grande/MS, para o qual o feito foi originariamente distribuído.

O suscitado prestou as informações que lhe foram requisitadas (fls. 176-177), mencionando que o juízo suscitante não instruiu o pedido com a manifestação do Ministério Público, de fls. 157/158[2], na qual referido órgão, admite que o caso dos autos versa a respeito de crime de abuso de autoridade, cuja pena máxima em abstrato é de detenção de 10 (dez) dias a 06 (seis) meses, tratando-se, portanto, de infração de menor potencial ofensivo, razão pela requereu a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, nos termos do artigo 98, I, da CF e 60 e 61 da Lei n.º 9099/95.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela improcedência do conflito, para que seja reconhecida a competência do juízo suscitante para processar e julgar os autos em questão (fls. 181-185).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 7ª Vara do Juizado Especial de Campo Grande - MS, que se declarou incompetente para atuar nos autos do Inquérito Policial nº 0010375-91.2016, em que é apurado o delito abuso de autoridade, previsto no artigo 3º, letra "i" da Lei 4898/65 e artigo 147 do CPB.

Extrai-se dos autos que o inquérito policial n. 0010375-91.2016.8.12.0001, foi instaurado com escopo de investigar suposta prática do delito de abuso de autoridade praticado por Policiais Civis lotados na DERF/MS contra o preso Denis Vilamaior.

Durante uma visita do Defensor Público aos internos do PTRAN, Denis Vilamaior relatou-lhe que em 26/11/2015 foi conduzido daquele presídio até a DERF/MS, a fim de esclarecer crimes que tivesse cometido, narrando que naquela ocasião foi agredido por Policiais Civis, tendo sofrido choques em seus pés e "borrachadas" em seu corpo, voltando da delegacia no dia seguinte com os pés inchados e com escoriações no ombro. Acrescentou, ainda, que deu entrada no Presídio de Trânsito no dia 20/11/2015, e que fora vítima de agressão policial no momento de sua prisão e posteriormente, quando fora encaminhado para delegacia (DERF/MS).

Do histórico da prisão, tem-se que o interno Denis Vilamaior foi preso em flagrante em 20/11/2015, pela prática do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo, ocasião na qual, segundo ele mesmo relata no interrogatório policial, dirigia um veículo roubado, e, ao ser perseguido por policiais colidiu com o meio fio, sendo capturado. Acrescenta, ainda, que quando já estava detido na delegacia DEPAC/CG, algemado para trás, conseguiu passar as algemas para frente e mediante escalada de um muro empreendeu fuga, vindo a ser detido logo em seguida (f. 04-05[3]).

Testemunhas relatam que, em razão de sua tentativa de fuga, Denis Vilamaior apresentou algumas escoriações pelo corpo, mais precisamente nas costas e ombro, dentre outros locais do corpo, mas sem gravidade, motivo pelo qual foi levado até a UPA Coronel Antonino, em Campo Grande/MS, sendo liberado logo em seguida (f. 04[4]).

2 Inquérito Policial nº 0010375-91.2016

3 0046366-65.2015.8.12.0001 - Auto de Prisão em Flagrante

4 0046366-65.2015.8.12.0001 - Auto de Prisão em Flagrante

Ainda nos autos da prisão em flagrante, autos n. 0046366-65.2015.8.12.0001, em razão do acusado ter relatado que sofreu violência ao ser preso, foi elaborado, em 20/11/2015, laudo de exame de corpo de delito (f. 44-48), no qual concluiu-se que: *"apresenta sinais de lesões corporais leves, por ação contundente, relacionadas a tentativa de evasão da ação coercitiva"*.

No que tange ao conflito instaurado, tem-se que, inicialmente os autos do inquérito policial em referência foram distribuídos ao juízo da 6ª Vara Criminal Residual da Comarca de Campo Grande/MS, o qual, após requisição do Ministério Público (f. 159-160[5]), declarou sua incompetência, para processar e julgar o feito, ao argumento de que o crime de abuso de autoridade, ora apurado, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, razão pela qual determinou a remessa dos autos a uma das varas do juizado especial criminal.

Por sua vez, a juíza ora suscitante, com respaldo na manifestação do Ministério Público, fls. 159-163, instaurou o presente conflito, ao argumento de que, no caso em tela, há indícios de materialidade de que o crime praticado trata-se de tortura, capitulado no artigo 1º, II, § 1º e § 4º, I, da Lei 9.455/97, e não de abuso de autoridade, não se tratando, portanto, de delito de menor potencial ofensivo, razão pela qual a competência para processar e julgar os autos é da 6ª Vara Criminal Residual da Comarca de Campo Grande/MS, para o qual o feito foi originariamente distribuído.

Tenho que não assiste razão ao juízo suscitante. Vejamos.

O crime de tortura está previsto no artigo 1º da Lei 9.455/97, *in verbis*:

> *Art. 1º Constitui crime de tortura:*
>
> *I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:*
>
> *a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;*
>
> *b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;*
>
> *c) em razão de discriminação racial ou religiosa;*
>
> *II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.*
>
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos.*
>
> *§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. (...)*

Por sua vez, o artigo 158 do Código de Processo Penal dispõe:

> *Art.158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.*

Ocorre que, no caso vertente não se pode assegurar a existência de crime de tortura, ante a ausência de provas quanto a autoria e materialidade, uma vez que não há exame de corpo de delito que comprove

5 Inquérito Policial nº 0010375-91.2016

as lesões, tampouco há testemunhas que corroborem afirmações nesse sentido, ao revés, os agentes penitenciários testemunharam que Denis Vilamaior não apresentava qualquer lesão corporal externa ou indícios de ter sofrido violência.

É cediço que o crime de tortura exige um resultado que se revela na imposição à vítima de um sofrimento físico ou mental. É um delito material, pois deixa vestígios no corpo da vítima, seja fisicamente ou em sua psique. Assim, existe uma condição fundamental para a consumação da tortura, qual seja, a constatação do sofrimento físico ou moral a que foi submetida a vítima, e no caso dos autos, tal constatação não ficou evidenciada.

Ademais, eventual lesão aparente no corpo do acusado, tem a determinação de sua origem prejudicada, uma vez que o mesmo, conforme confessou, ao empreender fuga da delegacia quando de sua prisão, por meio de escalada e rompimento de obstáculos conforme consta no auto de prisão em flagrante delito, as fls. 27-29, se machucou, sendo que as únicas lesões comprovadas nos autos são aquelas fruto desta tentativa de fuga, conforme laudo pericial às fls. 49-52.

No que tange à falta de indícios quanto ao crime de tortura, cumpre transcrever excerto do ilustre Membro do Ministério Público, que em seu judicioso parecer de f. 181-185, consignou:

> *(...) Outro ponto é de que o único laudo de exame de corpo de delito realizado em Denis, às fls. 47/52, ocorreu em 20/11/2015, o qual concluiu o perito criminal pela existência de lesões corporais leves, por ação contundente, relacionadas à tentativa de evasão da ação coercitiva.*
>
> *Nota-se que este exame foi realizado antes dos fatos narrados pela vítima da suposta prática de tortura na Delegacia de Polícia em 26/11/2015.*
>
> *Em depoimento às fls. 118/119, o agente penitenciário Francisco Larréa, responsável pelo recebimento do preso no PTRAN em 27/11, aduziu que o preso Denis Vilamaior não apresentava nenhuma lesão aparente, não demonstrando nenhum sinal de que fora agredido, inclusive o informando que se encontrava bem no momento em que voltou da delegacia. O depoente ainda relatou que quando algum preso chega até o Ptran com lesões aparentes, os agentes penitenciários somente o recebem se houver juntamente a entrega de exame de corpo de delito.*
>
> *Em depoimento às fls. 144/145, Guilherme Cantero, policial civil acusado por Denis de o ter agredido, aduziu que os fatos narrados por este são inverídicos, afirmando que o preso foi encaminhado ao Ptran sem ter sofrido qualquer constrangimento físico ou mental, e sem lesões aparentes.*
>
> *Em 01/12/15, em visita ao Ptran, o Defensor Público ao tomar conhecimento das supostas agressões, acabou por tirar fotos das lesões do preso.*
>
> *Todavia, às fls. 105/106, o Perito Criminal justificou a impossibilidade da realização de perícia indireta com base somente nestas fotografias realizadas, posto que as características da fotografia poderiam ensejar incerteza e insegurança quanto a verdadeira realidade dos fatos, bem como a de não conseguir precisar o nexo temporal entre a suposta lesão e o suposto fato de tortura narrado.*
>
> *Nota-se que os fatos narrados por Denis Vilamaior se encontram isolados de todas as outras provas colhidas nos autos, no qual em nenhum momento constatou-se sequer indícios de sofrimento físico ou psicológico pesado sobre este, restando então ausentes às provas quanto à autoria e materialidade do crime de tortura, uma vez ausente o exame de corpo de delito. (...)*

E, ainda, em suas informações, f. 176-177, o juízo suscitado asseverou que:

> *(...) (b) a prova pericial não conclui pela existência de sofrimento físico ou mental. A perícia apenas concluiu pela existência de lesões corporais leves, mas não que estas causaram sofrimento. Portanto, o MP apenas emite juízo hipotético/conjectural, já que não fundamentado em prova pericial. (c) por fim, deve-se destacar que não existem provas quanto a materialidade e autoria da tortura, posto que tal alegação do MP está fundado única e exclusivamente nas declarações da suposta vítima. Entendo que as declarações de suposta vítima que não estejam corroboradas por outras provas não tem eficácia jurídico probante, já que o acusado não pode ser condenado unicamente com base em declarações da Vítima. (...)*

Assim, diante da impossibilidade do devido respaldo a imputação do delito de tortura, tem-se que não há motivos para que os autos sejam encaminhados para o juízo da vara criminal da comarca de Campo Grande, devendo permanecer para ser processado e julgado pelo juízo suscitante.

Posto isso, julgo improcedente o presente conflito de competência e declaro competente, para processar e julgar os autos n.º 0010375-91.2016.8.12.0001, o juízo da 7ª Vara do Juizado Especial Central da Comarca de Campo Grande/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente o conflito.

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 Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 21 de novembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0006839-82.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMICÍDIO CULPOSO – ARTIGO 302 DA LEI 9.503/1997 – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

No tráfego viário espera-se que todos se conduzam com a devida atenção e obedeçam às regras vigentes, em obséquio ao princípio da confiança legítima. Por corolário, o comportamento imprudente do pedestre, que se afastou da expectativa de um agir diligente ao ingressar de inopino na faixa de rolamento onde não existia faixa de pedestre, afasta a responsabilidade penal da conduta de quem, por quebra dessa confiança pelo terceiro, foi protagonista do evento danoso, pois a hipótese refoge a previsibilidade.

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, 27 de novembro 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 Campo Grande que absolveu o apelado Dirceu Soler Lima da imputação pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, III, do CTB), com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Alega que restou caracterizada a conduta culposa do acusado na modalidade imprudência porque violou o dever de cuidado objeto ao trafegar em velocidade acima da permitida para a via.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 297-307).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso (p. 316-319).

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 Campo Grande que absolveu o apelado Dirceu Soler Lima da imputação pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, III, do CTB), com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Alega que restou caracterizada a conduta culposa do acusado na modalidade imprudência porque violou o dever de cuidado objeto ao trafegar em velocidade acima da permitida para a via.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 297-307).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso (p. 316-319).

O recurso não deve ser provido.

Segundo consta, o réu foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 302, III, do Código de Trânsito Brasileiro com base nas seguintes asserções:

> *Consta do Inquérito Policial nº 381/2010, que, no dia 25 de agosto de 2008, por volta das 16h40min, na Avenida Júlio de Castilho, em frente ao número 1254, Bairro Vila Alba, nesta cidade e comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, o denunciado Dirceu Soler Lima ao conduzir o veículo VW Saveiro, placas HSC-9005, cor branca, de propriedade de Salomão Miguel Saigali Neto, por imprudência, praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor, deixando de prestar socorro à vítima Luiz Bazanela.*
>
> *Apurou-se que o denunciado Dirceu Soler Lima é funcionário da Empresa de Entregas Rápidas, denominada MS Express, e conduzia o veículo VW Saveiro pela Avenida Júlio de Castilho, sentido leste/oeste, em velocidade superior a permitida no local, sendo que defronte o numeral 1254, atropelou a vítima Luiz Bazanela que atravessava a pista"...já próxima ao meio fio do canteiro central"* (fl. 20)
>
> *Revelam os autos que o denunciado Dirceu Soler Lima "(...) evadiu-se do local abandonando o veículo (...)"* (fl. 11).
>
> *O Laudo Pericial nº 76.331 é conclusivo no sentido de que "... a causa determinante do evento seria a Velocidade Excessiva por parte do condutor do veículo saveiro"* (fl. 24).
>
> *Em virtude do abalroamento, Luiz Bazanela foi lançado ao solo, sofrendo os ferimentos descritos no Laudo de Exame de Corpo de Delito Exame Necroscópico de fl. 17, que foram à causa eficiente da sua morte.*
>
> *Assim agindo, de maneira imprudente, o denunciado Dirceu Soler Lima incorreu na prática do crime de homicídio culposo, descrito no artigo 302, inciso III da Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.*

Pois bem, para configuração do crime de homicídio culposo impende estejam presentes os seguintes elementos: comportamento humano voluntário, positivo ou negativo; descumprimento do cuidado objetivo necessário, manifestado pela imprudência, negligência ou imperícia; previsibilidade do resultado; morte involuntária.

No presente caso, o laudo pericial de p. 27-33 informa que:

> *Não havia elementos de ordem material suficientes para apontar com precisão o local do sitio de colisão", apresentando como comentário técnico que "as informações colhidas no local davam conta que a vítima efetuava travessia deslocando-se no sentido Norte-Sul, sendo que, se estas versão for confirmada pelas demais investigações policiais e provas testemunhais porventura existentes, tudo indica que a causa determinante do evento seria a Velocidade Excessiva por parte do condutor do veículo saveiro.*

Assim, a prova pericial não comprova com certeza a causa determinante do acidente e, bem por isto, por si só, não permite prestigiar a imputação contida na denúncia, exigindo a complementação de outras

provas para a condenação, até porque eventual infração administrativa cometida pelo réu, ao desrespeitar o limite de velocidade permitida para a via, não resulta necessariamente em responsabilização criminal.

Aliás, o princípio da responsabilidade penal subjetiva, que preconiza a máxima do *nullum crimen sine culpa*, afasta a possibilidade de atribuir-se a prática de crime ao réu em razão do óbito noticiado nestes autos.

Conforme bem apontado na sentença "*As testemunhas Célia Barbosa de Oliveira, Salomão Miguel Saigali Neto, Osvaldo Ferreira, Edson Tiogo, Kátia Souza Santos e José Fernando Barrios Faracco (fls. 140, 187, 206 e 220) pouco se recordaram sobre os fatos ora debatidos*", por outro lado *"o réu, em seu interrogatório (f. 187), fora categórico ao apontar que a vítima o surpreendeu ao atravessar a via fora do local apropriado para tanto"*.

A versão do réu encontra amparo no laudo pericial no qual se apontou que "*a via em questão, no ponto examinado, não possuía sinalização horizontal demarcando as faixas de tráfego de veículos. No local não havia faixa para travessia de pedestres, assim como nas imediações também não foram encontradas placas indicativas de velocidade máxima permitida para o local*" (p. 30).

Enfim, não há prova cabal de que o resultado morte, como descrito na denúncia, esteja ligado ao comportamento do denunciado.

Ademais, é preciso recordar que o pedestre também deveria ter agido com prudência e respeitado as regras de trânsito, não ingressando de inopino na faixa de rolamento. A propósito, no tráfego viário, espera-se que todos se conduzam com a devida atenção e obedeçam às regras vigentes, em obséquio ao princípio da confiança legítima.

Por corolário, o comportamento imprudente do pedestre, que se afastou da expectativa de um agir diligente, afasta a responsabilidade penal da conduta de quem, por quebra dessa confiança pelo terceiro, foi protagonista do evento danoso, pois a hipótese refoge à previsibilidade.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho o voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo 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. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 27 de novembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0021999-40.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO DE ÁGUA – DENÚNCIA REJEITADA – RECURSO MINISTERIAL – INSUBSISTENTE – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Na fase de recebimento da denúncia, em matéria de análise probatória, cabe ao julgador unicamente verificar se as provas produzidas são suficientes para demonstrar a existência de justa causa para a instauração do processo penal, o que é revelado pela presença de indícios razoáveis de autoria e prova de materialidade.

Observando-se no caso concreto que a investigação do fato hipoteticamente criminoso foi comprometida em razão da inobservância a formalidades previstas no Código de Processual Penal, que acabou por abalar a higidez do laudo pericial que arrima a ação penal, a rejeição da denúncia deve ser mantida, por ausência de justa causa.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento, unânime.

Campo Grande, 20 de novembro de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito irresignado com a decisão proferida pelo juiz de direito da 6ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos Autos n. 0021999-40.2016.8.12.0001, que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de Alberto Souza Soares, imputando-lhe a suposta prática do crime previsto no artigo 155, § 3º, do Código Penal (furto de energia elétrica).

Alega que a inicial acusatória preenche os requisitos legais e deve ser recebida, notadamente porque vem acompanhada de indícios suficientes de autoria e materialidade e, ademais, há justa causa para a persecução penal.

Em contrarrazões, a defesa suscitou preliminar de não conhecimento, por intempestividade das razões recursais. No mérito, posicionou-se pelo não provimento.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo juiz de direito da 6ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0021999-40.2016.8.12.0001, que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de Alberto Souza Soares, imputando-lhe a suposta prática do crime previsto no artigo 155, § 3º, do Código Penal (furto de água).

Consta da denúncia:

> *(...) no dia 07 de março de 2016, na residência localizada na Rua Salinas nº 61, bairro Jardim Presidente, nesta Capital, o denunciado Alberto de Souza Soares subtraiu para si, coisa alheia móvel consistente em desvio de fornecimento de água, em prejuízo a empresa concessionária de fornecimento de água, Águas Guariroba. Apurou-se que durante inspeção técnica de rotina realizada pelos funcionários da empresa, constatou-se que o aparelho hidrômetro instalado na residência do denunciado encontrava-se com a engrenagem danificada e o 'lacre interno rompido'. Foi constatado pelos funcionários da empresa que o consumo não medido referente ao período de Fevereiro de 2015 a Fevereiro de 2016, correspondente a um valor de R$ 737,46 (Setecentos e trinta e sete reais e quarenta e seis centavos). O aparelho medidor hidrômetro foi encaminhado para aferição para a Agência Estadual de Metrologia AEM/MS, onde apresentou o resultado 'reprovado, pela constatação do INMETRO sob o fundamento de estar com a 'engrenagem cortada' (fl. 13).*

A inicial acusatória, porém, foi rejeitada pelo julgador de primeira instância com base nos seguintes fundamentos:

> *No caso:*
>
> *(a) em 07.03.2016, o fato ocorreu;*
>
> *(b) porém, a suposta vítima conscientemente deu causa a alteração do corpo de delito, posto que alterou o estado estado das coisas (corpo de delito);*
>
> *Ocorre que a suposta vitima retirou o hidrômetro do local, e, manipulou extensamente o mesmo. Tal é o que se constata do pedido de providências.*
>
> *Ocorre que foi apresentado o pedido de providências, cópias do termo de ocorrência, de um 'laudo' pericial, e, um 'laudo' do AEM/MS, do calculo de estimativa de diferença de consumo, bem como o hidrômetro n. Y08S150246 (fls. 06/10, 14/15, 16/17). Ou seja, o hidrômetro foi extensamente manipulado até a data em que a suposta vitima noticiou o fato e requereu o pedido de providencias (26.04.2016. fls. 06/10, 14/15, 16/17).*
>
> *(d) em 04.05.2016 (quase 02 meses depois do fato) a Autoridade Policial requereu a realização da produção de falsa perícia (fls. 21), posto que sobre corpo de delito alterado/ pseudo corpo de delito;*
>
> *(e) em 18.05.2016 (02 meses depois dos fatos), a falsa pericia (fls. 37/46).*
>
> *Ou seja, o corpo de delito não existia mais, posto a total alteração do estado da coisa e do local, e, com o desaparecimento dos demais vestígios materiais.*
>
> *Não é por outro motivo, que o laudo foi emitido com base no hidrômetro manipulado, e, declarações da suposta vítima e Autoridade Policial.*

> *Deste modo, não foi produzida prova pericial valida a fim a demonstrar a existência/inexistência da fraude no hidrômetro, as condutas praticadas pelo acusado, etc* (*...)*
>
> *Em sendo assim, não foi produzida prova pericial válida a fim de demonstrar a materialidade e autoria.*
>
> *Logo, a denúncia deve ser rejeitada por ausência de justa causa.*

Em seu recurso, o MPE alega que a denúncia preenche os requisitos legais e deve ser recebida, notadamente porque vem acompanhada de indícios suficientes de autoria e materialidade e, ademais, há justa causa para a persecução penal.

Em contrarrazões, a defesa suscitou preliminar de não conhecimento, por intempestividade das razões recursais. No mérito, posicionou-se pelo não provimento.

Inicialmente, deve ser rejeitada a preliminar suscitada pela defesa.

De fato, o art. 588 do Código de Processo Penal estipula o prazo de dois dias, a contar da intimação da decisão, para a apresentação das razões recursais tratando-se de recurso em sentido estrito. Apesar disso, a apuração da tempestividade recursal está adstrita ao prazo de interposição do recurso. Por isso, a apresentação extemporânea das razões de apelação não tem o condão de prejudicar apelação criminal tempestivamente interposta.

Nesse sentido:

> *CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. APRESENTAÇÃO TARDIA DAS RAZÕES. MERA IRREGULARIDADE. ORDEM DENEGADA. I. A apresentação tardia das razões recursais constitui mera irregularidade, não configurando a intempestividade do recurso. II. Precedentes do STJ e do STF. III. Interposto o recurso em sentido estrito no prazo legal, nem mesmo a falta de apresentação das razões recursais pode ensejar o seu não conhecimento, não podendo tal fato afetar o exame da irresignação. IV. Ordem denegada.* (HC 39.785/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 318).

No mérito o recurso deve ser desprovido.

Malgrado a argumentação desenvolvida pelo recorrente, no presente caso investigação do fato hipoteticamente criminoso foi comprometida em razão da inobservância a formalidades previstas no Código de Processual Penal, que acabou por abalar a higidez do laudo pericial que instrui o feito.

Conforme bem destacado no r. parecer ministerial, o hidrômetro em questão foi retirado do local e substituído por funcionários da concessionária de fornecimento de água, Águas Guariroba, sem a presença de policiais. Em outras palavras, apreensão ocorreu em desacordo com art. 6º, inc. I, II e VII, do CPP.

Referida empresa permaneceu com o hidrômetro em questão por aproximadamente dois meses e, somente após manipulá-lo exaustivamente, realizando análises particulares, o entregou à autoridade policial para realização de exame pericial de corpo de delito.

Com isso, embora os peritos tenham consignado no laudo oficial que o hidrômetro em questão apresentava supressão de dentes, que acarretava submedição de volume hidráulico fornecido à unidade consumidora, não há certeza se tal irregularidade já existia no momento da apreensão, diante da forma como tal instrumento foi apreendido, do tempo em que permaneceu na posse da vítima e das manipulações

ocorridas durante esse interregno.

Assim, embora preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, a rejeição da denúncia deve ser mantida, por ausência de justa causa, decorrente da inaptidão do laudo pericial para demonstrar a irregularidade no hidrômetro e a inexistência de outras provas capazes de comprovar a fraude no consumo de água.

A propósito, são pertinentes as observações da i. Procuradoria de Justiça, a seguir reproduzidas:

> *No caso concreto, a instauração do procedimento investigativo decorreu do Pedido de Providências elaborado pela vítima do delito. A vítima esclareceu que, durante fiscalização técnica de rotina no imóvel do recorrido, verificou-se irregularidades no consumo de água, consistente na intervenção ilegal na rede de água.*
>
> *Diante disso, dentre outros requerimentos, postulou pelo exame pericial "no aparelho medidor apreendido no local e entregue nessa DEPOL" (f. 8/10).*
>
> *Ocorre que o hidrômetro, identificado pelo nº Y08S150246, foi entregue para a autoridade policial em 26.4.2016, juntamente com a representação (notitia criminis). No entanto, a fiscalização efetuada pela concessionária e em que culminou na possível descoberta da irregularidade no instrumento foi realizada em 7.3.2016 (f. 6/7).*
>
> *Percebe-se, por conseguinte, que o medidor de água permaneceu, aproximadamente, dois meses em posse da vítima. Contudo, esse interregno temporal evidencia a possibilidade de alteração no estado real do hidrômetro no momento de sua apreensão, especialmente porquanto não há qualquer registro das características do equipamento na ocasião da descoberta da fraude.*
>
> *Não se pode olvidar, igualmente, que após constatada a irregularidade no hidrômetro, este foi prontamente substituído pela equipe responsável pela fiscalização do imóvel. Inclusive, as testemunhas Alfredo Duarte Jara e Lindnner Miranda Garcia confirmam que a apreensão e troca do hidrômetro ocorreu por ocasião da verificação da irregularidade, mas, sem a presença de autoridade policial (f. 47/48).*
>
> *Diante disso, embora o Laudo de Exame em Objeto nº 123.939 tenha constatado fraude no hidrômetro, advinda da supressão de dentes de uma das engrenagens, acarretando, assim, a submedição do volume hidráulico na unidade consumidora, tal não pode subsidiar ação penal em desfavor do recorrido (f. 37/46).*
>
> *A retirada do hidrômetro sem qualquer intervenção policial, bem como a permanência do objeto em poder da vítima durante extenso lapso temporal, invalidam a prova pericial realizada. Isso porquanto ensejam a incerteza no que se refere às irregularidades contidas no hidrômetro até o momento de sua apreensão.*
>
> *Pelo exposto, está evidente a ofensa à regularidade do procedimento investigativo, seja mediante a alteração do estado das coisas seja pela apreensão indevida de objeto relacionado com o fato delituoso (art. 6º, inc. I, II e VII, do CPP).*
>
> *Não se olvide que a concessionária possa realizar a substituição de medidores etc. Contudo, quando se tratar de substituição de medidor em que se tenha a suspeita de fraude, adulteração etc., há de se adotar a providência de, antes da substituição, acionar a autoridade policial para que, nos termos do art. 6, incs. I, II e VII, do Código de Processo Penal, compareça no local dos fatos, preferencialmente acompanhada de perito criminal, para realizar a coleta e apreensão do hidrômetro para posterior remessa ao instituto de criminalística.*

Assim, preserva-se a higidez da materialidade, evitando interregno entre o ato de substituição do hidrômetro e a apreensão respectiva pela autoridade policial.

O recurso, portanto, não merece provimento.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de rejeitar a preliminar de não-conhecimento do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento**.**

Decisão em conformidade com o parecer.

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, 20 de novembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1410307-28.2017.8.12.0000 - Fátima do Sul
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO E INTERPOR RECURSO – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – TRÂNSITO EM JULGADO AFASTADO – ORDEM CONCEDIDA.

Havendo renúncia do advogado constituído no curso do processo, é necessário intimar pessoalmente o réu facultando-lhe a constituição de novo advogado de sua confiança precedentemente a remessa dos autos à Defensoria Pública, nos termos do artigo 263 do CPP.

Da sentença condenatória, em qualquer caso, devem ser intimados réu e seu defensor, dativo ou constituído, aperfeiçoando-se o procedimento de cientificação da decisão com a última das intimações, a partir da qual flui o prazo recursal. E na hipótese do acusado não ser encontrado para a intimação pessoal, deve ser procedida a intimação por edital, desde que esgotados todos os meios de localização.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, conceder unânime, com ressalvas do 1º e 2 vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 2 de outubro de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O advogado Alberi Rafael Dehn Ramos impetrou *habeas corpus*, com pleito liminar, em favor de André Eduardo Ferreira Marques, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul.

Alega em resumo que o paciente foi condenado a pena de 11 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (art. 33 e art. 35, ambos da Lei n. 11.343/06); após a prolação da sentença, a advogada do paciente renunciou ao mandato sem o seu conhecimento, sendo nomeada a Defensoria Pública para representá-lo, que, manteve-se inerte e não interpôs recurso em favor do

paciente; ademais, o paciente não foi intimado pessoalmente a respeito da sentença condenatória e a intimação editalícia ocorreu sem que fossem realizadas diligências com o intuito de localizá-lo; assim, houve ofensa aos princípios do contraditório e a ampla defesa, maculando o processo de nulidade.

Pugna pela concessão de liminar a fim de que seja suspensa a ordem de prisão, com o consequente recolhimento do mandado de prisão, até julgamento do mérito da impetração.

O pedido de liminar foi deferido.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela concessão da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Alberi Rafael Dehn Ramos em favor de André Eduardo Ferreira Marques, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul.

Alega em resumo que o paciente foi condenado a pena de 11 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (art. 33 e art. 35, ambos da Lei n.º 11.343/06); após a prolação da sentença, a advogada do paciente renunciou ao mandato sem o seu conhecimento, sendo nomeada a Defensoria Pública para representá-lo, que manteve-se inerte e não interpôs recurso em favor do paciente; ademais, o paciente não foi intimado pessoalmente a respeito da sentença condenatória e a intimação editalícia ocorreu sem que fossem realizadas diligências com o intuito de localizá-lo; assim, houve ofensa aos princípios do contraditório e a ampla defesa, maculando o processo de nulidade.

A ordem deve ser concedida.

Conforme os documentos inclusos, o paciente foi condenado a pena privativa de liberdade total de 11 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (artigos 33 e 35, ambos da Lei Federal n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006).

A sentença condenatória foi publicada no dia 8 de abril de 2013 e a advogada do paciente renunciou ao mandato no dia 9 de abril de 2013, quando fluía o prazo para interposição de recurso, não tendo manifestado interesse em recorrer.

Após a renúncia da advogada, o Juiz da 2ª Vara da comarca de Fátima do Sul nomeou a Defensoria Pública para patrocinar a defesa do paciente, a qual, entretanto, deixou transcorrer *in albis* o prazo recursal.

Adiante, após realizar apenas uma diligência, o Oficial de Justiça devolveu a Carta Precatória destinada a intimação pessoal do paciente sem o devido cumprimento, sob o argumento de que o endereço não existia. Ocorre que, o impetrante alega que o endereço sempre existiu, apenas, o nome da rua que mudou, mas o número era o mesmo, ou seja, 670.

Sendo assim, apesar de o paciente não ter sido encontrado na primeira oportunidade para a intimação pessoal, a intimação por edital só poderia ter ocorrido desde que esgotados todos os meios de localização, o que não aconteceu no caso dos autos, constituindo vício insanável pela inobservância desta formalidade (nesse sentido: STJ - HC 100.524/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015).

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, da sentença condenatória, em qualquer caso, devem ser intimados réu e seu defensor público, dativo ou constituído, aperfeiçoando-se o procedimento de cientificação da decisão com a última das intimações, a partir da qual fui o prazo recursal (cf. HC 47.326/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 409; HC 167.567/PA, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 112.875/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 15/06/2009; HC 99.232/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/04/2008, DJe 23/06/2008; REsp 829.317/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 363).

Aliás, não obstante as regras dispostas no art. 392 do CPP, que regulamentam a intimação da sentença ao réu, o entendimento doutrinário e jurisprudencial se orientam no sentido da obrigatoriedade da intimação de ambos, defensor e réu. É o que esclarecem Ada Pelegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho *in* As Nulidades no Processo Penal, 204, Revista dos Tribunais, p. 139, *verbis*:

> *Em primeiro lugar, cumpre lembra que exclusividade ou alternatividade entrevista nas disposições do art. 392 do CPP não prevalece diante da garantia constitucional da ampla defesa, que compreende a autodefesa e a defesa técnica (...); assim, em qualquer situação, não basta seja intimado tão-somente o réu ou exclusivamente o defensor, seja ele constituído ou dativo, pois o ato somente atinge sua finalidade com a cientificação de ambos.*

Ademais, diante da renúncia da advogada, era necessário facultar ao réu a possibilidade de constituir novo advogado de sua confiança precedentemente à remessa dos autos à Defensoria Pública, nos termos do artigo 263 do CPP (cf. STJ - HC 100.524/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015; HC 145.148/PA, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 19/11/2009).

Sendo assim, houve afronta à regra da liberdade processual de escolha do defensor, pois o processo foi encaminhado diretamente à Defensoria Pública Estadual, restando caracterizada flagrante ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Conforme ensina Guilherme de Souza Nucci, a escolha de defensor de sua confiança *"é direito inafastável do acusado, fazendo parte da ampla defesa"*, pois *"deve haver uma estreita relação de confiança entre o réu e o profissional destacado para ouvir seus segredos e usar todos os recursos cabíveis para garantir o seu indisponível direito à liberdade"* (Código de Processo Penal comentado, SP: RT, 2008. p. 562-563).

A violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório enseja nulidade absoluta e, no caso, o prejuízo ao réu é intuitivo, pois a Defensoria Pública Estadual deixou de interpor recurso dando ensejo ao trânsito em julgado da condenação.

Destarte, conforme bem observado pela d. Procuradoria de Justiça, "*a ordem deve ser concedida para que seja afastado o trânsito em julgado da condenação, determinando a intimação pessoal do paciente, sendo-lhe oportunizado sobre o interesse de constituir novo advogado, sob pena dos autos serem enviados a Defensoria Pública, facultando-lhe, ainda, o direito de, querendo, apresentar recurso, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa*".

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de conceder a ordem em favor de André Eduardo Ferreira Marques a fim de afastar o trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta nos autos n. 0001192-79.2010.8.12.0010, determinando a intimação pessoal do paciente para, querendo, constituir novo advogado, sob pena dos autos serem enviados a Defensoria Pública, facultando-lhe a interposição de apelação, no prazo legal.

Decisão em conformidade com o parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

Acompanho o voto do e. relator, acrescentando apenas que a intimação do paciente, nos autos da ação penal 0001192-79.2010.8.12.0010, deve ser feita no endereço que já consta dos autos, cujo nome da rua mudou para Rua José Stroppa, no mesmo número (670), em Dourados, MS.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator para conceder a ordem e acrescento as ressalvas do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Concederam unânime, com ressalvas do 1º e 2 vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 02 de outubro de 2017.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Fórum de Campo Grande recebe exposição Memória em Movimento - 02/10/2017



Com o objetivo de divulgar a sua história, o Tribunal de Justiça está promovendo a exposição itinerante "Memória em Movimento do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul". A mostra teve início no mês de agosto no prédio do TJMS e agora chega ao saguão do Fórum Heitor Medeiros, na Rua da Paz, 14. A iniciativa é do Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária, em parceria com a Secretaria de Comunicação e com a colaboração das secretarias de Bens e Serviços e Obras.

A exposição "Memória em Movimento do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul" é um resgate da memória do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, apresentando para a sociedade imagens, documentos, fatos e personagens históricos que, de alguma forma, contribuíram na construção da justiça e da cultura sul-mato-grossense.

Todo o trabalho foi realizado por servidores do Poder Judiciário. A seleção do material foi executada pelos servidores do Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária. Os expositores e stands foram produzidos na marcenaria do TJMS, vinculada à Secretaria de Bens e Serviços, em parceria com a Secretaria de Obras. A divulgação e elaboração das artes gráficas foi feita pela Secretaria de Comunicação.

Os visitantes terão acesso a este importante acervo com fotografias de prédios antigos, pessoas e momentos importantes, além de processos anteriores à separação do antigo Mato Grosso, com fatos curiosos que chamam atenção na atualidade, por seus relatos e pela dinâmica processual, um tempo em que a tecnologia da informação ainda não fazia parte da vida das pessoas, nem do Judiciário.

A exposição também tem uma seção que conta não apenas a história da comarca, mas a comarca na história. Fatos como a Guerra do Paraguai e seus personagens, como Guia Lopes, Tenente Antônio João e Barão de Melgaço, assim como o Ciclo da Erva Mate, são muito bem retratados, por serem momentos que destacam o Estado na historiografia nacional.

Além disso, são apresentados processos com histórias curiosas, demonstrando como eram os crimes e as demais demandas da justiça no passado e, também, casos pitorescos, como o do falso juiz, que atuou como magistrado em uma comarca do interior. Fotos do ato de posse do usurpador estão expostas neste trabalho.

A exposição segue no Fórum de Campo Grande até final de outubro e depois vai para o Centro Integrado de Justiça (Cijus). Em seguida, a mostra irá a algumas comarcas do interior.

Grupos escolares e universitários podem agendar uma visita guiada, dentro do Programa "Conheça o Judiciário", para comparecerem ao prédio do Fórum e verem a exposição itinerante.

Os interessados devem agendar a visita pelo telefone (67) 3314-1378.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS inaugura nova sala dos oficiais de justiça no Fórum da Capital - 02/10/2017



Considerados as mãos dos juízes, aqueles que executam todas as decisões dos magistrados, os oficiais de justiça receberam, no final da manhã desta segunda-feira (2), o novo espaço para abrigá-los no prédio do Fórum de Campo Grande. A nova sala dos oficiais de justiça foi inaugurada pelo presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran.

O novo espaço conta com 28 estações de trabalho e uma sala reservada exclusivamente para o atendimento das partes e dos advogados. "A sala visa propiciar aos oficiais de justiça um espaço condizente com a atividade que eles desempenham, que é de suma importância no andamento judicial, sendo os oficiais o *longa manus* do magistrado, quem materializa as decisões. E, uma vez melhor instalados, garantem também uma melhor qualidade no serviço prestado", destacou o presidente do TJ.

O presidente da OAB/MS, Mansour Karmouche, destacou que a qualidade do espaço oferecido "dignifica a função dos oficiais, que estão na linha de frente e que às vezes sofrem consequências, ameaças e nós sabemos das dificuldades de se cumprir um mandado. O advogado sabe muito bem disso, do trabalho do oficial. E sabemos hoje do perigo que é fazer no Brasil o cumprimento das decisões judiciais".

Karmouche fez questão de parabenizar o Presidente do TJMS, frisando que tudo só acontece quando da determinação da Presidência. O presidente da Ordem elogiou a atuação do Des. Divoncir à frente do TJ, preocupado em humanizar as condições de trabalho para os servidores e também a preocupação em melhor atender os jurisdicionados e os advogados.

O juiz diretor do Foro de Campo Grande, Ariovaldo Nantes Correa, falou do desafio de se estar num prédio com espaços muito ocupados, mas, mesmo diante da limitação física, busca propor reformulações. "A conquista é uma afirmativa do compromisso que o Presidente do TJ assumiu quando tomou posse, o de administrar para as pessoas. E administrar para as pessoas não é apenas voltar-se ao público externo, mas também ter este olhar às necessidades do quadro funcional". O diretor explica que o espaço irá atender 108 oficiais de justiça de forma alternada.

O evento contou com a presença de diversos magistrados e oficiais de justiça, além do vice-presidente do Tribunal, Des. Julizar Barbosa Trindade, e do presidente da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), Fernando Chemin Cury.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Acordo cria curso para preparar profissionais da saúde no atendimento à mulher em situação de violência - 03/10/2017



Na manhã desta terça-feira (3), no Salão Pantanal do TJMS, o Tribunal de Justiça sediou o lançamento do Projeto EmPENHAd@s pela Saúde, uma proposta que viabilizou o curso Atenção à Mulher em Situação de Violência, para qualificação de profissionais que atuam na rede de atendimento na área de saúde de todo o estado de MS.

O acordo de coorperação é o resultado da parceria estabelecida entre o Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial (Ejud-MS) e da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, e o Governo do Estado, por intermédio da Secretaria Estadual de Saúde, da Subsecretaria de Políticas Públicas para Mulheres e da Superintendência de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde (Telessaúde), além da Maternidade Cândido Mariano.

A intenção é disponibilizar o curso, no formato EaD, por meio da Telessaúde, de forma gratuita, a partir do dia 15 de outubro, e quem fizer o ciclo até o final do ano será certificado. As aulas são ministradas pelos parceiros do convênio e estes se dispuseram a fornecer consultoria, se necessário, ao final de cada módulo – totalizados em quatro. Com isso, pretende-se que os profissionais que atendem na área de saúde sejam sensibilizados para perceber e auxiliar mulheres vítimas de todo tipo de violência, quebrando o ciclo da violência.

O diretor-geral da Escola Judicial de MS, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, que representou o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, na solenidade de lançamento, enfatizou a importância da parceria acordada e ressaltou que foi dado o primeiro passo, com a assinatura do termo de colaboração.

"Mulher, saúde, educação e segurança são os principais problemas nacionais que temos e esse acordo mostra que nos importamos com a segurança e a educação para a mulher. Isso significa que estamos unindo forças nos setores mais importantes para a população brasileira".

A juíza Jacqueline Machado, titular da primeira Vara de Medidas Protetivas no país e que responde pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, destacou que o curso é um marco, tanto para o TJMS quanto para a Coordenadoria da Mulher, pois conseguiu unir esforços do Poder Judiciário, da Saúde e das políticas em prol das mulheres vítimas de violência.

"Este curso vem em um momento muito importante, já que uma mulher morre a cada 1h30, no Brasil, vítima de violência. A cada 11 minutos temos um estupro no país e, a cada dois minutos, temos cinco espancamentos de mulheres. Precisamos combater esses tipos de violência diariamente, porque essa realidade já virou uma pandemia. A união de esforços nos permitirá uma forma global de combate", asseverou a juíza.

A subsecretária de Políticas Públicas para Mulheres, Luciana Azambuja Roca, destacou ainda a importância de fortalecer e qualificar o serviço de atendimento realizado no interior do Estado para que as mulheres e meninas tenham acesso a um atendimento humanizado e qualificado. "Esses dados que a juíza Jacqueline trouxe é lamentável, mas infelizmente é a verdadeira realidade que vivemos".

Representado a Superintendência Geral de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde – Telessaúde, a superintendente Maria de Fátima Meingberg Cheade comentou a respeito da necessidade que os profissionais de saúde passem ao atender as mulheres vítimas de violência e a importância de se discutir o processo de trabalho do profissional da saúde que, muitas vezes, fazem o primeiro contato com a mulher violentada.

O acordo de cooperação visa a criação e viabilização do curso de Atuação a Mulher em Situação de Violência, que objetiva discutir a atenção no atendimento às mulheres que estão em situação de violência, seus direitos, suas dificuldades, os aspectos sociais e psíquicos dessa violência, além das boas práticas e a rede de atendimento".

Para a viabilização do curso, a Ejud-MS emprestou seu conhecimento para preparar as aulas em EAD, nesta que é a primeira experiência da Telessaúde com ensino a distância, já que antes fazia suas capacitações na modalidade presencial.

Presentes ainda ao evento estavam os desembargadores Marial Isabel de Matos Rocha, Luiz Tadeu Barbosa Silva, Luiz Gonzaga Mendes Marques, Alexandre Bastos e Geraldo de Almeida Santiago, o presidente da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), juiz Fernando Cury; o médico Cezar Luiz Galhardo, representando a Maternidade Cândido Mariano, o secretário Estadual de Saúde Nelson Tavares, a promotora Luciana do Amaral Rabelo e o procurador de justiça Francisco Neves.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Encontro debate ressocialização de detentos com apresentação de boas práticas - 04/10/2017



Com o objetivo de debater a ressocialização de detentos por meio de uma nova forma de execução penal, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul realizou, na noite desta terça-feira (3), na Escola Superior da Defensoria Pública de MS, o encontro Sociedade Civil, Poder Público e Cárcere.

De acordo com o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, coordenador de Mediação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) e membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e do Conselho Nacional de Direitos Humanos, a intenção é conscientizar a sociedade sul-mato-grossense, de um modo geral, de que são necessárias mudanças para que seja obtido um menor índice de reincidência, uma execução penal melhor, que haja menos sofrimento para aqueles que estão reclusos, e que isso possa beneficiar a sociedade com um custo bem menor do que as prisões.

"Nós precisamos muito mais da sociedade civil do que do poder público. O poder público logicamente vai ser o cordão, mas as pérolas serão os componentes da sociedade. Espero que as boas práticas expostas nesse encontro possam frutificar daqui pra frente para que tenhamos um futuro melhor para a questão carcerária de Mato Grosso do Sul", destacou o Des. Ruy Celso.

No evento, a diretora executiva do Instituto Ação pela Paz, Maria Solange Rosalem Senese, apresentou as boas práticas existentes no Brasil com o objetivo de ressocialização de detentos, tais como as Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (APACs), os Centros de Ressocialização e o programa Semear – Sistema Estadual de Métodos para Execução Penal e Adaptação Social do Recuperando, dentre outras ações desenvolvidas em diferentes locais do país.

A palestrante do encontro ressaltou que existem possibilidades de imprimir novas práticas penitenciárias que promovam a redução da reincidência criminal. "O ponto de partida do Instituto é valorizar o que já é feito no Estado, e vocês já fazem muitas coisas. É muito importante a gente propiciar esses momentos de trocas de boas práticas porque é possível potencializar esses resultados. Um dos nossos objetivos é promover principalmente uma atitude com relação à criação, à geração de um modelo funcional de presídio. Os modelos conservadores, tradicionais, têm seus méritos e são necessários, mas é importante propiciar modelos alternativos de presídios que propiciem condições melhores de recuperação da pessoa presa, principalmente a redução dos níveis de reincidência criminal, que é o foco do Instituto".

Segundo Maria Solange, a união de todos é o que faz dar certo esse tipo de projeto baseado em boas práticas. "Os problemas que afetam a sociedade não podem estar só no escopo de solução do poder público. A sociedade quer participar dos problemas que a afetam. Então isso só vai dar certo se a sociedade civil participar. Para isso, o poder público deve perceber e dar espaço e orientar onde a sociedade pode entrar. Um exemplo bem típico é a questão de empregabilidade da pessoa egressa. A pessoa egressa tem que entrar no mercado de trabalho através de uma empresa. Por isso a ideia de pensar em unidades prisionais funcionais, como as APACs, vão propiciar essa alternativa mais segura de colocar uma pessoa dentro do mercado de trabalho, por exemplo".

A diretora do Instituto Ação pela Paz destacou que é necessário desenvolver projetos ligados às universidades, principalmente aos cursos de psicologia, para que as pessoas presas tenham a possibilidade de refletir sobre os motivos que as levaram para aquele lugar, o que elas estão fazendo com a vida delas e o que vão fazer. "Hoje as pessoas estão nas prisões, elas podem estar trabalhando, estudando, fazendo uma série de coisas, mas será que estão tendo tempo e uma organização para refletir sobre o motivo que elas estão ali dentro? A nossa ideia é promover um diálogo e muitas vezes é o Estado que tem que promover isso. O Estado tem que dar abertura para a sociedade civil. Então é importante que a pessoa participe de ações ligadas à espiritualidade, que ela tenha qualificação profissional, enfim, sejam oferecidas todas as opções para essa pessoa superar a condição de pessoa condenada e passar a ter uma vida em liberdade longe do mundo do crime. A gente quer viver num mundo melhor", concluiu Maria Solange.

Ao final do encontro, a palestrante propôs aos participantes uma proposta de trabalho com um novo encontro no dia 7 de novembro, com o objetivo de evoluir com o fortalecimento do Conselho da Comunidade em apoio às unidades prisionais, além de evoluir com a geração de um modelo funcional de Unidade Prisional em Mato Grosso do Sul.

Dentre as diversas autoridades do poder público e da sociedade civil presentes no evento estavam o Corregedor-Geral de Justiça de MS, Des. Romero Osme Dias Lopes, o secretário de Justiça e Segurança Pública de MS, José Carlos Barbosa, o supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, a coordenadora estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, juíza Jacqueline Machado, o juiz da 2ª Vara de Execução Penal, Mário José Esbalqueiro Junior, e o presidente da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), juiz Fernando Chemin Cury.



Encontro debate ressocialização de detentos com apresentação de boas práticas

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Audiências de custódia já são realizadas há 2 anos no Judiciário de MS - 06/10/2017



Primeira audiência de custódia em MS

Nesta quinta-feira (5), completaram-se dois anos da primeira audiência de custódia realizada no Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, com a presença do então presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski, e do então presidente do TJMS, Des. João Maria Lós. A audiência inaugural, no dia 5 de outubro de 2015, foi conduzida pelo juiz titular da 1ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, Carlos Alberto Garcete de Almeida, com a participação do promotor Humberto Lapa Ferri e do defensor Ronald Calixto.

De acordo com o magistrado, com a implantação das audiências de custódia no Estado, o Tribunal de Justiça de MS alinhou-se aos compromissos internacionais do Estado brasileiro de levar todo preso à imediata presença de um juiz, como há muito ocorre em países comprometidos com o Estado Democrático de Direito, a exemplo dos Estados Unidos e da Europa Ocidental.

Números – Na comarca de Campo Grande, 1.855 pessoas foram ouvidas em audiências de custódia no período de janeiro a setembro de 2017. Deste total de presos em flagrante, 1.260 (67,92%) decisões dos magistrados foi pela manutenção das prisões, e em outros 595 (32,08%) casos os presos foram colocados em liberdade. Em 290 audiências foi arbitrada fiança pelo magistrado. Na Capital, as audiências ocorrem pela manhã e são realizadas pelo juiz do plantão criminal – reforços podem ser designados pelo diretor do foro conforme necessidade. No interior, cada comarca segue seu próprio esquema de organização.

Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e divulgado no último mês de agosto, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul está entre os mais severos do país na realização das audiências de custódia. Das 11.842 audiências de custódia realizadas em MS no período de 5 de outubro de 2015 a 5 de julho de 2017, 4.182 (35,31%) acusados obtiveram a concessão da liberdade provisória, percentualmente atrás apenas do Rio Grande do Sul. A média nacional registrada foi de 44,68%. Nas outras 7.660 audiências (64,69%) foi decretada a prisão preventiva dos réus.

O índice não é apenas superior à média nacional, que ficou em 55,32%, como, no comparativo individual, MS é o segundo Judiciário que mais prende no país. Ainda assim, apesar do número apresentado, as prisões existentes no Estado estão dentro dos padrões de legalidade, revelando apenas o crescimento do índice de criminalidade, afirma o supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O número de manutenção de prisões ou de decretação de prisões após a audiência de custódia decorre do elevado número de fatos delituosos, especialmente do tráfico de drogas, por se tratar de Estado fronteiriço com dois países que são conhecidos como produtores de maconha e cocaína, com um grande número de réus oriundos de outras unidades da Federação, circunstâncias que demandam a necessidade de prisão preventiva para garantia da ordem pública e aplicação da Lei Penal.

A Covep organizou mutirão carcerário que terminou no mês de junho de 2017, quando houve o reexame de todas as prisões preventivas no Estado, com a manutenção daquelas que estavam com os requisitos legais preenchidos.

Saiba mais – As audiências de custódia foram implantadas em 2015 em cumprimento à determinação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A instalação no âmbito das comarcas de MS teve como objetivo proceder à oitiva informal do preso em flagrante delito, ao exame da legalidade da prisão e de sua manutenção no prazo de 24 horas após a prisão, devendo o juiz verificar, especialmente, os seguintes aspectos: a ocorrência de indícios de abuso físico e/ou psicológico ao preso, determinando, se for o caso, as medidas judiciais que a situação exigir; e a necessidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva ou da aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Em uma iniciativa pioneira, desde março de 2016 ocorre também a realização de audiências de custódia para adolescentes em Mato Grosso do Sul. Até então, as audiências de custódia eram realizadas exclusivamente para adultos. A prática foi estendida para os adolescentes visto que tanto a legislação nacional quanto a internacional que tratam da delinquência juvenil estabelecem que o adolescente infrator não deve receber um tratamento mais severo do que aquele dispensado ao adulto criminoso.

A audiência de custódia deve ser realizada na 0sala de audiências do juiz competente no prazo de 24 horas após o recebimento da comunicação da prisão, podendo, em situações excepcionais, ser realizada por meio do sistema de videoconferência, devendo, nestes casos, a oitiva do preso ser colhida no fórum judicial da comarca de sua custódia.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conciliação suspende mais de 500 ações e garante vagas em creches da Capital - 06/10/2017



Com intuito de diminuir os processos entre a Defensoria Pública da Capital e o Município de Campo Grande, a juíza Elisabeth Rosa Baisch articulou, na tarde desta quinta-feira (5), no Centro Integrado de justiça (Cijus), um acordo entre as partes, em razão de mais de 500 ações que tramitam na Vara da Fazenda Pública dos Juizados.

O objetivo principal da reunião foi suspender todas as ações em curso que solicitam pedidos de vagas em creches públicas. Para o acordo, reuniram-se o juiz Alexandre Branco Pucci, titular da Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, a procuradora do município Viviane Moro, as defensoras públicas Kátia Maria Souza Cardoso, Regina Célia Rodrigues Magro e Eni Maria Sezerino Diniz, além da Secretária Municipal de Educação, Ilza Mateus de Souza, e a assessora jurídica da Semed, Maria Carolina da Silva Borges.

Atualmente, são 560 ações ajuizadas de pedidos de vagas em Ceinfs. No entanto, considerando o interesse social dos menores em obter a vaga em creche que deve ser preservado, na busca de uma solução eficaz e imparcial, bem como o déficit aproximado de 9 mil vagas na rede pré-escolar pública municipal, a Defensoria Pública e Secretaria Municipal de Educação resolveram unir os esforços para minimizar este impasse.

No acordo, a Defensoria Pública se comprometeu a fornecer, até o dia 18 de outubro, a lista atualizada com a qualificação dos menores, especificando a data de nascimento e o número da ação judicializada, seus responsáveis, endereço e o Ceinf de preferência, à Semed, para alocação imediata das vagas possíveis ainda neste ano letivo.

Na reunião ficou decidido que, em caso de impossibilidade de preencher a vaga ainda neste ano letivo, a Semed garantiu assegurar vaga ao menor para o próximo ano letivo, as quais serão efetivadas a partir de 23 de outubro de 2017 e, em caso de não cumprimento do acordo, as ações voltarão a tramitar.

Em síntese, a Procuradora do Município destacou o papel do Poder Judiciário como intermediador, neste aspecto, sobretudo em ações repetitivas, e a vontade das partes demandantes para a resolução dos processos ajuizados. "A justiça alcançada através da presente reunião e conciliação, com certeza é o resultado que todos as partes processuais almejam: a pacificação social e o cumprimento da Constituição Federal".

A secretária municipal de Educação, Ilza Mateus de Souza, frisou que a educação infantil é o verdadeiro alicerce da aprendizagem, tanto é que nos primeiros seis meses empenhou esforços para reduzir o déficit de vagas para os Ceinfs. "A reunião frutífera e produtiva ocorrida no Cijus oportunizou demonstrar nossos projetos e ressaltar que estamos empenhados em atender as demandas da população".

Para a Defensoria Pública, foi mais um avanço em prol da sociedade, que procurou os seus direitos, e a realização de conciliação é sempre importante e muito mais vantajosa para as partes, pois evita o desgaste de longas demandas judiciais e torna a justiça muito mais próxima e efetiva aos assistidos.

Por isso, a participação e boa vontade de todos os entes do Poder Judiciário, Defensoria Pública e Município de Campo Grande foram fundamentais para o sucesso da conciliação. Com o acordo celebrado, cerca de 560 crianças serão atendidas e as respectivas ações judiciais serão resolvidas com a contemplação da plena garantia dos direitos constitucionais dessas crianças.

Por fim, a juíza Elisabeth Rosa Baisch esclareceu que o acordo sempre garante um resultado útil melhor e mais rápido do que o trâmite processual. "Muito importante este acordo não só porque resolveu as mais de 500 ações em curso, mas também porque foi um meio eficaz de garantir o direito das crianças de ter vagas nos Ceinfs".



Conciliação suspende mais de 500 ações e garante vagas em creches da Capital

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS: Seminário termina propondo novas práticas ambientais - 06/10/2017



Palestrantes do Seminário de Gestão Socioambiental

Durante todo o dia, nesta sexta-feira (6), o Tribunal de Justiça de MS sediou o I Seminário Sul-mato-grossense de Gestão Socioambiental no Poder Judiciário. O objetivo do evento é fomentar o desenvolvimento de temas ligados à sustentabilidade e gestão socioambiental nos órgãos públicos e estimular o implemento do Plano de Logística Sustentável.

O seminário foi voltado para integrantes de órgãos públicos, acadêmicos de universidades e Ongs que militam na proteção socioambiental e, no período da manhã, os participantes assistiram a diferentes painéis: "Responsabilidade Socioambiental: Eficiência do Gasto Público e Valor de Atributo Judiciário para a Sociedade", com Ganem Amiden Neto, e "Práticas Ambientais Sustentáveis na Administração Pública", com Eliane Maria Garcia, chefe da Unidade de Educação Ambiental e Coordenadora da Comissão Interinstitucional de Educação Ambiental do Estado de MS (Imasul).

Os trabalhos recomeçaram às 14 horas, com o painel "Educação Ambiental – da Emergência da Problemática Ambiental à Sociedade Sustentável", com Icléia Albuquerque de Vargas, docente em Meio Ambiente da UFMS.

Ela iniciou a palestra com um histórico detalhado do surgimento da preocupação ambiental (que gera a consciência ambiental) e do desenvolvimento sustentável; lembrou que existe uma rica literatura sobre o tema e ressaltou que, desde a década de 80, a sociedade passou a refletir mais sobre os impactos ambientais.

"Precisamos ficar atentos às consequências do uso dos recursos naturais porque a população mais atingida é a que tem menos recursos para viver. Temos hoje um excesso de globalização, por isso precisamos despertar a humanidade para a problemática ambiental, pois está em jogo a relação sociedade x natureza".

Icléia citou ainda diferentes autores que defendem que a crise não é do meio ambiente, mas da civilização; que a racionalidade ambiental tem que promover o diálogo; citou o caso da cidade mineira de Mariana, arrasada pela lama tóxica da Samarco e mostrou um pouco da Lei nº 9.795/1999, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental.

"Citando o pensador Nietzsche: 'o deserto cresce. Ai daquele que abriga deserto'. Quantos planetas serão necessários para se manter a realidade atual? A única forma de combater a atual crise ambiental é a educação. Na UFMS, educação ambiental tornou-se disciplina e é em eventos como esse que temos a certeza que é possível fazer diferente".

O painel seguinte, "Os Desafios da Gestão de Recursos Hídricos na Bacia do Rio Paraguai", foi responsabilidade de Ângelo José Rodrigues Lima, que atuou por 12 anos na Organização não-Governamental WWF-Brasil.

Ele destacou o desperdício de água potável nas irrigações, falou do alto custo para tornar a água salgada potável, da falta da rede de esgoto que afeta inúmeras famílias e resulta em doenças, em razão da má qualidade da água, e apontou as mudanças climáticas que trazem incertezas às pessoas. "Atualmente, 20% da água doce do planeta está ameaçado. É verdade que temos muita água no planeta, mas 97,5% é salgada. O que muitos não sabem é que o Brasil tem 13,7% de toda água potável do mundo, mas esse recurso é finito".

Em seguida, Ganem Amiden Neto fechou o seminário com o painel "Sustentabilidade na Justiça Eleitoral, Resultados e Perspectivas". Em sua segunda participação no seminário, Ganem apresentou os resultados e desafios da gestão socioambiental na justiça eleitoral, mais precisamente as ações que o Tribunal Superior Eleitoral vem desenvolvendo em busca de uma administração mais sustentável.

Entre tantos projetos apresentados, ele destacou a importância dos gestores que, além de tornarem o ambiente mais sustentável, precisam voltar o olhar para o social como forma de viabilizar o bem-estar nas instituições. O palestrante exemplificou sua fala expondo o programa "Começar de Novo", que objetiva dar uma nova chance para ex-presidiários.

Ganem frisou a importância da acessibilidade nos espaços tanto para os servidores como para pessoas que dependem dos serviços públicos, apresentou novos projetos desenvolvidos pelo TSE com o fim de promover ainda mais a gestão ambiental, como o adensamento das áreas verdes do Parque Bosque dos Tribunais em Brasília, com plantações de árvore nativas e construção de ciclovias.

Durante toda sua fala, Amiden Neto ressaltou a importância de se criar redes de gestão entre os Tribunais para fortalecer esse tipo de gestão. "Façam uma rede de cooperação aqui no Estado com o Judiciário e os demais tribunais, juntamente com a academia. Unam forças porque assim terão resultados".

Ao final, foi proposto a redação de uma carta de intenções e estuda-se a possibilidade de assinatura de um termo de cooperação entre o TJMS e o TSE para troca de expertise e trabalho em conjunto. O evento foi encerrado pelo juiz auxiliar da Presidência do TJ, Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ouvidor aposta em diálogo e acompanha OAB em visita ao Fórum - 09/10/2017



O Ouvidor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, acompanhou, na última quinta-feira (5), a visita de representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para tratar diretamente com magistrados temas de interesse da categoria. Na visita estavam o presidente da seccional MS da Ordem, Mansour Elias Karmouche, além do vice-presidente, Gervásio Alves de Oliveira Júnior, e dos Conselheiros Federais Ary Raghiant Neto e Luís Cláudio Alves Pereira.

A comitiva de advogados foi recepcionada pelo juiz diretor do foro de Campo Grande, Ariovaldo Nantes Correa, que recebeu as demandas da advocacia campo-grandense e apresentou a proposta de uniformizar o layout dos cartórios, para que sejam espaços abertos aos advogados e mais integrados com o gabinete do juiz, facilitando o diálogo entre as classes.

Os advogados conheceram o modelo da nova Sala dos Oficiais de Justiça, que tem formato semelhante à Central de Processamento Eletrônico (CPE), onde os oficiais têm uma estação de trabalho própria, com computador e pode fazer, inclusive, atendimento aos advogados, de modo individualizado e mais adequado.

Para o Ouvidor, Des. Marcos José de Brito, a visita foi mais uma oportunidade de abrir um canal de comunicação entre advocacia e o Poder Judiciário, de forma a tornar esta relação mais harmônica, em benefício do jurisdicionado.

"A função do ouvidor é receber pedidos, demandas e, obviamente, dentro desta interlocução, apresentar sugestões e cobrar cumprimentos de eventuais demandas que nos são feitas por parte de advogados. A Ouvidoria está à disposição dos advogados, das partes e dos juízes, que podem fazer reclamações e sugestões, que teremos imenso prazer em atendê-los", pontuou Brito.

O Ouvidor destacou, ainda, que no evento do Colégio de Presidentes da OAB, sediado recentemente em Campo Grande, houve muitos depoimentos elogiosos à magistratura sul-mato-grossense.

"Isto é muito gratificante que, ao lado de reivindicações, existem, efetivamente, muitas pessoas e advogados que elogiam o trabalho de nossos magistrados. Tanto que, em nossas reuniões com a OAB, o trato sempre é de muita cordialidade, os pedidos são feitos nunca de forma a depreciar o magistrado e tratá-los de modo negativo", disse o ouvidor, garantindo que o Poder Judiciário de MS está sempre buscando aproximação e melhoramento das suas atividades jurisdicionais. "Quanto mais existe o diálogo entre magistratura e advocacia melhor será a prestação jurisdicional".

Para o presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, a ida ao Fórum quebra um paradigma não visto há tempos. "Criando um ambiente para união e construção de um relacionamento em prol de uma justiça mais próxima entre advogados e juízes, visando a teoria finalística que é atender o jurisdicionado".

O Conselheiro Federal e representante institucional da Ordem no CNJ, Ary Raghiant Neto, considerou "a reunião altamente produtiva, na medida em que os magistrados puderam ouvir os anseios da advocacia e discutiram pautas positivas para o aprimoramento da prestação jurisdicional".

Atendimento – As pessoas que queiram entrar em contato com a Ouvidoria Judiciária podem fazer isto, pessoalmente, no prédio do Tribunal de Justiça ou no Fórum de Campo Grande, ou entrar em contato, via e-mail (ouvidoria@tjms.jus.br), ou por meio do canal "Alô Justiça", nos telefones 0800-6476161/ (67) 3314-1314 (TJMS) e (67) 3317-3549 (Fórum da Capital).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ouvidor aposta em diálogo e acompanha OAB em visita ao Fórum - 09/10/2017



O Ouvidor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, acompanhou, na última quinta-feira (5), a visita de representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para tratar diretamente com magistrados temas de interesse da categoria. Na visita estavam o presidente da seccional MS da Ordem, Mansour Elias Karmouche, além do vice-presidente, Gervásio Alves de Oliveira Júnior, e dos Conselheiros Federais Ary Raghiant Neto e Luís Cláudio Alves Pereira.

A comitiva de advogados foi recepcionada pelo juiz diretor do foro de Campo Grande, Ariovaldo Nantes Correa, que recebeu as demandas da advocacia campo-grandense e apresentou a proposta de uniformizar o layout dos cartórios, para que sejam espaços abertos aos advogados e mais integrados com o gabinete do juiz, facilitando o diálogo entre as classes.

Os advogados conheceram o modelo da nova Sala dos Oficiais de Justiça, que tem formato semelhante à Central de Processamento Eletrônico (CPE), onde os oficiais têm uma estação de trabalho própria, com computador e pode fazer, inclusive, atendimento aos advogados, de modo individualizado e mais adequado.

Para o Ouvidor, Des. Marcos José de Brito, a visita foi mais uma oportunidade de abrir um canal de comunicação entre advocacia e o Poder Judiciário, de forma a tornar esta relação mais harmônica, em benefício do jurisdicionado.

"A função do ouvidor é receber pedidos, demandas e, obviamente, dentro desta interlocução, apresentar sugestões e cobrar cumprimentos de eventuais demandas que nos são feitas por parte de advogados. A Ouvidoria está à disposição dos advogados, das partes e dos juízes, que podem fazer reclamações e sugestões, que teremos imenso prazer em atendê-los", pontuou Brito.

O Ouvidor destacou, ainda, que no evento do Colégio de Presidentes da OAB, sediado recentemente em Campo Grande, houve muitos depoimentos elogiosos à magistratura sul-mato-grossense.

"Isto é muito gratificante que, ao lado de reivindicações, existem, efetivamente, muitas pessoas e advogados que elogiam o trabalho de nossos magistrados. Tanto que, em nossas reuniões com a OAB, o trato sempre é de muita cordialidade, os pedidos são feitos nunca de forma a depreciar o magistrado e tratá-los de modo negativo", disse o ouvidor, garantindo que o Poder Judiciário de MS está sempre buscando aproximação e melhoramento das suas atividades jurisdicionais. "Quanto mais existe o diálogo entre magistratura e advocacia melhor será a prestação jurisdicional".

Para o presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, a ida ao Fórum quebra um paradigma não visto há tempos. "Criando um ambiente para união e construção de um relacionamento em prol de uma justiça mais próxima entre advogados e juízes, visando a teoria finalística que é atender o jurisdicionado".

O Conselheiro Federal e representante institucional da Ordem no CNJ, Ary Raghiant Neto, considerou "a reunião altamente produtiva, na medida em que os magistrados puderam ouvir os anseios da advocacia e discutiram pautas positivas para o aprimoramento da prestação jurisdicional".

Atendimento – As pessoas que queiram entrar em contato com a Ouvidoria Judiciária podem fazer isto, pessoalmente, no prédio do Tribunal de Justiça ou no Fórum de Campo Grande, ou entrar em contato, via e-mail (ouvidoria@tjms.jus.br), ou por meio do canal "Alô Justiça", nos telefones 0800-6476161/ (67) 3314-1314 (TJMS) e (67) 3317-3549 (Fórum da Capital).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS disponibiliza agendamento on-line para Semana da Conciliação - 10/10/2017



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul disponibiliza, por meio do link http://www.tjms.jus.br/conciliacao/agendamento.php, o agendamento on-line de audiências para a Semana da Conciliação 2017, que este ano será realizada de 27 de novembro a 1º de dezembro. A ação visa mobilizar operadores do Direito e sociedade para disseminar a conscientização e a cultura conciliatória como mecanismo eficiente para a efetiva prestação jurisdicional.

Os interessados na inclusão do processo na Semana de Conciliação também podem requerer junto ao cartório até o dia 14 de novembro, para que este providencie as intimações necessárias depois de designada a audiência pelo juiz. O pedido de inclusão do processo na pauta de conciliação poderá ser feito posteriormente a esta data, até o início da mobilização, desde que as partes e seus advogados se comprometam a comparecer à audiência, independentemente de intimação.

Participarão da Semana da Conciliação todas as comarcas e varas de MS cujos feitos permitam a conciliação e, em segundo grau, os desembargadores que aderirem ao movimento. O esforço concentrado sul-mato-grossense, a exemplo de anos anteriores, integra a campanha nacional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que será realizada em âmbito nacional no mesmo período.

Nas causas patrocinadas pela Defensoria Pública e naquelas em que há intervenção do Ministério Público, as audiências deverão ser agendadas para possibilitar a presença do defensor e do representante do Ministério Público, tanto no primeiro como no segundo grau.

Realizado o acordo na audiência de conciliação, este será homologado pelo Juiz de Direito ou Desembargador que presidir o feito.

A coordenação da mobilização em MS será responsabilidade do Des. Vladimir Abreu da Silva, coordenador de Conciliação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), e do juiz Cezar Luiz Miozzo, sob a presidência do primeiro.

Saiba mais – Incluída no Código de Processo Civil de 2015 como etapa processual obrigatória, a solução de conflitos pela via da conciliação dispensa a atuação imediata de advogados e do juiz, que apenas valida formalmente os acordos negociados entre as partes. De acordo com o dados do CNJ, existem mais de 74 milhões de processos judiciais em tramitação no Judiciário brasileiro.

Em 2016, foram feitas em todo o país mais de 274 mil audiências durante a Semana Nacional de Conciliação e mais de 130 mil acordos homologados. Desde 2006, quando o evento foi feito pela primeira vez, já foram feitas mais de 2 milhões de audiências, alcançando cerca de R$ 10 bilhões em valores homologados.

A conciliação pode ser utilizada em quase todos os casos: pensão alimentícia, divórcio, desapropriação, inventário, partilha, guarda de menores, acidentes de trânsito, dívidas em bancos e financeiras e problemas de condomínio, entre vários outros. Exceção para casos que envolvam crimes contra a vida (homicídios, por exemplo) e situações previstas na Lei Maria da Penha.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mãos emPENHAdas e Atena serão apresentados no IX Fonavid - 16/10/2017



Entre os dias 8 e 11 de novembro deste ano será realizado o IX Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (IX Fonavid), que ocorrerá em Natal/RN. O tema deste encontro será "Violência Doméstica como Fenômeno Mundial e Multidisciplinar". E a Campanha "Mulher Brasileira", da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, foi selecionado para ser apresentado como projeto de boas práticas da justiça.

A juíza Jacqueline Machado, coordenadora da Mulher de MS, é a idealizadora da Campanha Mulher Brasileira e irá representar o Poder Judiciário de MS no IX Fonavid, apresentando os programas "Mãos emPENHAdas contra a violência" e "Atena", ações que buscam engajar toda a sociedade, trazendo informação e conscientização sobre a violência de gênero, que ainda é uma mazela que ceifa muitas vidas no país.

Os projetos do TJMS serão apresentados na manhã do dia 9/11, durante as oficinas de boas práticas. Segundo a juíza Jacqueline Machado, a expectativa com este Fonavid é de muita troca de experiências. "Nós vamos mostrar como é a campanha Mulher Brasileira, o projeto Atena e Mãos emPENHAdas contra a violência, para que os outros colegas magistrados e suas equipes técnicas possam replicar em seus Estados estas idéias", disse.

Para a magistrada, o Fonavid é uma grande oportunidade de debater pontos controvertidos e a aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). "Precisamos avançar nesta discussão e na implementação, cada vez maior, da lei e, principalmente, na proteção das mulheres vítimas de violência, porque os números da violência doméstica, a cada dia, crescem mais e são assustadores. Precisamos implementar a lei de forma adequada e efetiva", explica Jacqueline Machado.

Saiba mais – O programa "Mãos emPENHAdas Contra a Violência" é uma iniciativa inédita no país ao propor que profissionais da beleza sejam agentes no combate à violência doméstica e familiar contra a

mulher. Manicures, cabeleireiras e depiladoras a partir de agora são multiplicadoras de informações sobre todas as formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres e como combater e denunciar os abusos. Os estabelecimentos parceiros têm um Selo de Parceria para identificar a participação na campanha.

O Projeto Atena promove a realização de oficinas de sexualidade para as mulheres em situação de violência doméstica atendidas pela 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, situada na Casa da Mulher Brasileira. Cada edição é realizada em cinco encontros quinzenais e faz parte da Campanha Mulher Brasileira em prol das vítimas de violência. O objetivo das oficinas é propiciar espaço de escuta e reflexão sobre a sexualidade, como reconhecimento e empoderamento do corpo, relações e violência de gênero, identificação dos diferentes tipos de relacionamentos, implicações afetivas e sociais, além de abordar algumas questões voltadas à saúde da mulher.

Campanha – O Poder Judiciário está engajado, durante todo este ano de 2017, na Campanha "Mulher Brasileira", que faz parte da mobilização nacional "Justiça pela Paz em Casa", idealizada pela presidente do STF e do CNJ, Ministra Cármen Lúcia. Por isso, o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, conclamou todo o Poder Judiciário, instituições e a sociedade para propagar a cultura da paz dentro de casa e conta com a participação de toda a sociedade para mudar esta realidade que vitima mulheres todos os dias.

A Casa da Mulher Brasileira está situada na Rua Brasília, s/nº, Jardim Imá, em frente ao Aeroporto Internacional de Campo Grande. Para informações ligue (67) 3304-7559 e o disque-denúncia é pelo número 180, com ligação gratuita e garantia de anonimato.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ e UFMS discutem parceria para desenvolvimento de novas tecnologias - 17/10/2017



O presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Divoncir Schreiner Maran, recebeu, na manhã desta terça-feira (17), o reitor da Universidade Federal de MS, Marcelo Augusto Santos Turine, e uma comissão de professores doutores do curso de Computação para a discussão de formalização de uma parceria entre as instituições no desenvolvimento de novas tecnologias.

No encontro, ficou definido que será firmado um termo de cooperação entre o Tribunal de Justiça e a UFMS, por meio da Faculdade de Computação (Facom), para que sejam desenvolvidas tecnologias de ponta, como a inteligência artificial, que visem auxiliar o serviço judiciário para uso, em especial, nos gabinetes dos magistrados.

Com a parceria, a Faculdade de Computação da UFMS, por meio de seus programas de mestrado e doutorado, criará linhas de pesquisa específicas para resolver demandas do Judiciário que utilizem conceitos de inteligência artificial para auxiliar o magistrado, propiciando ainda mais agilidade nos gabinetes.

Em um próximo momento será formalizado o termo de cooperação com a assinatura da minuta entre as partes, e, a partir daí, poderão ter início efetivamente as atividades. Também participaram da reunião o juiz auxiliar da Presidência, Flávio Saad Peron, e o diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação do TJ, Marcos Paulo Moro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ e UFMS firmam acordo para atender menores infratores em Paranaíba - 18/10/2017



Na manhã desta terça-feira (17), o presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Divoncir Schreiner Maran, e o reitor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Marcelo Augusto Santos Turine, firmaram Termo de Cooperação para possibilitar o desenvolvimento de atividades do Projeto "Semeando Consciência", da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Paranaíba, em parceria com o Projeto de Extensão "Compartilhar", do campus local.

Na prática, os dois projetos ajudam adolescentes em conflito com a lei a terem orientação especializada de psicólogos para repensarem seus atos e terem conduta melhor na sociedade. Participarão dos projetos jovens que tenham praticado atos infracionais pouco graves, como injúrias, brigas, destruição de patrimônio público, etc.

Estes casos chegam ao Judiciário na Vara da Infância e Juventude, tendo como medida socioeducativa a advertência verbal do magistrado, que explica ao jovem que seu ato foi danoso a uma pessoa e à sociedade.

Com o convênio entre o TJMS e a UFMS, estudantes do curso de Psicologia do Campus de Paranaíba, orientados por professores, farão atendimento individual dos jovens fazendo aconselhamento e verificando o que levou ao cometimento dos atos infracionais. Em outro momento, haverá atividades em grupo, com os adolescentes, com a participação do juiz, promotor e defensor público.

O que se pretende é a construção de um diálogo pela não-violência e pela cultura da paz, oportunizando aos infantes uma chance de repensar seus comportamentos e tornarem-se indivíduos integrados à sociedade e com atitudes positivas.

Também participaram da reunião no TJMS, o juiz auxiliar da presidência, Flávio Saad Peron, e o diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação, Marcos Paulo Moro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz de MS palestra em Universidade de São Paulo sobre drogas e violência - 19/10/2017



O juiz da Vara Criminal da comarca de Nova Andradina, José Henrique Kaster Franco, palestrou, nesta quarta-feira (18), na Universidade Anhembi Morumbi, em São Paulo, sobre o tema "Drogas e Violência", onde discutiu a política de drogas no Brasil, criminalidade e soluções.

Segundo o magistrado, o convite surgiu por ocasião do lançamento de seu terceiro livro na Capital paulista, ocorrido em agosto deste ano, como coautor da obra "Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal".

O magistrado tem outros dois livros publicados, o segundo deles intitulado "Mandados de Criminalização e Novas Formas de Criminalidade". Ele é especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e em Ciências Criminais pela Unisul/SC. É mestre em direito pela PUC/SP. E ainda este ano finaliza doutorado realizado em conjunto na PUC/SP e na Universidade de Roma.

No início deste mês, atendendo a outro convite, o magistrado esteve no dia 2 de outubro na cidade de Quito, no Equador, na "Red Iberoamericana de Juízes", onde falou a juízes de diversos países sobre o "Juiz Natural e Independência Judicial no Brasil".

Recentemente, Kaster Franco esteve na Itália para atender convite do Instituto Gualdo Tadino e do Museu Regional da Emigração Pietro Conti e proferir palestra, na cidade de Perugia, sobre a dinâmica carcerária tanto no Brasil quanto na Itália, com ênfase no paralelo entre os países, examinando as boas práticas que podem ser úteis a ambos.

Além de atuar na Vara Criminal de Nova Andradina, o magistrado atende uma rotina de convites de palestras e eventos. Um expoente na divulgação do trabalho pioneiro e inovador realizado pela magistratura sul-mato-grossense.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes de MS marcam presença em eventos sobre infância e juventude em Minas - 19/10/2017



A coordenadora da Infância e da Juventude do TJMS, juíza Katy Braun do Prado, acompanhada do juiz da 1ª Vara Criminal de Ponta Porã, Eguiliell Ricardo da Silva, e da juíza da 2ª Vara de Cassilândia, Luciane Buriasco Isquerdo, participaram nesta quarta-feira (18) do IV Fórum Nacional da Justiça Protetiva – FONAJUP, que aconteceu na cidade de Ouro Preto, Minas Gerais.

O fórum é realizado conjuntamente com o IX Encontro Nacional de Magistrados da Infância e da Juventude, que acontece hoje e amanhã, também em Minas Gerais, e conta com a participação do juiz Eguiliell Ricardo da Silva.

Promovido pela Escola Nacional da Magistratura da Associação dos Magistrados do Brasil, o encontro visa manter um espaço de atualização, debate e troca de experiências sobre a jurisdição da infância e juventude e os desafios do setor.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz doutor em Processo Penal preside mesa sobre a execução provisória da pena - 20/10/2017



O juiz titular da 1ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, Carlos Alberto Garcete de Almeida, professor e doutor em Direito Penal, participa hoje (20) à noite do "I Ciclo de Palestras: Direito Penal e Processual Penal Aplicado à Justiça Federal". O evento acontece, desde quinta-feira (19), no auditório da OAB/MS, em Campo Grande.

O magistrado preside a mesa "Execução provisória da pena após a condenação em 2ª instância", que tem como palestrante a professora Andréa Flores, doutora em Direito pela PUC/SP, atuando na Universidade Católica Dom Bosco e professora concursada da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Além do doutorado em Processo Penal, concluído em novembro de 2016 na PUC-SP, Garcete é Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor de Direito Processual Penal da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul, desde o ano 2006, e atua na magistratura sul-mato-grossense há 18 anos, aprovado no XVIII Concurso da Magistratura.

Ciclo de Palestras – O evento reúne nomes de destaque para a discussão de temas relacionados às operações criminais que tramitam na Justiça Federal, dentre os quais: colaboração premiada, prisão após a condenação em 2ª instância e cooperação jurídica internacional.

O ciclo de palestras é promovido pela Escola da Associação dos Juízes Federais de Mato Grosso do Sul (AJUFEMS), em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil (ESA/OAB-MS), a Universidade Anhanguera/Uniderp, a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Seminário sobre depoimento especial debateu Lei nº 13.431/2017 - 27/10/2017



O Tribunal de Justiça de MS sediou, nos dias 26 e 27 de outubro, o Seminário sobre o Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência, com participantes de todos os estados brasileiros e palestrantes renomados na área de depoimento especial e na área da infância e juventude.

Na abertura do evento, na noite desta quinta-feira, o Des. José Antônio Daltoé Cezar, precursor no país com o Projeto Depoimento Sem Dano para inquirições judiciais de crianças e adolescentes vítimas de violência, em Porto Alegre, abordou o tema O depoimento especial no Brasil.

Com os plenários novamente lotados hoje, os trabalhos recomeçaram com o Des. Daltoé abordando a Lei nº 13.431/2017 - A Escuta Protegida e os Desafios do Sistema de Garantias. Na mesa de debates estavam os juízes Mauro Nering Karloh (Vara da Infância e Juventude da Capital) e Giuliano Máximo Martins (Aquidauana), a Desa. Maria Isabel de Matos Rocha (TJMS), e o promotor Celso Antonio Botelho de Carvalho (Campo Grande).

Daltoé fez um relato histórico de como a Lei nº 13.431/2017 foi elaborada, lembrou que a escuta de criança não pode ser considerada somente na persecução penal, mas como uma fase de proteção, citou o quão difícil era quando não havia a lei que tenta reduzir a revitimização e apontou algumas formas utilizadas em outros países.

"Essa lei tem algumas dificuldades e ela terá que ser construída. O que vamos fazer no RS, e já estamos conversando, é expedir uma recomendação para todas as comarcas, assinada pelo MP e pela polícia, apontando que, onde for possível, faça-se a produção antecipada de provas, evite-se ouvir a criança em vários lugares. Ainda não temos salas em todas as comarcas, mas devemos ter até o final de 2018".

A Desa. Maria Isabel contribuiu com os debates relatando como foi implantar o depoimento especial em sua gestão frente a CIJ, em 2014, citou a Súmula 593 do STJ e apontou que a prova insegura favorece o réu, antes de questionar: por que ninguém reclamou da fala da vítima quando era feita de modo muito pior, muito mais revitimizador?

"A ação de contar desencadeia dois tipos de resultados: um no sistema de saúde e outro no sistema de justiça. Os dois vêm tendo resultados falhos. A demanda de justiça e de saúde têm respostas pífias e o acesso não garante o sucesso. Devemos proteger a vítima. Por que reclamar agora que estamos tentando humanizar? Onde estavam todos os que reclamam hoje quando, durante décadas, foram as crianças ouvidas, massacradas em salas de audiências, e ninguém falou nada?", disse ela.

A perita criminal Luiziana Souto Schaefer abordou as Consequências do Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes. A coordenadora de Projetos da CIJ, Rosa Pires Aquino, a psicanalista Viviane Vaz e Daniela de Cássia Duarte, da ONG Movimento Mãe Águia, estavam na mesa de debates.

Luiziana questionou a razão de se falar em abuso sexual infantil, citando números alarmantes: uma em cada quatro meninas e um em cada seis meninos sofreram algum tipo de abuso durante a vida. Ela citou a sintomatologia pós-traumática, mostrou indicadores de abuso e garantiu que o abuso sexual deve ser visto como um problema de saúde pública.

"A revelação do abuso contribui para a saúde das vítimas, por isso a necessidade de capacitação e atualização de quem atua, evitando-se assim mais problemas para a vítima. Mas como identificar o abuso sexual? A função da perícia é avaliar os indicadores para saber se a criança tem condições de testemunhar. Como avaliar a credibilidade da criança? Produzir provas é um desafio".

Os debates do período vespertino começaram com a promotora Tarcila Santos Teixeira, da Promotoria de Justiça de Infrações Penais contra Crianças, Adolescentes e Idosos de Curitiba. Ela falou sobre a Produção Antecipada de Prova à Luz da Lei nº 13.431/2017.

Na mesa de debates estavam o juiz Marcelo Ivo Oliveira, da 7ª Vara Criminal de Campo Grande, o delegado Paulo Sérgio Lauretto, da Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente de Campo Grande, além dos promotores Luiz Antônio Freitas de Almeida e Henrique Cândia.

Tarcila destacou a violência institucional, responsabilidade direta e indireta do Estado, e fixou sua fala em três pontos: a demora na prestação jurisdicional, a ausência de fluxo e protocolos, e a falta de profissionais qualificados. Ela destacou a necessidade de preparo para se atuar na área da infância e apontou que a criança ainda é utilizada como instrumento de prova na persecução penal.

"O investimento em capacitação é algo novo, mas ainda insuficiente. Infelizmente, no Brasil, em média, a criança é ouvida oito vezes. Em Curitiba, onde atuo, por dia, três crianças sofrem abuso sexual e 85 % dessa violência sofrida é intrafamiliar, acontece dentro de casa. Nós não conhecemos o problema do abuxo sexual, não temos números ou estatísticas. Precisamos conhecê-lo primeiro para poder atacá-lo".

O último a falar no seminário foi Itamar Batista Gonçalves, gerente de Advocacy da Childhood Brasil e coordenador da pesquisa sobre escuta de crianças e adolescentes em processos judiciais. Ele abordou o Protocolo do Depoimento Especial no Brasil.

Pós-graduado em Violência Doméstica contra crianças e adolescentes, ele dividiu a mesa dos trabalhos com a juíza Katy Braun do Prado, da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Capital e coordenadora da Infância e da Juventude de MS (CIJ), com Doêmia Ignes Ceni, coordenadora de Articulações Interinstitucionais da CIJ/MS, e Marleci V. Hoffmeister, assessora técnica da Coordenadoria da Infância e Juventude do Rio Grande do Sul.

Itamar fez um relato histórico do trabalho realizado pela Childhood, relatou a evolução do projeto nº 3792 até a Lei nº 13.341/2017, falou sobre o protocolo de entrevista forense, citou o surgimento do atendimento integrado e apontou os objetivos estabelecidos para o ano de 2017.

"Mais que destacar o depoimento especial, este é o momento de dar voz à criança, pois o abuso sexual não tem classe social. O mais cruel para a criança é quando ela sente que ninguém acredita nela. Atualmente no país temos seis experiências em andamento de centros que realizam atendimento integrado".



Foram dois dias de discussões e aprendizado para os participantes



Foram dois dias de discussões e aprendizado para os participantes



Foram dois dias de discussões e aprendizado para os participantes



Foram dois dias de discussões e aprendizado para os participantes

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário e Polícia Militar em parceria no combate à reincidência criminal - 30/10/2017



Em virtude de parceria entre o Poder Judiciário e a Polícia Militar, foi realizado na última semana, na 5ª Cia Independente da Polícia Militar, a quinta palestra de orientação aos cidadãos que se envolveram em pequenos delitos. Com o tema "Valores na Sociedade: Ética e Cidadania", a palestra teve como objetivo combater a reincidência dos crimes de menor potencial ofensivo.

Além de promover uma aproximação entre os agentes da Lei e a comunidade, a parceria tem como foco principal conscientizar o cidadão que cometeu um delito como ameaça, maus tratos, lesão corporal, crimes de trânsito, crimes ambientais e demais atos ilícitos.

Esta iniciativa foi idealizada pelo juiz da 1ª Vara do Juizado Central, Vitor Luis Guibo, com intuito de proporcionar àquelas pessoas uma medida alternativa de cumprir as sanções impostas pelo Poder Judiciário e que posteriormente poderão levar uma contribuição mais ativa à sociedade.

Conforme prevê o artigo 76 da Lei 9.099/95, as pessoas que assistiram a palestra não possuem antecedentes criminais e respondem a processos pela primeira vez, necessitando, além de penas já previstas no Código Penal, de orientação e sensibilização quanto aos gastos com saúde em razão dos inúmeros acidentes de trânsito e a importância do controle social pelo Estado.

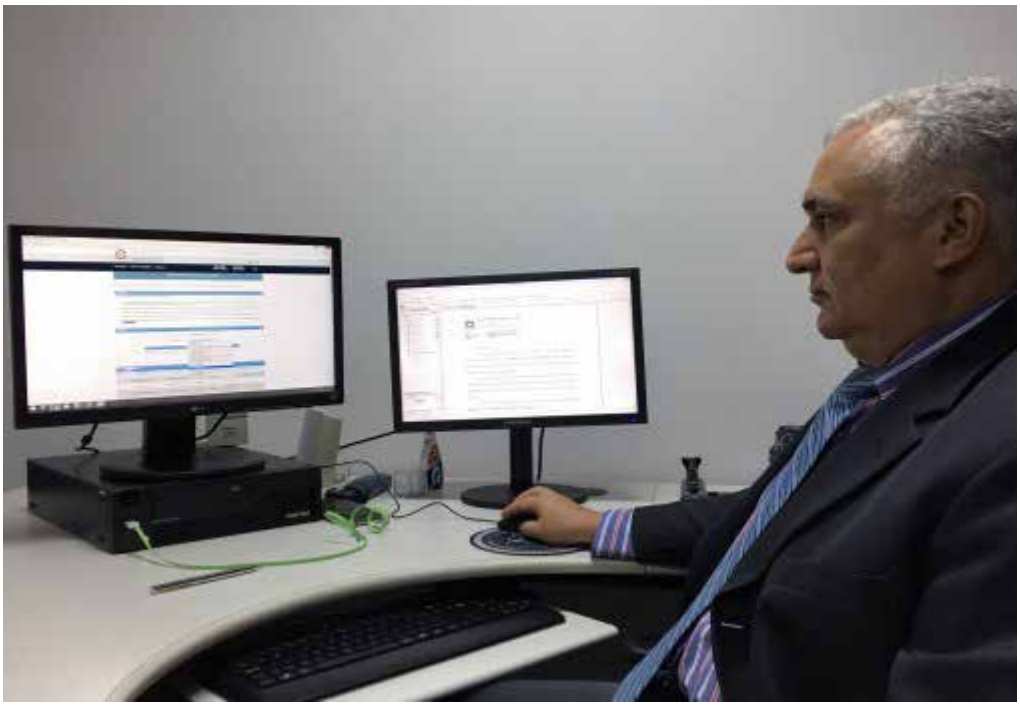
No evento, as pessoas foram esclarecidas da importância desse projeto desenvolvido entre a 1ª Vara do Juizado Especial e a 5ª Companhia Independente de Polícia Militar, que contribui de forma efetiva na prevenção da criminalidade, bem como para a formação de cidadãos mais conscientes e responsáveis.

"Uma palestra bem esclarecedora, muito bem explicada e aprendi um pouco mais sobre os direitos e deveres do cidadão, saindo com a consciência tranquila para não cometer outro delito", conta uma das participantes que responde um processo de ameaça. Além disso, ela ressaltou que esta iniciativa da justiça foi positiva, pois conhece várias pessoas que tiveram que cumprir a sua pena de outra forma, ou pagamento em dinheiro ou prestando serviço à comunidade.

Este evento acontece todas as últimas quintas-feiras de cada mês. No entanto, em caso de falta de algum participante, este terá que se apresentar até o cartório e justificar a sua ausência.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

"GPS de Preso" idealizado por juiz agiliza trabalho em todas as comarcas de MS - 31/10/2017



Há 3 anos, o juiz Aluizio Pereira dos Santos, titular da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, com o apoio do Tribunal de Justiça e o desenvolvimento da Secretaria de Tecnologia da Informação, criou um sistema capaz de apontar a situação processual exata dos presos provisórios da Capital, que passou a ser chamado "GPS de Preso".

A elaboração, em 2014, do sistema hábil em demonstrar há quanto tempo um processo de réu preso provisoriamente se encontra sem movimentações, foi um reflexo da preocupação, não somente do magistrado idealizador, mas também institucional, para que os custodiados aguardando julgamento não fiquem "esquecidos" nos presídios e, dessa forma, consigam *habeas corpus* nas instâncias superiores por excesso de prazo de prisão.

O tempo prolongado de manutenção em cárcere de pessoas que ainda não tiveram suas ações julgadas e sua culpa finalmente decretada é uma realidade no país e que não se restringe a pessoas humildes e a casos sem repercussão. Em fevereiro deste ano, por exemplo, o STF concedeu habeas corpus ao goleiro Bruno com a fundamentação de abusividade de sua prisão de mais de 6 anos sem o julgamento definitivo. Situação parecida já acontecia em 2006, quando Gil Rugai, jovem que ficou nacionalmente conhecido pela acusação de matar o próprio pai e madrasta, foi posto em liberdade em razão de sua prisão preventiva ter se estendido demais, também segundo o STF.

O GPS de Preso vem então auxiliar os juízes do Estado no impedimento desses cenários. Hoje, os magistrados de Mato Grosso do Sul em sua totalidade podem, com poucos comandos no sistema, saber a situação de todos os presos provisórios a seu encargo, obtendo rapidamente, e em única tela, informações como o nome completo dos presos, a data de início da prisão preventiva, do recebimento da denúncia, das audiências, dentre outros dados.

"Mais confiável do que o GPS propriamente dito, em que para se ter uma informação mais precisa e correta o usuário depende da atualização da base de dados feita por outras entidades, a fidedignidade das informações do GPS de Preso depende unicamente do próprio juiz e de seus servidores", ressalta o idealizador do programa. O juiz Aluizio Pereira dos Santos assim afirma, pois o GPS de Preso faz uso do SAJ (Sistema de Automação da Justiça) para preencher seus campos, devendo este ser mantido atualizado em relação ao andamento dos processos.

"Trata-se de mais um mecanismo para facilitar o trabalho do magistrado e dos servidores, e que auxilia o Tribunal a prestar uma tutela jurisdicional mais eficaz e de maior qualidade", concluiu.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Audiência por videoconferência liga três comarcas simultaneamente - 08/11/2017



Nesta quarta-feira (8), na 2ª Vara Criminal de Corumbá, foi realizada uma audiência diferente, em formato inédito. Por meio de videoconferência, o juiz Deyvis Ecco presidiu a audiência de instrução e julgamento que interligou as comarcas de Corumbá, Campo Grande e Paranaíba.

A importância da conexão das três comarcas está no fato de o advogado do réu residir no Estado de Goiás e, como já havia videoconferência agendada com a Comarca de Paranaíba para oitiva de uma testemunha, aproveitou-se a conexão para permitir que o advogado participasse e interagisse na audiência, inclusive realizando questionamentos que achou pertinentes, direcionando às testemunhas em Corumbá e em Campo Grande.

Ressalte-se que a vantagem foi a de que o advogado teria que se deslocar cerca de 900 km para comparecer em Corumbá, quando a comarca de Paranaíba fica a apenas 90 km de seu domicílio. Uma real economia de tempo para todos os envolvidos.

Desde que o Poder Judiciário de MS começou a realizar videoconferência para agilizar a tramitação processual, esta é a primeira vez que três comarcas ficam interligadas simultaneamente – inclusive com a participação ativa de advogado em comarca diversa da originária do processo.

Para o juiz Deyvis Ecco, a iniciativa foi muito boa porque demonstrou a importância dos investimentos realizados pelo Poder Judiciário em tecnologias, permitindo que o tempo de duração do processo seja mais curto e facilitando os trabalhos dos operadores do Direito.

Participaram da audiência o juiz Deyvis Ecco, o promotor Anthony Allison Brandão Santos, e os advogados Sérgio Antônio Garcia, em Paranaíba, José Carlos dos Santos e Ilídia Gonçales Velasquez, em Corumbá.

Processo nº 0012805-68.2011.8.12.0008

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz de Nova Andradina se torna doutor em Direito - 09/11/2017



O juiz da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina, José Henrique Kaster Franco, teve sua tese de doutorado aprovada na tarde desta quinta-feira (9) em São Paulo. Com o tema "Ativismo administrativo-judicial", a tese trata das possibilidades e limites da atuação dos juízes e dos órgãos administrativos como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O doutorado se deu em sistema de dupla pesquisa entre a PUC/SP e a Universidade de Roma, onde o juiz permaneceu por cinco meses. Segundo o magistrado "o doutorado é uma experiência fantástica. O contato com a academia, com pessoas e ideias novas é gratificante, além de propiciar tanto desenvolvimento pessoal quanto desenvolvimento técnico".

Conforme o juiz, aliar a prática à teoria é o melhor de dois mundos. "O juiz, para acompanhar o desenvolvimento do direito não deve parar de estudar, deve sempre batalhar por aperfeiçoamento. E sempre é possível quando se quer".

E o querer do magistrado levou-o a uma rotina bastante intensa. Nesses últimos cinco anos, em que dedicou ao mestrado e doutorado, ele viajou a São Paulo praticamente uma vez por semana - enfrentando 600 km de estrada e mais outras tantas horas de avião, tudo isso aliado à rotina de trabalho. Ele também publicou recentemente seu terceiro livro e ministra frequentemente palestras em território nacional e fora do Brasil.

A banca examinadora em São Paulo contou com um representante do Poder Judiciário de MS: o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, o primeiro juiz de MS a concluir doutorado, em dezembro de 2005. Além do desembargador, a banca foi composta por André Ramos Tavares, Christiano Jorge Santos, Renato de Mello Jorge Silveira e Alexandre Moraes.

Kaster Franco fez especialização em Direito Penal Econômico na Universidade de Coimbra e é mestre em Direito Penal também pela PUC/SP. Atualmente é professor da pós-graduação da PUC/PR e na Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul (Esmagis).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Juiz defende publicidade dos atos em artigo veiculado em site nacional de Direito e Justiça - 09/11/2017



O maior veículo nacional de divulgação de informações sobre Direito e Justiça, o site Consultor Jurídico, divulgou nesta semana, na sessão "Opinião", o artigo "Publicidade dos atos é princípio motor a inspirar o sistema jurídico", de autoria do juiz sul-mato-grossense Carlos Alberto Garcete de Almeida, titular da 1ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande.

O texto foi veiculado nesta quarta-feira (8) e pode ser acessado pelo link https://www.conjur.com.br/2017-nov-08/carlos-garcete-publicidade-principio-motor-sistema-juridico.

Carlos Alberto Garcete é doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC-RJ e Professor de Direito Processual Penal da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Reunião discute detalhes para cirurgias ortopédicas serem feitas no HU - 10/11/2017



Os membros do Comitê Estadual do Fórum Judiciário para a Saúde reuniram-se, na manhã desta sexta-feira (10), no Salão Pantanal do TJMS, para debater propostas que melhorem o atendimento ao cidadão e diminuam o grande número de ações pedindo atendimento na rede pública de saúde. Em pauta, a assinatura do termo aditivo no Convênio que rege o NAT (Núcleo de Apoio Técnico), fortalecendo o órgão de assessoria, além da proposta de Termo de Cooperação entre Governo, Prefeitura e Hospital Universitário para a realização de cirurgias ortopédicas a custo baixo.

Por esta proposta, ações que versem sobre as cirurgias eletivas de colocação de órteses e próteses em pacientes do SUS podem ser feitas no HU da UFMS, nos casos que a justiça determina que o ente federativo arque com a operação que demora a ser feita na rede pública.

O Des. Nélio Stábile, coordenador do Comitê de Saúde, explica que a controvérsia sobre a judicialização da saúde implica não apenas na enxurrada de ações no Judiciário, mas também em dificuldade do Estado e do Município em arcar com alto custo de intervenções cirúrgicas, que podem comprometer o orçamento.

Ainda segundo o desembargador, é grande o número de ações que versam sobre órteses e próteses. O HU tem a possibilidade de atender, com custo muito menor, as determinações judiciais. “Nós temos uma dificuldade muito grande de realizar estas cirurgias ortopédicas em Campo Grande, ao mesmo tempo em que o Hospital Universitário tem uma estrutura e corpo médico adequado para isto, mas não havia um acordo entre os órgãos responsáveis (União, Estado e Município). É o que está sendo proposto e elaborado aqui, este Termo de Cooperação, mediado pelo Ministério Público Federal e Estadual e pela Defensoria Pública. Com isto será feita com maior brevidade e com o custo muito menor”, diz Stábile.

O Procurador da República Pedro Gabriel Gonçalves, que encabeça o grupo de estudos para se chegar ao Termo de Cooperação com o HU, explica que já houve um caso em que foi testada a nova sistemática. Como resultado, houve uma economia de quase 100% no procedimento realizado no HU, em comparação com o que seria pago na rede privada.

"Nós já tivemos um primeiro caso de cirurgia judicializada, com uma determinação para o sequestro de valores na ordem de R$ 110 mil. Ela foi realizada no Hospital Universitário ao custo de R$ 2 mil", disse o procurador, explicando que o Termo terá prazo de um ano e, no final deste período, será feito um balanço do que foi economizado para avaliação dos gestores, para propor benefícios financeiros ao HU, com objetivo de ampliar este projeto.

O Termo de Cooperação é de interesse do HU, que funciona como hospital-escola e tem profissionais à disposição para realizarem as cirurgias. "Essa cooperação é extremamente necessária principalmente para a nossa sociedade, pois existe uma fila enorme de pessoas que esperam três, quatro anos. O ideal é que não exista mais a judicialização, mas, enquanto isto, estamos à disposição da sociedade e dos gestores do SUS para realizar as cirurgias", explica Cláudio Cesar da Silva, superintendente do Hospital Universitário.

Pelo Termo de Cooperação firmado entre Governo, Município e HU, o hospital participará com seu corpo médico e a estrutura clínica, já o Executivo deverá arcar com as órteses e próteses que, com avaliação prévia, podem ser da tabela SUS ou outra que seja mais adequada ao caso concreto.

Nova composição do NAT – Um dos itens da pauta desta 4ª reunião ordinária do Comitê da Saúde foi o primeiro termo aditivo ao Convênio de criação do NAT. Agora a prefeitura de Campo Grande irá designar dois médicos para comporem o Núcleo e o Governo do Estado continuará com dois profissionais também. O NAT passa a ter sete profissionais da área da saúde com a seguinte composição: quatro médicos, dois farmacêuticos e um enfermeiro.

Na reunião também foi solicitado que seja incluído no quadro dos profissionais do NAT um profissional da área da Nutrição.

Participaram desta 4ª reunião ordinária do Comitê da Saúde o juiz auxiliar da Presidência do TJ, Flávio Saad Peron, o juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, Fernando Paes de Campos, e os juiz da Capital David de Oliveira Gomes Filho e José Eduardo Neder Meneghelli, além de autoridades jurídicas, políticas e gestores da área da saúde.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

IX Fonavid trouxe perspectiva multidisciplinar para violência doméstica - 14/11/2017



A juíza Jacqueline Machado, coordenadora da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS esteve, na última semana, com sua equipe e com outros magistrados estaduais no IX Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (IX Fonavid), realizado em Natal (RN), levando os projetos locais de enfrentamento à violência contra a mulher e também conhecendo o que há de novo sobre a temática. A magistrada também foi escolhida representante do Centro-Oeste para o X Fonavid, a ser realizado em Pernambuco, no próximo ano.

O IX Fonavid teve como tema Violência Doméstica como Fenômeno Mundial e Multidisciplinar, trazendo uma perspectiva global sobre a questão da violência de gênero. "Foi muito importante este encontro, que reuniu profissionais de diversas áreas do conhecimento, para discutir não apenas as questões jurídicas do problema, mas, também, na perspectiva da sociologia, antropologia e da neurociência, que pode nos ajudar a entender melhor as sequelas que a mulher sofre ao ser violentada. Todas estas ciências trazem aspectos diferenciados da violência como fenômeno", contou Jacqueline Machado.

No mundo, 70% das mulheres sofrem algum tipo de violência durante a vida, o que mostra que a problemática não é apenas nos países menos desenvolvidos, como o Brasil. "Para fazer o enfrentamento precisamos ampliar o conhecimento sobre o tema, dando uma atenção multidisciplinar à violência. Não basta apenas as Leis e o Direito, precisamos avançar e entender a violência para combatê-la através da psicologia e da psicanálise, da sociologia e antropologia e, também, da medicina, unindo esforços no combate", diz a juíza.

A Coordenadoria da Mulher de MS levou suas ações para o Fonavid, como boas práticas, pois tem conseguido dar efetividade no combate à violência doméstica. A Campanha Mulher Brasileira, criada pela juíza Jacqueline Machado, foi apresentada em uma oficina no dia 9 de novembro, mostrando-se os resultados dos programas Mãos emPENHAdas e Atena. "As iniciativas de MS foram muito bem recebidas e elogiadas pelos profissionais de outros Estados da Federação e por palestrantes. Eles entenderam ser importantíssimo este tipo de discussão dentro dos ambientes dos salões de beleza, que atingem um grande

público de mulheres, informando as formas de denúncia e mostrando que a violência não é apenas física, mas também moral, psicológica e patrimonial", ressaltou a juíza.

O programa "Mãos emPENHAdas Contra a Violência" é uma iniciativa inédita no país ao propor que profissionais da beleza sejam agentes no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Manicures, cabeleireiras e depiladoras são multiplicadoras de informações sobre todas as formas de violência doméstica e familiar. Em Campo Grande são, pelo menos, 40 estabelecimentos parceiros, podendo atingir cerca de 20 mil clientes/mês; 130 profissionais foram capacitados; 3.590 pessoas tiveram acesso às cartilhas disponibilizadas nos salões e aos cartões 180. O programa deve ser implantado, em breve, em comarcas do interior.

Além da coordenadora da Mulher, foram para o IX Fonavid os juízes Liliana de Oliveira Monteiro, da 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Capital, Jessé Cruciol Jr., da comarca de Nova Alvorada do Sul, e Alessandro Leite Pereira, da 4ª Vara Criminal de Dourados, além das servidoras técnicas da 3ª Vara de Violência Doméstica da capital, a qual Jacqueline Machado é a titular.

Projetos de Lei – A juíza Jacqueline Machado também participou, como secretária, do grupo de discussão do Legislativo para analisar propostas de Lei que tramitam no Congresso Nacional sobre normas que tratam do tema da violência Doméstica e Familiar. Com a avaliação dos projetos, Enunciados e Recomendações do IX Fonavid farão apontamentos e sugestões para o melhoramento destas normas que, em breve, devem ser votadas no legislativo.

Semana pela Paz em Casa – Entre os dias 20 e 24 de novembro será realizada a 9ª Semana da Justiça pela Paz em Casa, uma semana dedicada à discussão e compartilhamento de informações sobre toda as formas de violência de gênero e como combatê-la.

Na programação haverá palestra na Escola Harry Amorim Costa, no bairro Guanandy; palestra no TJMS, Fórum da Capital e Cijus, com o tema "Felicidade: Atos e Consequências", com Luzia Gonçalves. Também haverá apresentações culturais de música com Ju Souc (20/11), Chicão Castro (22/11) e Marina Peralta (24/11), além da exposição das artistas plásticas Júlia Juliano e Thais Barros, com quadros de mulheres.

O objetivo da semana é divulgar a Campanha Mulher Brasileira do TJMS, dando visibilidade às ações realizadas por intermédio da Coordenadoria da Mulher, além de compartilhar os trabalhos realizados pelo PJMS em prol da igualdade de direitos entre homens e mulheres e da construção de cultura de paz social.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Academia de Direito Processual de MS lança revista científica - 14/11/2017



Está confirmado. Será no dia 24 de novembro, às 19 horas, no auditório da OAB/MS, a solenidade de lançamento da 1ª Revista Científica da Academia de Direito Processual de MS (ADPMS), que tem entre seus integrantes quatro representantes do Poder Judiciário sul-mato-grossense: os desembargadores Vilson Bertelli e Marcelo Câmara Rasslan, e os juízes Alessandro Carlo Meliso Rodrigues e José de Andrade Neto. No evento, a comunidade jurídica de Mato Grosso do Sul e convidados terão a oportunidade de assistir a uma palestra do presidente da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO), Eduardo Fonseca.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Artigo de juíza de Corumbá compõe publicação do IPEA - 16/11/2017



O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), órgão de pesquisa do Governo Federal, divulgou nesta semana o artigo "Observações Jurídicas – A integração e o Mercosul", de autoria da juíza Luiza Vieira Sá de Figueiredo, da Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Corumbá.

O artigo da magistrada e pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos faz parte do projeto de pesquisa "Mercosul e a Região de Fronteira", iniciado em 2013. O projeto, cujo objetivo foi analisar os impactos causados na região de fronteira pelo processo de integração do Brasil com a Argentina, o Paraguai e o Uruguai, bem como verificar quais são as particularidades e as medidas governamentais desta região, culminou na publicação eletrônica veiculada na segunda-feira (13) e disponível no link http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=31481&Itemid=424.

O texto da juíza está inserido no Capítulo IV do livro digital e lança um olhar jurídico sobre a integração dos países-membros do Mercosul, abordando questões como tratados internacionais, harmonização dos ordenamentos jurídicos e ações tomadas na saúde, educação e energia para promover essa integração.

O IPEA já estuda a publicação de uma tiragem impressa do livro digital.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conferência em Moçambique destaca ações da Coordenadoria da Mulher de MS - 16/11/2017



Nos dias 7, 8 e 9 de novembro, a Desa. Maria Isabel de Matos Rocha, do Tribunal de Justiça de MS, esteve em Maputo (Moçambique) participando da Conferência Internacional da Federação Internacional de Mulheres da Carreira Jurídica (FIFCJ).

No evento, a desembargadora apresentou a Campanha Mulher Brasileira e as ações desenvolvidas pela Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, sob o comando da juíza Jacqueline Machado, e ouviu das participantes que o Brasil é um país que promove ações inovadoras.

"Éramos apenas três brasileiras a falar no evento, mas ficou claro que o Brasil avançou muito. Havia participantes de vários países, predominantemente da África. Minha fala se deu em um painel que tratava da questão da saúde, o que foi bom, já que mulher que sofre violência é atingida em sua saúde física e psicológica e fica prejudicada no empoderamento", explicou.

Maria Isabel ressaltou os altos níveis de violência ainda existentes nos estados brasileiros e destacou as ações desenvolvidas pela Coordenadoria da Mulher em Mato Grosso do Sul, discorreu acerca da Lei Maria da Penha, da Lei do Feminicídio e da Lei nº 13.341/2016, esta que aborda a violência sofrida por crianças vítimas e testemunhas de violência (incluindo as vítimas de violência vicária, quando o agressor usa a violência contra as crianças como um instrumento para atingir e fazer sofrer a mulher em seu bem mais precioso - os filhos).

"Distribui muitas cartilhas sobre a Lei Maria da Penha e meios de enfrentamento da violência contra a mulher, e a revista da Coordenadoria. O material era muito, mas acabou sendo insuficiente porque todos queriam mais material para rever, se mostrando interessados nessas informações e em possíveis implantações de ações. Fiquei impressionada com a participação da mulher moçambicana em cargos políticos, que na legislatura de 2004-2009 alcançava 39,2% e nos dias atuais chega a ser de 45% , segundo foi informado, um número muito maior que no Brasil", completou.

A desembargadora relatou que em Moçambique grande parte da população vive em muita pobreza, trabalhando na informalidade e há uma preocupação muito grande com pessoas que vivem nos meios rurais, por estarem mais desassistidas, com difícil acesso a ações de cidadania, justiça e saúde, por exemplo.

"As mulheres congressistas questionavam alguns pontos da lei local de proteção à mulher, similar à nossa Lei Maria da Penha, que surgiu do compromisso assumido pelo Estado moçambicano no concerto das nações, ao ratificar, dentre vários instrumentos internacionais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher, através da Resolução nº 4/93, de 2 de junho; o Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, pela Resolução nº 3/2008, de 30 de maio, pois, mesmo sendo a lei de proteção da mulher, ela tem pontos que lhe retiram eficácia, como, por exemplo, a previsão de efeito suspensivo aplicado nos recursos, e ainda questionaram a extrema abrangência da lei (para se aplicar não só a mulheres, mas também aos homens), perdendo assim seu foco essencial de proteção da mulher, perdendo a eficácia", concluiu.

Visitas – As mulheres que ficaram em Moçambique, após o final do evento, inclusive algumas delas membros da ABMCJ (do Brasil), aproveitaram a terça-feira (14) para visitar duas casas de acolhimento às mulheres vítimas de violência nas cidades de Maluana (70 km de Maputo) e Boane – ambas casas com várias atividades para auxiliar e apoiar as mulheres vitimas de violência doméstica e familiar. Estas casas de acolhimento são projetos de iniciativa da Associação Moçambicana de Mulheres da Carreira Jurídica.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

EmPENHAdas pela Saúde é apresentado no Congresso Brasileiro de Telemedicina e Telessaúde - 16/11/2017



O programa emPENHAdas pela Saúde foi apresentado nesta quarta-feira (15) no 8º Congresso Brasileiro de Telemedicina e Telessaúde (CBTms), que ocorre até esta sexta-feira (17) em Gramado/RS. O trabalho foi aprovado e apresentado na modalidade de apresentação oral em um painel realizado durante o evento.

Participam do Congresso representantes do Núcleo de Telessaúde de Mato Grosso do Sul: Deisy Adania Zanoni (enfermeira coordenadora do núcleo), Valéria Monreal (fonoaudióloga e apoio técnico administrativo) e Euder Nunes (apoio de tecnologia da informação).

EmPENHAdas pela Saúde – O Tribunal de Justiça de MS sediou, no dia 3 de outubro, o lançamento do Programa EmPENHAdas pela Saúde, uma proposta que viabilizou o curso Atenção à Mulher em Situação de Violência, para qualificação de profissionais que atuam na rede de atendimento na área de saúde de todo o estado de MS.

O acordo de cooperação é o resultado da parceria estabelecida entre o Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial (Ejud-MS) e da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, e o Governo do Estado, por intermédio da Secretaria Estadual de Saúde, da Subsecretaria de Políticas Públicas para Mulheres e da Superintendência de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde (Telessaúde), além da Maternidade Cândido Mariano.

O curso para qualificar profissionais que atendem mulheres em situação de violência, promovido pelo Tribunal de Justiça de MS, por meio da Escola Judicial de MS e da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, em parceria com o Poder Executivo estadual, superou as expectativas no número de inscrições. Foram 475 inscritos entre profissionais da saúde, do Judiciário, e pessoas que atuam com mulheres em situação de violência em Mato Grosso do Sul. A previsão era de 200 a 250 inscritos no curso.

A qualificação teve início no dia 30 de outubro, na modalidade EaD (Ensino a Distância), na plataforma de ensino do telessaúde (ead.saude.ms.gov.br) e dividido em quatro módulos, com carga horária de 40 horas. Entre os objetivos está o enriquecimento teórico e prático em diversas áreas de atuação dos profissionais, nos aspectos políticos, jurídicos, psicológicos e de atenção à saúde. O curso faz parte do programa emPENHAdas pela Saúde.

Cada módulo da capacitação aborda temas diferentes como Aspectos jurídicos psicológicos e sociais da violência doméstica; Políticas públicas e rede de enfrentamento e atendimento da violência contra a mulher; Tecendo redes de atenção na busca de resolutividade para o serviço; Mulher vítima de violência sexual – organização da atenção: anticoncepção de emergência e gravidez; Planejamento familiar: Dilema entre direito e acesso a um serviço resolutivo; além de boas práticas médicas, enfermagem em obstetrícia e preparo psicológico para o parto natural.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mutirão com empresas busca limpar nome de consumidores antes do Natal - 17/11/2017



Foto: ACICG

Final do ano está chegando e muita gente já se prepara para as compras. Mas alguns consumidores estão com débitos e terão dificuldades para conseguir crédito. Pensando nisto, entre os dias 20 e 24 de novembro haverá um mutirão de conciliação entre empresas e devedores. É a Semana Nome Limpo, uma iniciativa do Poder Judiciário de MS, por meio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), em parceria com a Associação Comercial e Industrial de Campo Grande (ACICG).

A ação conciliatória acontece no Cejusc da ACICG (Centro de Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania/ACICG), que fica na rua 15 de Novembro, nº 390, em frente à Praça Ary Coelho. Foram convocadas mais de 13 mil pessoas para participarem de audiências de conciliação com empresas de diversos ramos, como concessionárias de serviços públicos, escolas, lojas e até uma revendedora de joias. Os devedores receberam uma carta-convite com todas as informações necessárias.

Esta é mais uma iniciativa do Nupemec, sob a coordenação do Des. Vladimir Abreu da Silva, que fomenta na sociedade a cultura conciliatória de solução de conflitos. Os acordos serão homologados pelo juiz Cézar Luiz Miozzo.

Outros mutirões – Até o final de 2017 outras ações conciliatórias serão realizadas. Entre os dias 27 de novembro e 1º de dezembro, o Cejusc da Uniderp realiza mutirão com a Escola MACE de casos já ajuizados e também os pré-processuais.

Na sequência será a vez do mutirão da empresa concessionária de energia elétrica, Energisa, que ocorrerá no período de 4 a 8 de dezembro, e contará com 3 mil clientes para um acordo.

Finalizando o ano, a empresa de saneamento urbano Águas Guariroba realiza seu mutirão conciliatório, de 11 a 15 de dezembro. A empresa convidou 5 mil pessoas para a ação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Gestores do TJMS participam do XI Encontro Nacional do Poder Judiciário - 20/11/2017



Teve início nesta segunda-feira (20), em Brasília, o XI Encontro Nacional do Poder Judiciário, que deve aprovar um conjunto de metas da Justiça para 2018. No Encontro, no auditório do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que vai até terça-feira, também serão premiados os tribunais que se destacaram pela excelência na gestão em 2017. O presidente em exercício do Tribunal de Justiça de MS, Des. Julizar Barbosa Trindade, o Corregedor-Geral de Justiça, Des. Romero Osme Dias Lopes, o coordenador do Comitê Estadual do Fórum Judiciário para a Saúde, Des. Nélio Stábile, o juiz auxiliar da Presidência, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, e o diretor da Assessoria de Planejamento do TJMS, Newton Cesco Jr, representam o Judiciário sul-mato-grossense no encontro, que foi aberto pela presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia.

As Metas Nacionais do Judiciário representam o compromisso firmado anualmente pelos presidentes dos tribunais brasileiros em prol da melhoria da prestação jurisdicional. O Encontro Nacional está previsto na Resolução CNJ 198/2014, art. 12, § 3º. Este ano o processo de preparação do Encontro Nacional contou com a participação ativa dos tribunais regionais.

A pedido da presidente do CNJ, ministra Cármen Lúcia, foi aberto no portal do CNJ, por cinco meses, um espaço virtual inédito para discussão pública sobre das metas.

A consulta pública é uma das etapas previstas no processo de formulação das Metas Nacionais do Judiciário. Esta etapa passou a fazer parte da elaboração das metas a partir da publicação da Portaria CNJ n. 114/2016, que estabelece as diretrizes sobre o processo participativo na formulação das metas nacionais.

As propostas com objetivos de cada segmento da justiça foram precedidas de consulta pública feitas pelos próprios tribunais, na qual magistrados, servidores e o público em geral puderam propor a alteração, exclusão e até mesmo a inclusão de novas metas. O material foi levado para a primeira reunião preparatória, que ocorreu em setembro de 2017.

No XI Encontro Nacional, o texto final das metas para todas as áreas do Judiciário será votado pelos presidentes dos tribunais do País.

Premiação – Os tribunais que se destacaram por sua excelência em gestão da informação e da qualidade da prestação jurisdicional receberão como prêmio o Selo Justiça em Números, instituída pela Portaria n. 46/2017. A eficiência alcançada no Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus), calculado anualmente pelo CNJ e publicado no Relatório Justiça em Números, passou a contar como novo requisito de pontuação.

O Selo foi criado em 2004 e possui as categorias de diamante, ouro, prata e bronze. Entre as exigências para recebimento do Selo Justiça em Números 2017 está ainda a implantação, pelos tribunais, de núcleos socioambientais, conforme previsto na Resolução CNJ n. 201, de 2015, que determina aos órgãos do Poder Judiciário a implementação do Plano de Logística Sustentável (PLS) para reduzir o impacto ambiental de suas atividades. A norma tem por objetivo fazer frente às dificuldades de funcionamento de varas, cartórios e outros órgãos da primeira instância, devido ao volume excessivo de ações para julgar e ao déficit de recursos materiais e humanos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Agência CNJ de Notícias

“Tarde do Bem” marca abertura da 9ª Semana da Justiça pela Paz em Casa - 20/11/2017



Teve início nesta segunda-feira (20) a 9ª Semana da Justiça pela Paz em Casa, uma mobilização do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul em prol da mulher e contra todas as formas de violência doméstica e familiar. A abertura aconteceu às 16 horas no plenário do Tribunal do Júri do Fórum de Campo Grande.

O evento vestiu uma roupagem leve, já que desta vez o foco foi buscar as coisas boas da vida. Para isto, um grupo de mulheres voluntárias dispuseram seu trabalho a serviço do Judiciário: a cantora Ju Souc, que encantou os presentes com sua apresentação musical, e no saguão de entrada o público acompanhou a mostra “Feminilidade que Fala” com a exposição de quadros das artistas plásticas Thais Barros e Júlia Juliano.

O assunto principal discutido foi a busca daquilo que faz bem, com a palestra “Felicidade: sua reserva foi efetuada com sucesso”, proferida pela coach Luzia Gonçalves. Todas as profissionais dedicaram seu tempo voluntariamente à campanha, que terá outras duas apresentações: uma no Tribunal de Justiça e outra no Centro Integrado de Justiça (Cijus).

Embora o tema de fundo seja o combate à violência de gênero, a mobilização buscou nesta edição um enfoque diferente porque, segundo a juíza Jacqueline Machado, coordenadora da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, “as pessoas quando estão felizes têm um comportamento diferente em relação à vida e frente a seus relacionamentos também. É muito mais difícil uma pessoa que se encontra feliz se envolver e manter relacionamentos abusivos e isso tem tudo a ver com o nosso tema, que é a violência contra a mulher. Nós precisamos entender que viemos a este mundo para viver de forma feliz, todos nós, com direitos iguais, homens e mulheres”.

Em seu pronunciamento, a magistrada trouxe um texto de Lima Barreto de 1915 que retrata muito bem o feminicídio na atualidade em que Mato Grosso do Sul, como lamenta a juíza, lidera o ranking nacional nos números de casos. Os esforços, destaca ela, são para mudar esta realidade, “e mudamos esta realidade com educação, campanha e trabalho de prevenção”.

Por outro lado, pontua a juíza, o fato de Mato Grosso do Sul estar em primeiro lugar é um resultado da implementação no Estado das diretrizes nacionais do feminicídio. E isto fez com que não houvessem subnotificações e que realmente toda a morte de mulher – por razão de gênero seja mesmo registrada como feminicídio.

"Isso também nos fez alcançar esta lamentável posição, mas de certa forma fizemos o dever de casa, mesmo assim não temos como não dizer que os números são altos, pois ainda são alarmantes", frisa Jacqueline. Para explicar um pouco desta situação, a magistrada aponta as peculiaridades de MS, ainda um Estado muito patriarcal, ruralista, com uma cultura bem arraigada do homem como dominador, como chefe de família no sentido de dominação da mulher, então tudo isto contribui para que os números sejam elevados".

O evento teve a palavra inicial do juiz diretor do Foro de Campo Grande, Ariovaldo Nantes Correa, e contou com a participação de magistrados, servidores, estagiários e mirins do Fórum da Capital, além da presença da diretora nacional executiva da Mary Kay, Maria Helena Crispim, empresa parceira das ações da Coordenadoria da Mulher.

Na próxima quarta-feira (22), a palestra será transmitida pela intranet e o cantor Chicão Castro se apresentará. A exposição das telas também estará aberta ao público.

A Casa da Mulher Brasileira fará, no dia 23, a 3ª Edição do Programa "Mãos emPENHAdas contra a Violência", que capacita profissionais de beleza para que sejam disseminadores de informações sobre como identificar e denunciar a violência doméstica, pelo número 180 e na Casa da Mulher Brasileira. Desta vez, consultoras da Mary Kay receberão o treinamento.

No dia 24, termina a programação da 9ª Semana da Justiça pela Paz em Casa, com atividades no Cijus.

Campanha – A ação acontece de 20 a 24 de novembro, criada pela presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármem Lúcia, no ano de 2015, e se tornou Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres em 2017, com a assinatura da Portaria CNJ nº 15. Entre as ações previstas estão a incorporação da Semana Justiça pela Paz em Casa, como programa permanente voltado ao aprimoramento e à celeridade da prestação jurisdicional em casos de violência doméstica de familiar contra a mulher, esclarecendo e mobilizando a sociedade para uma mudança de cultura.

Em MS, todas as comarcas estão concentradas na resolução dos casos de violência doméstica, além das atividades realizadas nos fóruns e nas cidades, mostrando o apoio social às mulheres vítimas de seus companheiros.

A mobilização é realizada pelo Tribunal de Justiça por meio da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, com a parceria da Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul (Ejud-MS), Fórum Heitor Medeiros, Cijus e Secretaria de Gestão de Pessoal.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação

Tribunal de Justiça de MS recebe Selo Justiça em Números Ouro - 20/11/2017



Em reconhecimento ao investimento na gestão da informação e no cumprimento de normas de transparência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) concedeu ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul o Selo Justiça em Números Ouro. A entrega foi feita ao presidente em exercício do TJMS, Des. Julizar Barbosa Trindade, durante o XI Encontro Nacional do Poder Judiciário, que se realiza em Brasília.

Ao anunciar os vencedores, a diretora do Departamento de Pesquisas Judiciárias, Maria Tereza Sadek, destacou a relevância do prêmio. “Pela primeira vez recebemos os dados processuais de todos os tribunais. Essas informações possuem o potencial de mudar a sistemática das estatísticas oficiais e aprimorar a transparência para a sociedade”, afirmou.

O conselheiro Rogério Nascimento, que também participou da cerimônia, disse que a premiação já é uma política consolidada e vitoriosa. “Trata-se de um importante estímulo para o cumprimento das metas”, disse o conselheiro, mas explicou que em respeito à autonomia dos juízes não cabe ao CNJ manifestar-se sobre a qualidade “da prestação jurisdicional”.

Novidades – Este ano, o fornecimento de informações passou a ser obrigatório conforme o previsto na Portaria CNJ nº 46/2017. Além do requisito básico de encaminhamento adequado das informações constantes no Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), também são avaliados, para a concessão do selo, outros itens como o nível de informatização do tribunal, o uso de relatórios estatísticos para o planejamento estratégico e o cumprimento de resoluções do CNJ alinhadas à gestão da informação.

Entre as exigências para recebimento do Selo Justiça em Números 2017, estava a implantação, pelos tribunais, de núcleos socioambientais, conforme previsto na Resolução CNJ n. 201, de 2015, que determina aos órgãos do Poder Judiciário a implementação do Plano de Logística Sustentável (PLS) para reduzir o impacto ambiental de suas atividades.

Outro item avaliado foi a implantação do Comitê Gestor Regional no tribunal, conforme determina a Resolução CNJ n. 194, de 2014, que instituiu a Política de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição. A norma tem por objetivo fazer frente às dificuldades de funcionamento de varas, cartórios e outros órgãos da primeira instância, devido ao volume excessivo de ações para julgar e ao déficit de recursos materiais e humanos.

Histórico – O Selo Justiça em Números é conferido aos tribunais desde 2013, com o objetivo de fomentar a qualidade dos dados estatísticos do Judiciário, sobretudo referentes ao Relatório Justiça em Números.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Agência CNJ de Notícias

TJMS promove mutirão de débitos entre clientes e escola particular - 22/11/2017



O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul promove mais um mutirão conciliatório para quitação de dívidas. É o mutirão da Escola Mace, que ocorrerá entre dos dias 27 de novembro a 1º de dezembro no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, localizado na Uniderp (Cejusc/Uniderp). As conciliações serão de casos já ajuizados e daqueles que ainda não foram para a justiça, os chamados pré-processuais.

Ao todo são 378 clientes convidados para fazer a conciliação e tentativa de acordo: 268 processuais e 110 pré-processuais. As audiências serão realizadas das 8 horas às 17h30 nas dependências da Universidade Uniderp, localizada na Av. Ceará, 333, Bloco 8.

Esta é mais uma iniciativa do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, sob a coordenação do Des. Vladimir Abreu da Silva, que fomenta na sociedade a cultura conciliatória de solução de conflitos. Os acordos serão homologados pelo juiz Cézar Luiz Miozzo.

Outros mutirões – Até o final de 2017 outras ações conciliatórias serão realizadas. Entre os dias 4 a 8 de dezembro a empresa concessionária de energia elétrica, Energisa, realiza o seu mutirão com clientes com algum débito. Foram convidados cerca de 3 mil clientes para um acordo.

Finalizando o ano, a empresa de saneamento urbano Águas Guariroba realiza seu mutirão conciliatório, de 11 a 15 de dezembro. A empresa convidou 5 mil pessoas para a ação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados de MS participam do V Congresso de Ciências Criminais - 24/11/2017



Com a participação de desembargadores e juízes do Judiciário de MS, ontem e hoje a Academia de Polícia Civil (Acadepol) está sediando o V Congresso sul-mato-grossense de Ciências Criminais, evento realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e pela Acadepol, com apoio da Escola Judicial de MS (Ejud-MS).

O congresso visa difundir conhecimentos interdisciplinares em Ciências Criminais, proporcionando discussões de temas relevantes para um público composto por advogados, defensores públicos, promotores de justiça, magistrados, delegados de polícia, sociólogos, psicólogos, assistentes sociais, estudantes e demais profissionais do Direito e áreas correlatas.

Os debates estão concentrados nos temas de Processo Penal, Direito Penal e Execução Penal e entre os palestrantes estão renomados professores nacionais e internacionais. Juízes que atuam no interior e na Capital prestigiam os dois dias de trabalho, além dos desembargadores Maria Isabel de Matos Rocha, Luiz Gonzaga Mendes Marques e Ruy Celso Barbosa Florence.

Para a desembargadora, eventos como esse na Capital são uma oportunidade muito boa de atualizar conhecimentos com palestrantes renomados, inclusive professores estrangeiros, pois o congresso trouxe nomes que participaram recentemente de evento semelhante em São Paulo, promovido pelo IBCCrim.

"Tudo o que foi objeto de palestras é de interesse dos magistrados, pois as falas tinham sólida fundamentação acadêmica e científica, mas também uma visão das dificuldades e vias de atuação na aplicação do direito penal no dia a dia dos juízes e demais profissionais que atuam no processo penal", disse ela.

De acordo com Maria Isabel, os palestrantes também apresentaram críticas às tendências recentes de maior severidade nas leis penais e sua aplicação, que vai na contramão dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Alguns disseram que o direito penal tem de ser limitador dos poderes do Estado, já que existe desproporção entre o estado forte e o cidadão acusado sujeito ao seu poder.

"Lembrando que o IBCCrim é a maior agremiação científica em ciências criminais do continente e festeja em 2017 seus 25 anos. Evento muito bom", concluiu a desembargadora.









Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Curso Jurisdição e Psicanálise proporciona novas reflexões aos magistrados - 27/11/2017



Durante dois dias, os juízes Luciane Buriasco Isquerdo (2ª Vara de Cassilândia), Marcelo Ivo de Oliveira (7ª Vara Criminal da Capital) e Luciano Pedro Beladelli (Anastácio) participaram do curso Jurisdição e Psicanálise, realizado pela Escola Nacional da Magistratura na sede da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis).

O objetivo dos dois dias de trabalho foi debater o exercício da atividade jurisdicional sob a inflexão da psicanálise. O curso foi ministrado por Giselle Groeninga, psicóloga pela PUC/SP, psicanalista pelo Sedes Sapientiae e Sociedade Brasileira de Psicanálise (SBP), mestre e doutora em Direito pela USP, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam).

Ao tratar de temas como Interdisciplinaridade; O indivíduo; O indivíduo e sua relação com o meio; Os conflitos levados ao Poder Judiciário; e O juiz e a subjetividade, entre outros, a especialista buscou abordar casos que estivessem presentes no cotidiano dos magistrados.

A juíza Luciane Buriasco contou que os assuntos explorados ampliaram seu conhecimento na área. "Fizemos uma reflexão importante sobre o papel do juiz a partir de conceitos básicos de psicanálise. A professora estendeu os temas iniciais para questões do cotidiano, como alienação parental, pedofilia e violência doméstica, por exemplo, na ótica da psicanálise. O conteúdo vai nos ajudar a perceber nossos casos e processos com outros olhos".

Importante lembrar que Jurisdição e Psicanálise é um curso que a Escola Nacional da Magistratura oferece todos os anos e, a cada edição, oferece um curso diferente. "Há muitas contribuições que a psicanálise pode oferecer para o Direito, desde refletir sobre o papel do juiz, que se assemelha ao papel do pai, ou seja, daquele que corta o sonho e apresenta os limites e possibilidades. Não seria papel do juiz, portanto, nem do Poder Judiciário acolher, ofertar terapia, nem mesmo resolver o conflito. Dá-se uma resposta à lide, ao caso posto em juízo, de acordo com a lei. O conflito segue e se transforma", explicou a juíza.

Buriasco esclareceu ainda que, além do papel do juiz e da jurisdição, a psicanálise é instrumento valioso de melhor compreensão dos casos trazidos a juízo e que muito intrigam os operadores jurídicos, como a pedofilia, a violência doméstica, a alienação parental, e mesmo institutos como a guarda compartilhada.

"Tudo isso foi discutido, após apresentados alguns conceitos fundamentais de psicanálise, como id, ego, superego, transferência e contratransferência, sintoma, entre outros. Sem dúvida, um curso que deve entrar na agenda de todos os magistrados. Justamente por isso, a ENM deve passar a oferecê-lo na modalidade a distância, previsto para o primeiro semestre de 2018", completou.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Escola pública usa Justiça Restaurativa há 5 anos com ótimos resultados -27/11/2017



Começou nesta segunda-feira (27) a III Semana da Justiça Restaurativa, realizada pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, por meio da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ). A abertura foi na Escola Estadual Hércules Maymone com a palestra da juíza Katy Braun do Prado. A Escola já realiza círculos restaurativos desde 2012, com resultados expressivos. O evento acontece também no Centro Integrado de Justiça (Cijus) e em outras escolas públicas.

O Movimento de Justiça Restaurativa está sendo realizado, concomitantemente, em várias cidades do Brasil e do Mundo. Segundo a juíza Katy Braun, coordenadora da Infância e da Juventude de MS, esta semana é uma proposta de disseminar os princípios e valores da Justiça Restaurativa nas escolas e também para aqueles casos de pessoas que são atendidas por ato infracional.

"Quando nós nos sentamos em círculo, estamos em uma mesma posição, não há hierarquia, todos podem olhar no olho um do outro, ouvir atentamente suas experiências. Com a formação destes círculos, todos têm direito de falar e de fazer a suas propostas e, por meio do diálogo, as próprias pessoas constroem uma solução para seus conflitos, sem a necessidade de recorrer a uma figura de autoridade, como o juiz".

No colégio Hércules Maymone, três grupos de alunos do Ensino Médio participaram de círculos restaurativos nesta manhã. Antes, a magistrada e a equipe da CIJ tiveram um bate-papo com os alunos e falaram sobre o círculo, como ferramenta da Justiça, para se ter um diálogo qualificado que leve os indivíduos a solucionarem, eles próprios, seus conflitos.

O trabalho vem sendo realizado nesta escola desde 2012, quando o atual diretor, Giovani Caetano Lima, conheceu o programa do Poder Judiciário e propôs que sua escola tivesse um projeto-piloto da Justiça Restaurativa Escolar.

"Quando fui a uma capacitação da CIJ eu me encantei com a proposta, porque já era um trabalho que nós fazíamos aqui na Escola, de modo intuitivo, claro, sem todo o embasamento dos profissionais do Judiciário. É um trabalho maravilhoso, consegue colocar frente a frente as partes envolvidas nos conflitos e muitas vezes, quando existe o problema, a pessoa, que não enxerga o mal que fez a outra, consegue entender as consequências de seu ato", disse o diretor.

Giovane conta também que, durante estes anos em que a escola realiza círculos restaurativos, tem obtido ótimos resultados nos casos de brincadeiras, bullying virtual, ofensas pessoais e também problemas trazidos de fora do ambiente escolar.

"Nós sempre tentamos a prevenção. Quando existe o foco de desavença a gente já tenta conversar com os alunos. E o resultado é muito mais proveitoso do que penalizar, dentro do regimento escolar. O trabalho de restaurar os laços é bem mais profundo", garante Giovane.

A III Semana da Justiça Restaurativa continua até o dia 30 de novembro, com ações em escolas públicas da Capital e também no Cijus. Nesta terça-feira (28), às 8 horas, no Cijus, haverá uma mesa de discussões composta por membros do Ministério Público, Defensoria Pública e facilitadores da equipe da Coordenadoria da Infância e da Juventude.

Na quarta-feira (29), dois eventos acontecem concomitantemente. Na Escola Estadual Professor Sílvio Oliveira dos Santos, no Aero Rancho, às 8 horas, a juíza Katy Braun do Prado profere a palestra "A Importância da Justiça Restaurativa para a construção de paz no ambiente escolar". Já no Cijus, às 8 horas, serão realizados Círculos Restaurativos aplicados pela equipe da Justiça Restaurativa Juvenil.

No último dia do evento (30) haverá uma série de atividades. Na Escola Estadual Teotônio Vilela, no Bairro Universitário, terá um Círculo de Construção de Paz e Diálogo Restaurativo com alunos do 9º Ano, às 8 horas e às 13 horas. Na Escola Municipal Professora Arlene Marque Almeida, no bairro Canguru, será feito um Círculo de Construção de Paz com alunos do 7º Ano.

O Cijus terá Círculos Restaurativos, às 8 horas, e Pós-Círculos Restaurativos aplicados pela equipe da Justiça Restaurativa Juvenil.

O encerramento da III Semana da Justiça Restaurativa será com a Palestra sobre Bullying e Valores da Justiça Restaurativa para Alunos da Escola Estadual Teotônio Vilela.

Conheça – A Justiça Restaurativa é uma nova metodologia para abordagem de conflitos interpessoais. Funciona como modelo alternativo e participativo de Justiça, promovendo a resolução de conflitos de forma pacífica e educativa. Pode ser utilizada em ambiente escolar, empresarial e institucional.

Pauta-se em valores e utiliza o diálogo como ferramenta nos encontros voluntários proporcionados à vítima e ao ofensor, dando a oportunidade de falarem de seus sentimentos e consequências sofridas e, ao ofensor, de responsabilização e reparação à vítima e à comunidade dos danos causados.

A Justiça Restaurativa alcança então a reparação dos danos relacionais e o atendimento às necessidades da vítima e dos demais atingidos pela violação, atuando nos moldes para uma Cultura de Paz.

A Semana Restaurativa é um período para serem realizadas diversas atividades como palestras, seminários, cursos, grupos de estudos e encontros de práticas restaurativas.

O Brasil, e Campo Grande, passam a fazer parte de um movimento que já envolve cerca de duas dezenas de países que realizam, anualmente, atividades de celebração e divulgação da Justiça Restaurativa no mesmo período, o mês de Novembro.

Países participantes: Canadá, Reino Unido, Irlanda, Holanda, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Congo, Zâmbia, Ruanda, Nigéria, Quênia, Japão, Índia, Filipinas, Ilhas Fiji, Serra Leoa e Estados Unidos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TRF-3 visita TJ, anuncia instalação de Juizados Federais e Turma Recursal no MS - 28/11/2017



O presidente em exercício do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Julizar Barbosa Trindade, recebeu, na manhã desta terça-feira (28), a presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, desembargadora federal Cecília Marcondes. Na visita, a presidente do TRF-3 convidou a administração do TJ para a instalação da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de MS. A solenidade será nesta quarta-feira (29), às 11 horas, na Rua Delegado Carlos Roberto Bastos de Oliveira, 128, Parque dos Poderes. O Des. Ruy Celso Barbosa Florence acompanhou o encontro, ocorrido no Gabinete da Presidência.

Na visita, a desembargadora federal Cecília Marcondes comunicou a recente instalação em comarcas do interior de Mato Grosso do Sul, onde há varas federais, de juizados especiais federais para atender a população mais carente, particularmente nas demandas previdenciárias.

O presidente em exercício do TJ destacou os benefícios aos juízes estaduais das comarcas do interior de MS com as novas varas dos juizados especiais federais. “Na medida em que estes juizados federais estiverem em funcionamento, menos processos precisarão ser direcionados aos juízes estaduais e a Justiça Federal então receberá esses processos, que são na verdade de sua atribuição e competência”, conclui o Des. Julizar Barbosa Trindade.

De acordo com o juiz federal auxiliar da Presidência do TRF-3, Fabiano Carrara, até o final deste ano estarão em funcionamento os juizados especiais federais de Três Lagoas, Coxim, Naviraí, Ponta Porã e Corumbá. “Com isso, 100% da população do Estado de Mato Grosso do Sul estará abrangida pelos juizados especiais federais. O que também diminui a carga de trabalho dos juízes estaduais de comarcas do interior que, por força da Constituição, onde não há vara federal, deve atuar nas demandas previdenciárias de competência da Justiça Federal.”, afirmou o juiz auxiliar.

O magistrado ressaltou que, com a ampliação da atuação jurisdicional no primeiro grau por meio desses cinco novos juizados, mais recursos serão levados para instância recursal, o que motivou a instalação da 2ª turma Recursal em MS. “Esta nova Turma Recursal dará vazão a esses processos, ou seja, possibilitará uma atuação célere tanto em primeiro grau, como também no nível recursal”.

Números – Atualmente tramitam 471 processos previdenciários de competência da Justiça Federal nas comarcas de Três Lagoas, Coxim, Naviraí, Ponta Porã e Corumbá.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ disponibiliza serviço para recolhimento de diligências do Oficial de Justiça - 28/11/2017



Com o intuito de dar mais celeridade e segurança aos processos que tramitam em 2º grau, há uma semana o Poder Judiciário de MS disponibilizou em seu portal o serviço de emissão de guia de diligências do Oficial de Justiça. Agora, o recebimento do comprovante e sua vinculação ao processo é feita de forma automática, tal como já acontece em 1º grau.

Antes da disponibilização desse serviço, para que fossem recolhidos os valores das diligências era preciso comunicar a parte interessada para que esta realizasse o depósito e trouxesse pessoalmente o comprovante de pagamento para que fosse anexado aos autos.

Porém, a partir do oferecimento deste serviço, o Tribunal de Justiça agiliza essa fase do processo de uma forma simples, pois agora basta que a parte comunicada sobre esse recolhimento acesse o portal do TJMS, vá até o link "Serviços" e clique em "Cálculo de Custas Iniciais de 2º Grau". Nessa opção, clique em "Diligências do Oficial de Justiça", na qual terá que informar os dados do processo, lançar a quantidade de diligências para emitir o boleto para pagamento e, ao finalizar o procedimento, a guia já fica automaticamente vinculada ao processo, dispensando a necessidade de trazer o comprovante pessoalmente.

Dessa forma, o pagamento é efetuado e comprovado de forma mais agilizada, bem como impede eventuais transtornos na hora do recebimento.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Em júri histórico em Alcinópolis, réus são absolvidos - 29/11/2017



Depois de sete horas de julgamento do Tribunal do Júri em Alcinópolis, os réus I.R. de O. e R.G. de O. foram absolvidos do crime de tentativa de homicídio contra A.R.D. O julgamento ocorreu na câmara de vereadores na tarde desta quarta-feira (29), por conta da ida da Carreta da Justiça à cidade.

O Promotor Público, Bolívar Luiz da Costa Vieira, e o advogado assistente de acusação, Cleidomar Furtado, pediram a desclassificação do crime para lesão corporal e o Defensor Público, Bruno Bertoli Grassani, pugnou pela absolvição dos réus.

O fato criminoso ocorreu no dia 29 de maio de 2006, na fazenda "Talismã", em Alcinópolis. Os réus dispararam contra a vítima, quando ela passava em uma estrada municipal que passa dentro da fazenda onde os acusados trabalhavam.

Durante o julgamento, os acusados mudaram a versão de que eram na verdade vítimas, e alegam que cometeram o ato por ordem dos patrões.

Pelo menos 30 pessoas acompanharam este julgamento inédito que movimentou a cidade.

O Conselho de Sentença foi formado por sete pessoas da sociedade escolhidas na sociedade de Alcinópolis. Foram duas mulheres e cinco homens. Eles se reuniram, depois do debate entre acusação e defesa, e decidiram pela absolvição dos réus.

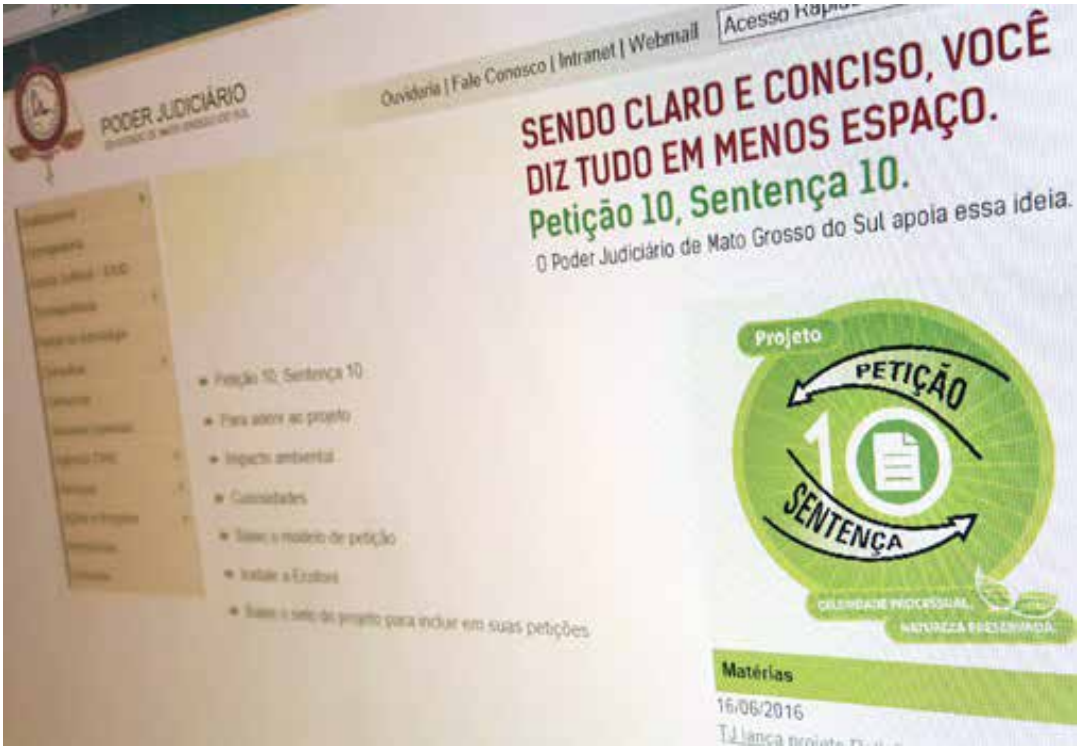
O vendedor Bruno de Oliveira dos Santos, 22 anos, achou bom que o julgamento acontecesse na cidade para as pessoas terem interesse de saber o que a justiça faz com os crimes.

"É uma coisa que eu nunca vi , por isto que eu vim. A impressão que a gente tem é que estamos dentro do julgamento", disse Bruno.

Ao final, o juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, que presidiu o Júri e responde pela Carreta da Justiça, disse que foi feita a verdadeira "justiça dos homens" . Ele também agradeceu o apoio da população, em especial ao prefeito Dalmy Crisóstomo da Silva, que deu todo apoio para a efetivação dos trabalhos do programa Judiciário em Movimento na comarca.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Escritórios de advocacia aderem ao "Petição 10, Sentença 10" - 29/11/2017



"Escrever é a arte de cortar palavras", diz o ditado. Mas será que é fácil assim? Para o advogado de Campo Grande, André Borges, é uma prática constante e, a partir de agora, que caiba em 10 páginas. O operador do Direito conheceu o projeto "Petição 10, Sentença 10", do Poder Judiciário de MS, e irá adotar com os colegas de seu escritório a sistemática em suas petições.

A proposta é simples e busca melhorar o fazer jurídico com manifestações objetivas, que usem até 10 laudas. Um selo do programa pode ser baixado no Portal do TJMS no link http://www.tjms.jus.br/projetos/peticao10sentenca10/index.php e ser inserido no arquivo de texto. "É um Selo de Qualidade, que atesta a objetividade e simplicidade da peça jurídica", garante o juiz Aluízio Pereira dos Santos, da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Capital, que trouxe o programa para o TJMS.

O magistrado explica que a proposta busca com que os processos sejam menores para que os próprios juízes tenham tempo para ler as teses das partes. "Se o advogado costuma fazer uma petição de 40 páginas e, conhecendo o "Petição 10, Sentença 10", começa a escrever 20 páginas, já é uma atitude válida", diz.

Mas a proposta de André Borges é maior, ou menor, a depender do ponto de vista. Com 26 anos de experiência como advogado, ele conta que, recentemente, contestou uma peça de 214 páginas, da parte contrária de um processo, com uma peça de apenas três laudas. Pode parecer desleixo ou falta de esmero com seu cliente, mas não é.

"Não há ideia jurídica que não caiba em 10 páginas", garante Borges, que explica que tomou conta da dificuldade dos magistrados, quando foi juiz eleitoral. "Eu tive que trabalhar com petições extensas, sem objetividade, que se tornam enfadonhas e dificultam o trabalho da justiça. Nós advogados, que cobramos tanto do Judiciário, podemos colaborar com manifestações objetivas e curtas, para que a prestação seja célere".

Aluízio Pereira dos Santos é juiz há mais de 20 anos. Antes atuou como defensor público, delegado e também advogado. Ele conta que a própria tecnologia proporcionou o advento das peças jurídicas enormes. "Antigamente, ninguém escrevia uma petição ou contestação com 40, 60 laudas, porque era tudo datilografado. Com a informatização ficou fácil incluir, a um clique, citações de doutrinadores, votos, julgados e ementas. Seria melhor se a parte apenas relatasse o fato, o pedido que se pretende e indicar o fundamento jurídico, do Direito o juiz já sabe", diz.

Petição 10, Sentença 10 – A proposta é que advogados, promotores, defensores públicos e procuradores apresentem petições iniciais sucintas, com no máximo 10 páginas, o que garantirá uma prestação jurisdicional mais célere, uma vez que peças mais objetivas e claras farão com que o trabalho do magistrado e assessores seja feito, do mesmo modo, com mais celeridade, dispensando análise de pontos que pouco acrescentam na discussão do caso.

Cultura antiga – Por herança lusitana, no Brasil valoriza-se a retórica: os textos longos são regra. No imaginário forense, quem escreve pouco não possui conhecimento jurídico, contudo o projeto mostra que quem escreve pouco não o faz por falta de conhecimento de conteúdo fático ou de direito, mas porque sendo claro e conciso é possível dizer tudo em menos espaço e, como consequência, preservar a natureza.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Fique Legal: Cidadão terá benefícios na quitação de dívidas com o município - 29/11/2017



De 11 a 15 de dezembro, das 8 às 18 horas, no Centro de Convenções Albano Franco, situado na Av. Mato Grosso, 5017, será realizada uma ação conciliatória que dará oportunidade à população de quitar dívidas com o município, com a possibilidade de descontos de até 100% sobre os juros, e custas processuais: é o programa Fique Legal.

A ação é resultado de uma parceria do Tribunal de Justiça de MS com a Prefeitura Municipal de Campo Grande, já que existem mais de 140 mil ações ajuizadas. Na prática, essa será a oportunidade para que os cidadãos comecem 2018 sem dívidas com a prefeitura e sem a possibilidade de ser surpreendido por um protesto.

O convênio foi assinado na semana passada e o programa tem previsão na Lei Complementar Municipal nº 306, de 19 de outubro de 2017. A ideia surgiu em um programa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que visa reduzir o número de processos em andamento, melhorando a atuação do Judiciário e promovendo a regularização dos débitos ajuizados.

O juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Flávio Saad Peron, um dos coordenadores do programa, explicou que a campanha visa diminuir o acervo de processos de execução fiscal municipal em trâmite atualmente. "Temos apenas uma Vara de Execução Fiscal em Campo Grande, onde atua um juiz extremamente dedicado, mas com mais de 140 mil processos, é quase impossível dar conta de tudo isso".

Peron apontou ainda o papel colaborativo da Federação das Indústrias de MS (Fiems), que cedeu o Albano Franco gratuitamente, permitindo que o Poder Judiciário e o Executivo Municipal tentem amenizar o montante processual de execução fiscal.

Para saber se está em débito, o cidadão poderá buscar informações pelo telefone 156 ou fazer a consulta no site do TJMS (www.tjms.jus.br), clicando no banner do Fique Legal, que está no topo da página eletrônica do TJMS.

"No local estarão 30 conciliadores, devidamente treinados, e com eles procuradores municipais prontos para fazer o acordo na hora. O acordo será homologado por um juiz e de lá o cidadão poderá sair sem o processo. Nossa capacidade de atendimento será de 30 pessoas de cada vez, contudo, se houver demanda, esse número poderá ser ampliado", completou o juiz.

Saiba mais – Com a adesão ao programa Fique Legal, o contribuinte de Campo Grande pode por fim aos processos de execução fiscal que tramitam contra ele. Está prevista a isenção de 100% de juros, redução das custas e honorários e parcelamento em até cinco vezes. Ao final, com o pagamento à vista, o cidadão sai com a sentença de extinção de seu processo, evitando a remessa do nome para protesto.

No período do programa, o Tribunal de Justiça suspenderá os prazos judiciais apenas na Vara de Execução Fiscal Municipal, pois haverá um esforço conjunto que envolve um número expressivo de servidores, todos empenhados em resolver os processos ajuizados na Vara.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Coordenadoria da Mulher finaliza 2ª edição do Projeto Atena - 04/12/2017



A equipe da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, na tarde desta segunda-feira (4), realizou a última atividade do Projeto Atena de 2017, finalizando a 2ª edição da proposta. A primeira edição terminou em maio deste ano e a próxima está sendo preparada para o início de 2018.

Para quem não conhece a proposta desenvolvida para permitir que mulheres vítimas de violência consigam se expressar, cada edição é realizada em cinco encontros quinzenais e faz parte da Campanha Mulher Brasileira.

A juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher e pela Vara de Medidas Protetivas, a primeira no Brasil a ter competência exclusiva para medidas protetivas, agradeceu a participação das mulheres e lembrou que cada um dos encontros realizados foi muito positivo.

"O tema sexualidade da mulher, principalmente de vítimas que passaram por alguma situação de violência, é um tabu e esse trabalho proporciona uma mudança real ao permitir que elas saiam e/ou se libertem do ciclo de violência, ao mesmo tempo em que compreendem melhor seu papel na sociedade. Daí a importância deste projeto e de outros, como os grupos reflexivos para quebrar o ciclo da violência", explicou a juíza.

Em nome das mulheres vítimas de violência que integraram a segunda edição do Projeto Atena, falou a participante Tatiane Andreia, de 37 anos. Ela contou que, quando chegou na Casa da Mulher Brasileira em busca de ajuda, não acreditava em uma possível melhoria de vida, uma mudança que trouxesse esperança.

Tatiane e a mãe procuraram o Projeto Atena porque o irmão é alcoólatra, mas ela contou que era vítima de violência no primeiro casamento. E mais: tem uma filha de 19 anos que teve convulsões e uma parada cardíaca como resultado da violência sofrida do namorado.

A filha de Tatiane ficou oito meses internada e, mesmo depois da alta hospitalar, as sequelas tornaram-na completamente incapaz. “Ela voltou a ser como um bebê. Não anda, não fala e agora que aprendeu a nos reconhecer, contudo não podemos deixá-la sozinha. A psiquiatra explicou que ela não gosta de lugares com muitas pessoas porque fica com medo, em razão da violência sofrida”, contou.

Apesar disso, Tatiane recomenda o projeto Atena e garante que voltará na próxima edição. “Foi maravilhoso fazer parte disso porque o convívio com outras mulheres que também sofreram violência nos faz ver que não estamos sozinhas. Você pensa que está sozinha, que o seu problema é o pior, mas aqui descobrimos que não é verdade. Que mais mulheres sofrem violência. Esse projeto ajuda a quebrar o ciclo de violência e nos motiva a incentivar outras mulheres a denunciar”.

Saiba mais – O Projeto Atena, desenvolvido com um número restrito de participantes, promove a realização de oficinas de sexualidade para as mulheres em situação de violência doméstica atendidas pela 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, situada na Casa da Mulher Brasileira.

O objetivo das oficinas é propiciar espaço de escuta e reflexão sobre a sexualidade, como reconhecimento e empoderamento do corpo, relações e violência de gênero, identificação dos diferentes tipos de relacionamentos, implicações afetivas e sociais, além de abordar algumas questões voltadas à saúde da mulher.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Semana da Conciliação de MS resulta em mais de R$ 10 mi em acordos - 05/12/2017



Durante os cinco dias de Semana da Conciliação, realizada pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul em todas as comarcas do Estado, foram 1.017 acordos, que resultaram em um montante de R$ 10.217.153,34 em valores homologados. Ainda conforme dados da Coordenadoria de Estatística do TJMS, 8.760 pessoas foram atendidas nas 3.684 audiências realizadas.

A ação conciliatória promovida pelo Tribunal de Justiça de MS integra a campanha nacional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizada em âmbito nacional no período de 27 de novembro a 1º de dezembro. No período atuaram 175 magistrados, 59 juízes leigos, 331 conciliadores e 244 colaboradores. Estes números são a soma dos cinco dias de mobilização, podendo os participantes ter atuado em vários dias.

O objetivo da ação conjunta do Poder Judiciário Nacional é mobilizar os operadores do Direito e a sociedade para desenvolver a conscientização e a cultura conciliatória como um mecanismo eficiente para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Dentre a movimentação processual em Mato Grosso do Sul, foram homologados 279 acordos na fase pré-processual, que contabilizou R$ 3.804.929,06; 208 acordos em audiências designadas conforme o artigo 334 do CPC, com valores de R$ 771.781,38; 449 acordos de outras fases do processo civil, contabilizando R$ 5.692.942,90; além das audiências criminais, com 54 Sentenças Homologatórias de Transação Criminal e 29 Composições Criminais.

A coordenação da Semana da Conciliação em MS esteve sob responsabilidade do Des. Vladimir Abreu da Silva e do juiz Cezar Luiz Miozzo, sob a presidência do primeiro. Todos os acordos obtidos por meio da conciliação têm validade jurídica e, caso uma das partes não cumpra o acordado, a ação pode ser levada novamente à justiça.

Nesta edição da Semana da Conciliação, houve um incremento tanto em valores, quanto em número de acordos, em relação ao ano de 2016. Foram R$ 2.2 mi a mais em valores e cerca de 200 acordos a mais.

Mas os benefícios são maiores que o dinheiro e o número de audiências. Para o juiz Cezar Luiz Miozzo, coordenador da Semana da Conciliação em MS, a ação mostrou o engajamento de magistrados, servidores e colaboradores que fizeram os resultados serem tão expressivos. Segundo o juiz, "as pessoas começam a acreditar e constatar que um acordo, auxiliado pelos conciliadores e por seus advogados, são muito mais viáveis do que a busca por uma sentença, que não será satisfatória para uma das partes", diz.

Empenho – Num espírito de colaboração e proatividade, uma conciliadora da comarca de Porto Murtinho realizou a audiência sem luz elétrica. Sob o comando do juiz Cezar Fidel Volpe, a situação diferente chamou a atenção na tarde da última quinta-feira (30). Em razão de um forte temporal, houve interrupção de energia elétrica no Fórum – o que, em tese, suspenderia as audiências.

Contudo, a conciliadora Eloine Marques de Carvalho dos Santos encontrou uma solução simples, rápida e eficaz para o problema: redigiu o termo conciliatório a mão. O documento manuscrito resolveu a questão que trouxe um cidadão e o representante de uma empresa para fechar um acordo na audiência.

Saiba mais – Incluída no Código de Processo Civil de 2015 como etapa processual obrigatória, a solução de conflitos pela via da conciliação dispensa a atuação imediata de advogados e do juiz, que apenas valida formalmente os acordos negociados entre as partes. De acordo com dados do CNJ, existem mais de 74 milhões de processos judiciais em tramitação no Judiciário brasileiro.

Em 2016, foram feitas em todo o país mais de 274 mil audiências durante a Semana Nacional de Conciliação e mais de 130 mil acordos homologados. Desde 2006, quando o evento foi feito pela primeira vez, já foram feitas mais de 2 milhões de audiências, alcançando cerca de R$ 10 bilhões em valores homologados.

A conciliação pode ser utilizada em quase todos os casos: pensão alimentícia, divórcio, desapropriação, inventário, partilha, guarda de menores, acidentes de trânsito, dívidas em bancos e financeiras e problemas de condomínio, entre vários outros. Exceção para casos que envolvam crimes contra a vida (homicídios, por exemplo) e situações previstas na Lei Maria da Penha.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz da Capital realiza videoconferência com RJ e Miami - 06/12/2017



Mais uma vez, a magistratura de Mato Grosso do Sul atua com eficiência e qualidade. Na tarde desta quarta-feira (6), o juiz Wilson Leite Corrêa, da 4ª Vara Criminal da Capital, utilizou a videoconferência para realizar uma audiência na qual foram interrogados dois réus simultaneamente: um no Rio de Janeiro e outro em Miami (EUA).

De acordo com o processo nº 0053366-92.2010.8.12.0001, os dois réus são irmãos e são acusados de praticar estelionato ao adquirir de um casal uma sociedade comercial por R$ 360.000,00, pagando a primeira parcela com um veículo.

Contudo, segundo a denúncia, seis dias depois da compra do estabelecimento, dolosamente, os denunciados teriam arquitetado a transferência da empresa diretamente das vítimas para terceira pessoa, inclusive teriam apresentado às vítimas o indivíduo como sendo seu padrasto e, com isso, ludibriando-as para anuírem a transmissão da empresa.

Para o juiz, a celeridade com a utilização da ferramenta eletrônica foi muito importante porque a partir de agora o processo está pronto para apresentação das alegações finas das partes e, em seguida, para a sentença.

"No caso de Miami, por exemplo, se não fosse a videoconferência, teríamos que expedir uma carta rogatória, que precisaria ser traduzida e isso tem um alto custo, e que levaria cerca de três anos ou mais para ser cumprida e retornar ao processo. Com as audiências realizadas desta forma poderemos dar uma resposta mais rápida ao processo", explicou Wilson.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Sistema de Administração de Precatórios do TJMS é referência no país - 07/12/2017



Desde ontem (6), representantes do Poder Judiciário dos estados de Rondônia e do Ceará estão em Campo Grande visitando o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul para conhecer o Sistema de Administração de Precatórios (Sapre), usado no Judiciário de MS como ferramenta de gerenciamento de precatórios orçamentários e Requisição Orçamentária de Pequenos valores (ROPV). O vice-presidente do TJ, Des. Julizar Barbosa Trindade, presidente em exercício, recebeu os visitantes na manhã de quarta-feira.

Em novembro, a juíza auxiliar da Vice-Presidência do TJMS, Simone Nakamatsu, e a diretora do Departamento de Precatórios do TJMS, Mônica Vogl, estiveram em Aracaju para participar da VIII Reunião Periódica da Câmara Nacional de Gestores de Precatórios dos Tribunais de Justiça e apresentaram o Sapre como boa prática na justiça, já que o trabalho desenvolvido em MS tornou-se referência. A participação despertou o interesse de vários tribunais, que desde então buscam mais informações.

O Sistema de Administração de Precatórios (Sapre) criado e implantado no TJMS é um sistema didático e de fácil manuseio, permitindo celeridade na prestação jurisdicional e na liquidação dos Precatórios e ROPV. Por meio da ferramenta é possível encaminhar eletronicamente o ofício precatório, identificar e separar automaticamente as requisições em ROPV e orçamentário, ordenar cronologicamente os precatórios para pagamento, registrar todas as ocorrências, tais como amortizações, penhoras e cessões de crédito, além de realizar os pagamentos com as devidas retenções e recolhimento dos Tributos.

Desta forma, o trabalho dos servidores ganha agilidade, considerando que esta gestão informatizada, implantada desde 2012, por um trabalho realizado pelo Departamento de Precatórios em conjunto com a Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS, agiliza também os recolhimentos dos Tributos, como Imposto de Renda e Contribuições Previdenciárias.

O sistema permite também o pagamento de honorários aos advogados, deixando, ao final, líquido de descontos o valor que será destinado ao autor, que receberá em uma conta bancária, por ele indicada, proporcionando transparência e total legalidade ao procedimento.

De acordo com a juíza Simone Nakamatsu, esta não é a primeira vez que representantes de outros estados vêm a Mato Grosso do Sul conhecer o trabalho na área de precatórios. “Este ano já tivemos a visita do Judiciário do Pará e Curitiba já nos contatou para vir a Campo Grande. Nosso sistema foi criado e desenvolvido pelo TJMS, pela Secretaria de Tecnologia da Informação, elevando o Tribunal, em termos de precatório eletrônico, pela agilidade e facilidade no trabalho tanto para o Departamento de Precatório, quanto para os juízes. Tornamo-nos referencial, pois todos estão buscando e conhecendo o Sapre”.

Do Ceará estão em Campo Grande o juiz auxiliar da Presidência do TJCE, Rômulo Veras Holanda, a diretora de Precatórios, Chrystianne dos Santos Sobral, e os servidores Luana Lima e Marcos Vinícius Rocha.

De Rondônia vieram conhecer o trabalho realizado em MS a diretora de Precatórios do TJRO, Luciana Freire Neves, e os técnicos da área de informática de RO, Reginaldo Gadelha, Paulo Guys e Melke Santos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Centro Integrado de Justiça completa 1 ano de atendimento à população - 08/12/2017

Consolidado no coração de Campo Grande, o Centro Integrado de Justiça (Cijus) completa neste dia 8 de dezembro seu primeiro ano de funcionamento com movimentação vultosa dos juizados e demais serviços que lá funcionam, mostrando que a mudança não apenas abrigou melhor o jurisdicionado e a equipe de trabalho, mas também produziu reflexos muito positivos na produtividade.

"O Cijus tem cumprido com louvor suas atividades ao longo deste ano, com um atendimento satisfatório em todas as varas instaladas no prédio", destaca o juiz diretor dos Juizados Especiais de Campo Grande, Emerson Cafure. O magistrado comenta sobre a acessibilidade conquistada "não só pela localização física e estrutura moderna do prédio, como pelos serviços disponibilizados à população por servidores cada vez mais capacitados, com destaque para os do setor de atermação, que fizeram cursos específicos para atender o público que comparece, muitas vezes, sem advogado".

Segundo o juiz diretor, o objetivo do Cijus para 2018 será melhorar ainda mais o atendimento por meio da disponibilização de novos serviços. "Pretendemos firmar convênios com as empresas mais demandadas, a exemplo do que já é feito no 'Expressinho' com as concessionárias de água, luz e telefone. Algumas empresas de telefonia e bancos já se mostraram sensíveis a essa proposta. Será um ganho significativo para a população, que poderá conseguir a resolução de seu problema sem necessitar do ingresso de uma ação judicial", frisa o juiz.

O panorama geral aponta que foram distribuídas 30.504 novas ações em 2017, proferidas 15.286 decisões interlocutórias e 27.828 processos julgados. No período aconteceram 20.291 audiências nas instalações do Cijus, das quais 7.570 audiências de conciliação. As Turmas Recursais - responsáveis pelos julgamentos dos recursos das decisões dos juizados - ganharam um plenário próprio onde foram realizadas 64 sessões de julgamento. Ao todo, receberam 8.044 novos recursos em 2017 e julgaram 7.059 processos.

Instalada no 2º andar do prédio, longe dos olhos do público, a Secretaria Judiciária de 1º Grau (CPE) é responsável por dar vazão ao andamento processual de diversas frentes e varas da Capital e do interior do Estado. Os números deste ano são gigantescos. Dentre eles destaca-se o total de 3.399.432 movimentações realizadas. A CPE emitiu 1.054.684 documentos diversos.

No Cijus funciona também um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), o qual é responsável pela realização de mediações e conciliações. O setor realizou ao longo do ano 3.856 conciliações cíveis, 4.532 audiências cíveis e criminais, além de 1.155 homologações de acordo.

Outro setor que também funciona no prédio é a Coordenadoria da Infância e da Juventude de MS, sob a coordenação da juíza Katy Braun do Prado. A CIJ teve um ano com diversas ações, como o II Encontro da Justiça Restaurativa, realizado no mês de setembro, e o Seminário sobre o Depoimento Especial em outubro, participando de diversos eventos sobre a infância e juventude pelo país, como a instalação do Fórum Nacional da Infância e da Juventude em Brasília, entre outras tantas atividades desenvolvidas.

Dados de janeiro a outubro do Programa da Justiça Restaurativa Juvenil, um dos programas da CIJ, apontam que foram recebidos 450 processos. No período, foram realizados 1.223 atendimentos restaurativos e 2.385 pessoas atendidas. Já o balanço de janeiro a novembro da Justiça Restaurativa Escolar aponta a realização de 132 círculos de construção de paz, 22 círculos restaurativos e 156 reuniões de sensibilização, atendendo um total de 7.777 alunos, pais e professores entre as 30 escolas atendidas pelo projeto.

O Cijus abriga também o serviço do Expresso do Juizado, que busca a conciliação pré-processual com guichês de atendimento da Energisa, Águas Guariroba e Oi. Ao todo, o Expressinho realizou 3.703 atendimentos, dos quais 2.092 resultaram em acordos evitando, assim, o ajuizamento de uma nova ação. O Centro Integrado de Justiça disponibiliza ainda em seu piso térreo o serviço de cadastramento biométrico do eleitor, que é realizado pelo TRE.

Toda esta máquina de prestação jurisdicional funciona em espaços amplos, arejados, com mobiliário e estrutura moderna a serviço, sobretudo, da população mais carente da Capital. Isto sem mencionar que é no Cijus a sede física da Carreta da Justiça, que percorre as cidades mais longínquas e pequenas do Estado, levando a justiça até o "portão de casa" do morador das regiões onde a população mais tem dificuldades de procurar os serviços judiciais.

A inauguração do Cijus, um ano atrás, mudou não apenas o coração de Campo Grande, mas, em especial, facilitou o acesso da população em situação de maior vulnerabilidade da Capital a buscar de maneira simples o apoio do Judiciário para solucionar seus conflitos. Público este que antes enfrentava poucos horários de transporte público até a antiga sede que funcionava no Itanhangá Park.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal de Justiça e Prefeitura lançam Programa Fique Legal - 11/12/2017



Na manhã desta segunda (11), os auditórios do Centro de Convenções Albano Franco ficaram lotados de contribuintes que desejam quitar seus débitos com a Fazenda Municipal ao participar do programa Fique Legal, uma ação conciliatória que permitirá ao contribuinte quitar dívidas com o município de Campo Grande.

O programa Fique Legal é resultado de uma parceria do Tribunal de Justiça com a Prefeitura e foi lançado essa manhã. Na solenidade de abertura, o Des. Julizar Barbosa Trindade, presidente em exercício do TJMS, fez uma avaliação do programa como uma contribuição para a população.

"Todos atravessamos um momento de crise e as pessoas com menos condição são sempre os mais prejudicados. Com esses descontos ficará mais fácil quitar o débito perante o município e começar uma vida nova, sem restrições legais para 2018. Temos 30 conciliadores e cinco juízes empenhados em atender a população durante toda a semana. Tenho certeza que teremos bons resultados", ponderou o desembargador.

Em sua fala, o prefeito Marquinhos Trad agradeceu a parceria com o TJMS, citou as consequências de se estar inadimplente e apontou que o programa Fique Legal é mais uma oportunidade que a Prefeitura encontrou para fazer justiça social.

"Sabemos das dificuldades e dos transtornos para quem tem uma dívida executada pela justiça, e temos certeza que ninguém deseja não pagar seu débito. Por isso, essa iniciativa oportuniza que essas pessoas tenham condições, em razão dos descontos, de saírem dessa situação", justificou o prefeito.

O programa beneficiará o TJMS, que reduzirá o montante de mais de 140 mil processos que tramitam da Vara de Execução Fiscal Municipal; o Município, que terá um número menor de devedores, e o contribuinte, que terá a oportunidade de quitar dívidas de impostos.

A expectativa do procurador-geral do município Alexandre Ávalo Santana é de que pelo menos 150 mil contribuintes sejam beneficiados com a iniciativa. “Aquele que aderir ao programa e quitar os débitos ajuizados põe fim ao processo de execução fiscal. Além disso, a medida irá reduzir significativamente o passivo de ações na justiça”, observa.

O militar reformado Roberto Miranda foi um dos contribuintes que compareceu ao Albano Franco para negociar dívidas atrasadas de IPTU referentes a casa onde mora com a família. “Vi a propaganda na TV e decidi participar para resolver essa pendência. O povo quer pagar e essa é uma oportunidade de fazer isso”.

Saiba mais – Com a adesão ao programa Fique Legal, o contribuinte poder ser beneficiado com a isenção de 100% de juros, redução das custas e honorários e parcelamento em até cinco vezes. Se o pagamento for à vista, o cidadão sai com a sentença de extinção de seu processo, evitando a remessa do nome para protesto.

O atendimento aos contribuintes será de 11 a 15 de dezembro, das 8 às 18 horas, e para saber se está em débito o cidadão poderá buscar informações pelo telefone 156 ou fazer a consulta no site do TJMS (www.tjms.jus.br), clicando no banner do Fique Legal, que está no topo da página eletrônica do TJ.

O programa tem previsão na Lei Complementar Municipal nº 306, de 19 de outubro de 2017. A ideia surgiu em um programa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que visa reduzir o número de processos em andamento, melhorando a atuação do Judiciário e promovendo a regularização dos débitos ajuizados.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comarca de Rio Negro realiza primeira oitiva com depoimento especial - 12/12/2017

Pela primeira vez a comarca de Rio Negro realizou uma audiência utilizando a técnica do depoimento especial. Coincidentemente, para a juíza substituta Bruna Tafarelo, que assumiu a comarca no início de novembro, também foi a primeira experiência com essa forma de trabalho.

A juíza explicou que durante o curso de formação inicial conheceu as técnicas do depoimento especial e principalmente a importância dele para a proteção da criança vítima de violência e abuso sexual. Assim, ao analisar o processo não teve dúvidas de que era imprescindível a utilização desse tipo de depoimento, em razão de a vítima ter apenas 11 anos e sido abusada pelo padrasto.

Bruna ressaltou a importância de se proteger a vítima e que o sucesso na utilização dessa técnica se deu graças ao empenho dos servidores da comarca e ao apoio que recebeu da Coordenadoria da Infância e da Juventude de MS (CIJ), sob o comando da juíza Katy Braun do Prado.

"Encontrei um respaldo importantíssimo da Coordenadoria e, mesmo sem todos os equipamentos necessários, a oitiva da criança foi muito bem conduzida. Acredito que o dano causado à criança foi muito menor do que seria se a audiência tivesse sido realizada do modo tradicional. Toda a equipe de servidores de Rio Negro se empenhou para que o ato fosse realizado e todos ficaram muito satisfeitos com o resultado", disse a juíza.

A servidora Célia Ruriko, integrante da CIJ na Capital, deslocou-se até Rio Negro para a oitiva e contou que, apesar de não se ter um lugar preparado para realizar o depoimento especial na comarca, a juíza fez todo o possível para adequar o local e, assim, atender a criança de forma apropriada e segura.

Para quem não conhece, o depoimento especial de crianças e adolescentes em casos judiciais foi implantado pelo Tribunal de Justiça de MS, por meio da Coordenadoria da Infância e Juventude em 2014, e permite que vítimas e testemunhas sejam ouvidas de forma diferenciada. E, em abril deste ano, a Lei n° 13.431 implementou a garantia dos direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, regulamentando em âmbito nacional a escuta protegida.

Nesse método, as perguntas são feitas por técnicos capacitados, sendo a entrevista realizada por meio de perguntas que deixam a fala livre da criança e do adolescente, de modo a causa-lhe menos danos psicológicos e melhorar a qualidade na produção da prova.

Evita-se com isso que a criança e o adolescente vítima de abuso, seja sexual ou não, sejam ouvidos de modo do sistema tradicional de Justiça, em que as inquirições são feitas em uma sala de audiência, com um ambiente intimidativo, na presença de diversas pessoas, tais como o juiz, o promotor, o defensor/advogado, o secretário de audiência e, por vezes, o próprio acusado, limitando que a criança e o adolescente expressem os fatos que aconteceram devido ao medo, o que gera, por vezes, a não punição do agressor por falta de provas suficientes.

Entenda o caso – De acordo com a denúncia, entre janeiro e junho deste ano, na cidade de Rio Negro, o acusado abusou sexualmente de sua enteada de 11 anos. Além disso, possuía em sua residência um revólver calibre 32, como munições intactas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Conforme o apurado, o denunciado morava com a vítima, uma vez que era casado com sua mãe e abusava da criança quando a mãe saia para trabalhar ou durante a madrugada, quando ia até o quarto da menor. Para que os crimes não fossem descobertos, ele a ameaçava, afirmando que a mataria bem como sua família, caso ela falasse para alguém sobre isso ou não cedesse aos atos sexuais.

Os fatos foram descobertos pela mãe da vítima porque, ao chegar em casa na hora do almoço, de surpresa, encontrou duas filhas na sala e a vítima na cozinha com o denunciado, com a porta trancada. Ao ahamar a filha, ela demorou a abrir e, quando o fez, estava assustada e com a blusa desabotoada. Neste instante, a mãe notou que o denunciado fugida pela porta dos fundos.

Ao ser questionada pela mãe, a menor confidenciou que vinha sendo abusada pelo padrasto de forma recorrente, sendo que um deles acabara de acontecer. A polícia foi acionada e o denunciado foi preso, com a arma e as munições, as quais foram apreendidas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Em 2017, vice-presidência emite mais de 20 mil alvarás e garante o pagamento de dívidas públicas - 15/12/2017



Com a expedição de 20.398 mil alvarás, totalizando o pagamento de R$ 256.460.127,18, até 11 de dezembro de 2017, a vice-presidência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul se destaca por estar com a tramitação dos procedimentos dos precatórios dentro do prazo.

O que tem garantido bons resultados com eficiência e transparência, nesta administração do Des. Julizar Barbosa Trindade, além do fator humano, é a utilização de sistema que otimiza a fila de pagamento, conforme exigências internas do Tribunal e também do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Assim, a administração torna-se mais célere, eficaz e sem a necessidade de ampliar o quadro de servidores.

Para o Des. Julizar Barbosa Trindade alguns pontos foram fundamentais para o incremento na cronologia de pagamentos, observando-se os casos prioritários, garantidos por lei. “Ao assumirmos, notamos que o espaço destinado aos trabalhos para análise e pagamento dos precatórios era muito acanhado, dificultando sobremaneira o aumento do número de servidores. Com apoio do nosso Presidente, Des. Divoncir Schreiner Maran, o espaço foi aumentado e acrescido o número de servidores. Também foi implementada a validação automática de CPF por nome dos credores e o alvará eletrônico, fatores que contribuíram para o aumento nos pagamentos que hoje pode-se dizer, estão em dia”, afirma o Desembargador.

A gestão dos precatórios conta com a juíza auxiliar Simone Nakamatsu, que, entre outras coisas, lembra que o número alcançado este ano se deve a muito trabalho e transparência, o que diminuiu drasticamente a necessidade de credores e devedores em diligências à vice-presidência. “O nosso sistema de tramitação de precatórios e Requisições de Pequeno Valor é informatizado desde o 1º grau, facilitando o acompanhamento pelas partes e advogados. Hoje, com as inovações do Sistema de gerenciamento de precatório (Sapre), incluindo o alvará eletrônico, agilizamos o pagamento aos credores, que, em muitos casos, estão há anos esperando por esses precatórios”, explica.

Saiba mais - O Precatório é um título que reconhece judicialmente uma dívida que o ente público (União, Estado, Município etc.) têm com o autor da ação, seja ele pessoa física ou jurídica. Ele pode ser orçamentário, para casos de grandes quantias, ou na forma de Requisições de Pequeno Valor (ROPV), aquelas inferiores à 60 salários-mínimos.

O título é expedido pelo Presidente do Tribunal de Justiça ao chefe do Poder Executivo responsável pelo pagamento (Governador e Prefeitos), mediante requisição feita pelo Juiz de Direito. No Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, conforme Regimento Interno, o recebimento e o processamento dos precatórios são tradicionalmente delegados à Vice-Presidência.

Modernização - O Sistema de Administração de Precatórios (Sapre) criado e implantado no TJMS é um sistema didático e de fácil manuseio, permitindo celeridade na prestação jurisdicional e na liquidação dos Precatórios e ROPV. Por meio da ferramenta é possível encaminhar eletronicamente o ofício precatório, identificar e separar automaticamente as requisições em ROPV e orçamentário, ordenar cronologicamente os precatórios para pagamento, registrar todas as ocorrências tais como amortizações, penhoras e cessões de crédito, além de realizar os pagamentos com as devidas retenções e recolhimento dos Tributos.

Desta forma o trabalho dos servidores ganha agilidade, considerando que esta gestão informatizada, implantada desde 2012, por um trabalho realizado pelo Departamento de Precatórios em conjunto com a Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS, são agilizados também os recolhimentos dos tributos, como imposto de renda e contribuições previdenciárias. O sistema permite também o pagamento de honorários aos advogados, deixando, ao final, líquido de descontos o valor que será destinado ao autor, que receberá em uma conta bancária, por ele indicada, proporcionando transparência e total legalidade ao procedimento.

Site do Precatório: O Poder Judiciário possui uma página na internet dedicada aos Precatórios e ROPV, por meio do link http://www.tjms.jus.br/precatorios/index.php. No site é possível consultar diversas informações como jurisprudência, legislações, notícias relacionadas ao tema dos precatórios, além do menu de perguntas frequentes, possibilitando ao usuário da página sanar as principais dúvidas.

Também é possível acessar os campos destinados aos beneficiários e aos devedores, com links para pesquisar o ranking de precatórios, dados bancários e o NIT para recebimento, consulta ao comprovante de imposto de renda, emissão da guia de depósito judicial, consulta do saldo devedor e relação dos pagamentos realizados de precatórios.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mais de dois mil contribuintes extinguem processos no Fique Legal - 19/12/2017



Em sete dias de atendimento, o programa Fique Legal conseguiu celebrar 2.539 acordos e 7.745 pessoas foram atendidas. A ação realizada em uma parceria entre o Tribunal de Justiça e a Prefeitura Municipal, com apoio da Fiems, demonstrou ser eficiente para os propósitos que objetivavam reduzir o número de processos da Vara de Execução Fiscal Municipal.

O Corregedor-Geral de Justiça, Des. Romero Osme Dias Lopes, acredita que, diante dos bons resultados, o programa deve continuar no próximo ano. Tudo começou com uma visita do Prefeito de Campo Grande, Marcos Marcello Trad, que juntamente com o Procurador Municipal Alexandre Ávalo, foram com o Corregedor até o Presidente do TJMS, Des. Divoncir Shreiner Maran, e expuseram as razões pelas quais se necessitava de uma ação conjunta.

"O Tribunal de Justiça se prontificou e, considerando que existia determinação da Corregedoria Nacional de Justiça com essa orientação, a ação foi muito bem realizada e o resultado está aí", comentou o Des. Romero.

O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), Coordenado pelos desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence (Mediação) e Vladimir Abreu da Silva (Conciliação), foi acionado e todos os detalhes foram fechados.

A ação foi realizada no Centro de Convenções Albano Franco, entre os dias 11 e 19 de dezembro, com a participação de 30 conciliadores, que estiveram de plantão das 8 às 18 horas para atender a demanda.

Na solenidade de abertura, no dia 11 de dezembro, o Des. Julizar Barbosa Trindade, presidente em exercício do TJMS, fez uma avaliação do programa como uma contribuição para a população.

"Todos atravessamos um momento de crise e as pessoas com menos condição são sempre os mais prejudicados. Com esses descontos ficará mais fácil quitar o débito perante o município e começar uma vida nova, sem restrições legais para 2018. Temos 30 conciliadores e cinco juízes empenhados em atender a população durante toda a semana. Tenho certeza que teremos bons resultados", ponderou.

Pelo menos oito mil pessoas foram até o Albano Franco, segundo dados da prefeitura de Campo Grande. A ação de negociação de dívidas previa descontos de até 100% em juros e mora, no caso de pagamento à vista, e também parcelamento em até 18 parcelas.

A ideia surgiu como uma proposta do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para reduzir o número de processos em andamento, melhorando a atuação do Judiciário e promovendo a regularização dos débitos ajuizados, já que as ações de execução fiscal representam um número enorme do conjunto de processos em tramitação no Poder Judiciário de MS.

A professora Elza e o caminhoneiro Luiz receberam a carta-convite da prefeitura de Campo Grande e foram quitar uma dívida de IPTU. Mesmo divorciados, eles aproveitaram a iniciativa para saldar um débito de mais de R$ 10 mil, que vão parcelar em 18 vezes. Com o acordo, conseguiram um bom desconto nas multas, juros e custas processuais.

"Desde 2009 eu não pagava o IPTU porque tive um problema de saúde, e minha dívida já ultrapassava os R$ 10 mil. Foi uma ótima oportunidade de resolver minha situação, porque nos separamos e queremos colocar as dívidas em dia para poder passar o imóvel para nossa filha. Às vezes, por um motivo ou outro, deixamos de cumprir com nossas obrigações", disse Elza.

O servidor público Leonardo Lima recebeu o convite por carta e fez questão de aproveitar a oportunidade de quitar a dívida de IPTU. "Eu tinha dívidas muito antigas e fiquei sabendo que haveria bons descontos, tanto que ficou metade do valor com multa e juros, mesmo quitando parcelado. Optei pelo parcelamento para realmente conseguir pagar certinho, mesmo porque tem o IPTU do próximo ano. Não adianta as pessoas reclamarem que o poder público não arruma as ruas, não limpa a cidade se estão inadimplentes com seus impostos", ressaltou Leonardo.

No programa Fique Legal, o contribuinte foi até o Centro de Convenções Albano Franco e, primeiro, passava por uma consulta com servidores da prefeitura de Campo Grande, que mostravam o total de débitos e passavam uma proposta de acordo de quitação, levanto em consideração se o pagamento seria à vista (com 100% de desconto) ou, ainda, parcelado em até 18 vezes, com descontos, também.

Com o acordo aceito e o boleto pago, o cidadão ia até os conciliadores do Tribunal de Justiça, que lavravam o termo de quitação de dívida e, então, um juiz homologava o acordo que extinguia a ação judicial.

Pelo menos 30 conciliadores do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) atuaram durante os sete dias conciliações e os juízes Alessandro Carlo Meliso Rodrigues, Mariel Cavalin dos Santos, Djailson de Souza, Joseliza Alessandra Vanzela Turine e Emerson Cafure também ficaram à disposição para homologação dos acordos.

Emerson Cafure ressaltou que a iniciativa foi muito positiva, pois deu resolução a mais de dois mil processos de executivos fiscais e apenas sete dias de trabalho do Programa Fique Legal.

"Este é um número bastante considerável, principalmente porque os demoram muito tempo para terem todos os trâmites até julgamento, por problemas de localização da parte para citação, entre outras questões", disse o magistrado.

O Procurador-Chefe de execução fiscal do Município de Campo Grande, Denir de Souza Nantes, disse que os benefícios não são apenas para a prefeitura. "Este programa foi concebido justamente para que nós diminuíssemos os estoques de ações de cobrança na justiça. Com isso, ganha o contribuinte, que tem seu processo extinto; ganha a prefeitura, que diminuiu a carga de trabalho e o próprio Judiciário, que vê os processos diminuindo e, assim, cumprindo as recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)", diz.



Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário divulga calendário da Carreta da Justiça em 2018 - 19/12/2017



O ano de 2017 ainda não terminou e o Poder Judiciário de MS já disponibilizou o calendário de viagens do primeiro semestre da Carreta da Justiça em 2018.

A unidade móvel tem jurisdição em todo o Estado e competência para apreciar e julgar todas as ações de natureza cível, criminal e juizados especiais distribuídas durante suas jornadas, assim como atuar em mutirões processuais, além de processos do Tribunal do Júri.

Assim, as atividades do próximo ano recomeçam em Ladário de 22 a 26 de janeiro. A seguir será a vez de Bodoquena, de 29 de janeiro a 2 de fevereiro, e Guia Lopes da Laguna, de 5 a 9 de fevereiro.

A comarca de Caracol receberá a Carreta de 26 de fevereiro a 2 de março, e de 5 a 9 de março será a vez de Antônio João, seguido de Aral Moreira, de 12 a 16 de março. Em abril, terão os atendimentos da unidade móvel Coronel Sapucaia (02 a 06/04), Paranhos (09 a 13/04) e Tacuru (16 a 20/04).

Em maio, a Carreta da Justiça atenderá os munícipes de Rochedo (7 a 11/05), Corguinho (14 a 18/05) e Paraíso das Águas (28 a 30/05). E para finalizar os atendimentos nos primeiros seis meses, teremos Jaraguari (4 a 08/06), Alcinópolis (18 a 22/06) e Figueirão (25 a 29/06).

A carreta tem a estrutura de um pequeno fórum, com gabinete para o juiz, salas para Defensoria Pública e Ministério Público, recepção, espaço para advogado, além de copa e banheiros. O sucesso da iniciativa inédita no país é tão grande que foi necessário montar um roteiro de atendimento para 2017 e 2018.

Desde agosto de 2016, com o lançamento do programa “Judiciário em Movimento”, que tornou 100% dos municípios de MS sedes de comarcas, a população sul-mato-grossense vive uma nova realidade quanto ao poder Judiciário.

Com isso, os municípios de Alcinópolis, Antônio João, Aral Moreira, Bodoquena, Caracol, Corguinho, Coronel Sapucaia, Douradina, Figueirão, Guia Lopes da Laguna, Japorã, Jaraguari, Jateí, Juti, Ladário, Laguna Carapã, Novo Horizonte do Sul, Paraíso das Águas, Paranhos, Rochedo, Santa Rita do Rio Pardo, Selvíria, Tacuru, Taquarussu e Vicentina estão sendo atendidos pela Carreta da Justiça.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Alexandre Bastos

Apelação nº 0002497-95.2010.8.12.0011 021

Apelação nº 0800440-34.2013.8.12.0054 026

Apelação nº 0842672-21.2016.8.12.0001 030

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação nº 0800089-57.2012.8.12.0002 034

Apelação nº 0802610-15.2016.8.12.0008 041

Remessa Necessária nº 0808396-58.2016.8.12.0002 045

Carlos Eduardo Contar

Habeas Data nº 1408559-58.2017.8.12.0000 048

Claudionor Miguel Abss Duarte

Agravo de Instrumento nº 2000902-16.2017.8.12.0000 066

Apelação nº 0829553-95.2013.8.12.0001 053

Apelação nº 0807223-02.2016.8.12.0001 059

Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0008479-54.2009.8.12.0002 072

Apelação nº 0827088-79.2014.8.12.0001 084

Conflito de Competência nº 1601370-45.2017.8.12.0000 088

Eduardo Machado Rocha

Apelação nº 0800658-13.2013.8.12.0038 094

Apelação nº 0801871-55.2015.8.12.0015 099

Apelação nº 0803371-64.2016.8.12.0002 104

Fernando Mauro Moreira Marinho

Ação Rescisória nº 1407459-05.2016.8.12.0000 120

Apelação nº 0805106-38.2016.8.12.0001 114

Mandado de Segurança nº 1403246-19.2017.8.12.0000 130

João Maria Lós

Apelação nº 0803573-52.2014.8.12.0021 136
Apelação nº 0804985-78.2014.8.12.0001 141
Apelação nº 0800691-40.2015.8.12.0003 146

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação nº 0828670-51.2013.8.12.0001 151
Apelação nº 0801554-15.2014.8.12.0008 154
Apelação nº 0831839-12.2014.8.12.0001 160

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Agravo de instrumento nº 1410018-95.2017.8.12.0000 181
Apelação nº 0830733-49.2013.8.12.0001 163
Apelação nº 0804078-48.2015.8.12.0008 169
Apelação nº 0833889-74.2015.8.12.0001 177

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0003727-13.2007.8.12.0001 186
Apelação nº 0039880-06.2011.8.12.0001 192
Apelação nº 0801535-33.2015.8.12.0021 197

Marco André Nogueira Hanson

Agravo de Instrumento nº 1401340-91.2017.8.12.0000 217
Apelação nº 0801563-95.2016.8.12.0043 205
Apelação nº 0801587-34.2016.8.12.0008 211

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0803459-21.2015.8.12.0008 226
Apelação nº 0800644-26.2016.8.12.0005 233
Apelação nº 0808734-35.2016.8.12.0001 237

Nélio Stábile

Agravo de Instrumento nº 1409671-62.2017.8.12.0000 259
Apelação nº 0801496-11.2012.8.12.0031 243
Apelação nº 0802590-24.2016.8.12.0008 252

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação nº 0800556-04.2012.8.12.0045 263
Apelação nº 0830203-40.2016.8.12.0001 281
Apelação nº 0801156-36.2017.8.12.0017 290

Paulo Alberto de Oliveira

Agravo de Instrumento nº 1402382-78.2017.8.12.0000 308
Apelação nº 0054928-05.2011.8.12.0001 296
Apelação nº 0817463-16.2017.8.12.0001 301

Sérgio Fernandes Martins

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2000032-05.2016.8.12.0000..... 313
Apelação nº 8000228-92.2016.8.12.0800 319
Mandado de Segurança nº 0821140-54.2017.8.12.0001 327

Sideni Soncini Pimentel

Apelação nº 0801419-19.2013.8.12.0014 333
Apelação nº 0829733-77.2014.8.12.0001 337
Apelação nº 0804711-43.2016.8.12.0002 347

Tânia Garcia de Freitas Borges

Ação Rescisória nº 1400306-81.2017.8.12.0000 360
Agravo de Instrumento nº 1409759-03.2017.8.12.0000 373
Apelação nº 0809758-66.2014.8.12.0002 354

Vilson Bertelli

Agravo de Instrumento nº 1410183-45.2017.8.12.0000 400
Apelação nº 0011568-54.2010.8.12.0001 378
Exceção de Suspeição nº 1603916-73.2017.8.12.0000..... 407

Vladimir Abreu da Silva

Apelação nº 0807658-81.2014.8.12.0021 410
Apelação nº 0836453-60.2014.8.12.0001 418
Apelação nº 0801661-59.2015.8.12.0029 422
Apelação nº 0805905-55.2015.8.12.0021 428

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação nº 0000588-98.2014.8.12.0036 443

Apelação nº 0052814-93.2011.8.12.0001 437

Dorival Moreira dos Santos

Agravo de Execução Penal nº 0011902-41.2017.8.12.0002 458

Apelação nº 000103-35.2016.8.12.0002 448

Desaforamento de Julgamento nº1410619-04.2017.8.12.0000 461

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação nº 0003762-30.2013.8.12.0011 468

Agravo de Execução Penal nº 0005320-28.2017.8.12.0001 478

Habeas Corpus nº 1410801-87.2017.8.12.0000 482

Geraldo de Almeida Santiago

Apelação nº 0002647-03.2015.8.12.0011 496

Conflito de Jurisdição nº 0200078-48.2010.8.12.0002 492

Habeas Corpus nº 1411870-57.2017.8.12.0000 499

Jairo Roberto de Quadros

Agravo de Execução Penal nº 0036752-65.2017.8.12.0001 510

Apelação nº 0001614-49.2013.8.12.0010 504

Habeas Corpus nº 1412117-38.2017.8.12.0000 515

José Ale Ahmad Netto

Agravo de Execução Penal nº 0009780-55.2017.8.12.0002 528

Apelação nº 0001631-42.2011.8.12.0047 519

Habeas Corpus nº 1411027-92.2017.8.12.00000 532

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação nº 0046759-92.2012.8.12.0001 537

Conflito de Jurisdição nº 1601048-25.2017.8.12.0000 549

Habeas Corpus nº 1412122-60.2017.8.12.0000 545

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação nº 0061106-67.2011.8.12.0001 553
Apelação nº 0003783-82.2013.8.12.0018 559
Recurso em Sentido Estrito nº 0003192-82.2016.8.12.0029 568

Manoel Mendes Carli

Apelação nº 0062704-27.2009.8.12.0001 576
Apelação nº 0001506-35.2013.8.12.0005 591
Apelação nº 0002248-19.2016.8.12.0017 598

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação nº 0001181-72.2013.8.12.0001 604
Apelação nº 0000218-37.2014.8.12.0031 621
Recurso em Sentido Estrito nº 0000606-38.2016.8.12.0008 629

Paschoal Carmello Leandro

Conflito de Jurisdição nº 1601289-96.2017.8.12.0000 651
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0062127-44.2012.8.12.0001/50000 642
Habeas Corpus nº 1410398-21.2017.8.12.0000 647

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação nº 0006839-82.2010.8.12.0001 656
Habeas Corpus nº 1410307-28.2017.8.12.0000 664
Recurso em Sentido Estrito nº 0021999-40.2016.8.12.0001 659

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Procedimento administrativo. Policial militar ambiental. Análise processual. Regular análise de mérito. Autonomia da esfera administrativa. Exame da legalidade. Repercussão da sentença penal. (0807658-81.2014.8.12.0021) 410

Ação civil pública

Atendimento odontológico. Urgência e emergência. Pronto socorro municipal. Interrupção do atendimento. Restabelecimento do serviço. (0803459-21.2015.8.12.0008).....226

Controle biométrico. Unidades municipais de saúde. Assiduidade. Pontualidade. Servidores vinculados ao SUS. Autonomia do Município. (0801661-59.2015.8.12.0029).....422

Controle de frequência. Servidores médicos e odontólogos. Sistema de aferição de faltas. Responsabilização dos funcionários. (0805905-55.2015.8.12.0021) 428

Enriquecimento ilícito. Princípios da administração pública. Elemento subjetivo. Emprego efetivo das diárias. Interesse do legislativo municipal. (0803573-52.2014.8.12.0021) 136

Improbidade administrativa. Apresentação de documentação para posse. Falsa declaração de conclusão de ensino médio. Enriquecimento ilícito. (0800658-13.2013.8.12.0038) 094

Improbidade administrativa. Aumento de subsídio. Prefeito e vice. Vereadores. Secretários municipais. Lei de responsabilidade fiscal. Nulidade de ato. Dano ao erário. (0800556-04.2012.8.12.0045) 263

Improbidade administrativa. Deputado estadual e vereador que danificam ciclofaixa. Dolo genérico evidenciado. Exclusão do espólio. (0008479-54.2009.8.12.0002).....072

Improbidade administrativa. Nepotismo. Nomeação de sogro de outro vereador. Compensação recíproca. Desvio de função aquilatado. (0801535-33.2015.8.12.0021).....197

Improbidade administrativa. Ressarcimento ao erário. Inicial recebida. Defeitos da peça inaugural não detectíveis *prima facie*. (1410018-95.2017.8.12.0000) 181

Ação coletiva

Direito do consumidor. Dever de informação preservado. Embalagens de produtos alimentícios. Glúten. Preservação dos interesses dos portadores de doença celíaca. (0807223-02.2016.8.12.0001) 059

Direito do consumidor. Dever de informação preservado. Embalagens de produtos alimentícios. Glúten. Preservação dos interesses dos portadores de doença celíaca. (0805106-38.2016.8.12.0001) 114

Ação cominatória

Danos causados pelo imóvel do vizinho. Pedido de permissão para entrada em imóvel. Reparos necessários. Dano moral. (0828670-51.2013.8.12.0001).....151

Ação constitutivo-condenatória

Serviço pública. Falta não informada. Falta por motivos de doença. Descontos por faltas injustificadas.

Licença para tratamento de saúde. Processo administrativo. Princípios administrativos. (0804078-48.2015.8.12.0008) 169

Ação de busca e apreensão

Extinção sem resolução do mérito. Réu falecido antes da propositura da ação. Dever de facultar ao autor. Regularização do polo passivo (0842672-21.2016.8.12.0001).....030

Ação declaratória

Inexistência de relação jurídica. ICMS. Cobrança sobre demanda contratada não utilizada. Tutela provisória. Princípio da unidade da empresa. Princípio do juiz natural. (2000902-16.2017.8.12.0000).....066

Ação de exclusão e redução de valores

Serviço de água. Vazamentos no interior do imóvel. Responsabilidade do consumidor. Pedido de cancelamento feito por terceiro estranho à relação. Concessionária de serviço público. (0801587-34.2016.8.12.0008) 211

Ação de imissão na posse

Permissão para uso do imóvel. Prazo indeterminado. Fornecimento de água potável. Perfuração de poço artesiano. Comodato verbal. Usucapião. (0801496-11.2012.8.12.0031).....243

Ação de indenização por danos materiais e danos morais

Acidente de transito em rodovia. Ausência de habilitação do condutor. Colisão na traseira de veículo. Culpa do condutor. Criança conduzida de forma inapropriada em trator. Omissão dos pais. Dever de guarda e vigilância. (0011568-54.2010.8.12.0001) 378

Emissão de boleto. Site da empresa vendedora. Informações errôneas. Responsabilidade às instituições financeiras. (0831839-12.2014.8.12.0001) 160

Morte de recém-nascido após parto. Responsabilidade objetiva. Nexo causal. Conduta negligente. (0002497-95.2010.8.12.0011) 021

Veiculação de imagem em matéria jornalística sem consentimento ou autorização. Canal de televisão aberta. Artigo 186 do Código Civil. Indenização por danos morais. (0803371-64.2016.8.12.0002) 104

Ação de indenização por danos morais

Abandono afetivo. Pretensão de cunho econômico. Lapso temporal. Prazo de 03 anos da vigência do Código Civil de 2002. Art. 206, § 3.º do Código Civil. (0800644-26.2016.8.12.0005).....233

Abuso do direito de ação. Falta de interesse processual. Extinção do processo sem resolução do mérito. (0817463-16.2017.8.12.0001).....301

Acesso à sala de audiência do Fórum. Cadeira de rodas com dimensões especiais. Conduta ilícita. Normas da ABNT. (0804711-43.2016.8.12.0002).....347

Criação de perfil falso em rede social. Publicação de fotos íntimas. Responsabilidade de monitoramento. Empresa prestadora de serviços. Artigo 19 da Lei 12.965 de 2014. (0829733-77.2014.8.12.0001).....337

Empresa de modelos. Veiculação de fotos sem autorização. Ausência de contrato entre as partes. Dano moral. (0830733-49.2013.8.12.0001) 163

Evento popular. Feira central. Inadequação de local reservado para portadores de necessidades especiais.

Adversidade específica. Dano moral. (0827088-79.2014.8.12.0001).....084

Impedimento de uso do provador feminino. Violação à dignidade da pessoa humana. Direito da personalidade. Dano moral. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade. (0800089-57.2012.8.12.0002).....034

Instauração de procedimento administrativo. Exercício regular de direito. Responsabilidade civil. (0833889-74.2015.8.12.0001) 177

Publicação de anúncio de conteúdo adulto em jornal. Divulgação de número particular. Titularidade da linha telefônica. Violação ao direito à imagem. (0830203-40.2016.8.12.0001).....281

Queda em escadaria. Piso solto. Responsabilidade objetiva. Conduta lesiva. Nexo causa. Teoria do ônus da prova. (0829553-95.2013.8.12.0001) 053

Veiculação de matéria jornalística. Conflito entre liberdade de imprensa e inviolabilidade da intimidade da vida privada. Inviolabilidade da honra. Inviolabilidade da imagem das pessoas. Noticiado fato verídico. Exercício regular do direito de informação. (0836453-60.2014.8.12.0001) 418

Ação de manutenção de posse

Redistribuição do ônus da prova. Imposição ao réu. Impossível produção de prova sem anuência da parte adversa. Princípio da isonomia. Princípio do devido processo legal. (1402382-78.2017.8.12.0000).....308

Ação de obrigação de fazer

Cirurgia ortopédica. Espera por anos na fila do SUS. Obrigação dos entes federativos. Obrigação solidária. Rede pública de saúde. (0802610-15.2016.8.12.0008).....041

Contrato junto ao FIES. Matrícula em curso universitário. Tutela de urgência. Falta de aditamento. Desídia do aluno. Negligência da universidade. (1409671-62.2017.8.12.0000) 259

Professor em sala de aula. Acompanhamento especializado. Rede pública de ensino. Direito à educação. Aluno portador de déficit de atenção. (0800691-40.2015.8.12.0003) 146

Violação ao princípio da dialeticidade. Nome de placa. Homenagem em viaduto. Lei municipal. Desídia na recolocação. Responsabilidade objetiva. (0808734-35.2016.8.12.0001) 237

Ação de recuperação judicial

Período de blindagem da recuperanda. *Stay period*. Princípio da segurança jurídica. Prazo de natureza processual. (1409759-03.2017.8.12.0000).....373

Ação de registro tardio

Comprovação de origem e descendência. Teoria do ônus da prova. Retorno de ofícios negativos. Registro sob pena de duplicidade. (0800440-34.2013.8.12.0054) 026

Ação de restituição de valores

Compra e venda de cavalo. Negócio realizado entre particulares. Código de defesa do consumidor. Infertilidade do animal. Vício redibitório. (0801871-55.2015.8.12.0015) 099

Ação de revisão de benefício previdenciário

Pensão por morte. Promoção *post mortem*. Revisão do valor do benefício. Pensão no valor da nova graduação. Policial falecido. (0039880-06.2011.8.12.0001) 192

Ação direta de inconstitucionalidade

Criação de cargos para provimento em comissão. Descrição das atribuições correspondentes. Princípios constitucionais violados. (2000032-05.2016.8.12.0000) 313

Ação rescisória

Remuneração de servidor público. Agente tributário estadual. Horas extras. Adicional noturno. Cargos que trabalham em escala. (1400306-81.2017.8.12.0000) 360

Prova emprestada. Laudo pericial. Intimação das partes para manifestação. Erro de fato. Ponto controvertido. (1407459-05.2016.8.12.00000).....120

Acidente de trânsito

Ação de indenização por danos materiais e morais. Lucro cessante. Dano estético. Comprovação de tratamento médico. (0003727-13.2007.8.12.0001).....186

Agravo de instrumento

Fertilização *in* vitro. Ausência de cobertura do plano de saúde. Regulamento interno. Direito ao planejamento familiar. Interpretação sistemática da constituição. (1410183-45.2017.8.12.0000) 400

Conflito de competência

Ação civil pública. Direito à saúde e educação. Portadores de síndrome de *down*. Direitos não restritos aos menores de dezoito anos. Vara da infância, juventude e do idoso. Vara de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. (1601370-45.2017.8.12.0000).....088

Consignação em pagamento

ISSQN. Atendimentos médicos prestados. Empresa sediada em município diverso. Competência tributária. Local da efetiva prestação do serviço. Entendimento Superior Tribunal de Justiça. (0809758-66.2014.8.12.0002) 354

Direito do Consumidor

Ação civil pública. Venda de animais doentes. Ilegitimidade Ativa. Ministério Público. Interesse individual homogêneo. (0801554-15.2014.8.12.0008).....154

Embargos à execução

Princípio da razoável duração do processo. Extinção da pretensão executiva. Prescrição intercorrente. (0054928-05.2011.8.12.0001).....296

Estatuto do idoso

Ação civil pública. Abrigamento de pessoa idosa. Direito constitucional do idoso. Auxílio assistencial. Utilização de porcentagem do valor do benefício assistencial da idosa. (0802590-24.2016.8.12.0008) ..252

Exceção de suspeição

Parcialidade magistrado. Pronunciamento público. Hipóteses do art. 145 do Código de Processo Civil. (1603916-73.2017.8.12.0000).....407

Fornecimento de energia elétrica

Ação declaratória de inexistência. Pagamento da fatura por meio de internet. Divergência no código de barras do boleto. Falha na prestação de serviço não imputável ao consumidor. Dano moral *in re ipsa*. (0804985-78.2014.8.12.0001).....141

Habeas data

Concurso público para ingresso na Magistratura. Publicidade das gravações da prova oral. Disponibilização do laudo psicotécnico. Ausência de previsão normativa. Investigação social e sindicância da vida pregressa. (1408559-58.2017.8.12.0000).....048

Mandado de segurança

Ato administrativo. Exclusão de programa social de moradia. Inadequação da via eleita. Convencimento do magistrado. Intimação da parte adversa. Artigo 437 do Novo Código de Processo Civil. (0801563-95.2016.8.12.0043) 205

Ato judicial proferido pela Turma Recursal Mista do Juizado Especial de Mato Grosso do Sul. Incompetência do Tribunal de Justiça. Súmula 376 do Superior Tribunal de Justiça. (1403246-19.2017.8.12.0000) 130

Concurso público. Cargo de motorista. Candidato aprovado na fase escrita. Existência de ação penal. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Edital. (0808396-58.2016.8.12.0002) 045

Concurso público. Isenção da taxa de inscrição. Candidata doadora de medula óssea. Lei estadual n.º 4.287 de 2016. Requisitos legais. Requisitos editalícios. (0821140-54.2017.8.12.0001) 327

Continuidade da concessão de pensão por morte. Filho falecido cursando ensino superior, direito social fundamental. Aplicação analógica da Lei Federal n.º 9.250/95. (0801156-36.2017.8.12.0017).....290

Mandado de segurança coletivo. Resolução n.º 11 de 2016. Secretaria Municipal de Três Lagoas. Princípio da eficiência. Princípio das informações. Ponto eletrônico. (8000228-92.2016.8.12.0800) 319

Responsabilidade Civil do Estado

Omissão estatal. Carnaval de rua. Demonstração de policiamento adequado. Prevenção de todo e qualquer crime. Princípio da reserva do possível. (0801419-19.2013.8.12.0014) 333

Seguro obrigatório DPVAT

Ato judicial recorrível com agravo de instrumento. Prescrição. Artigo 1.015 do Novo Código de Processo Civil. (1401340-91.2017.8.12.0000).....217

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em execução penal

Revogação da permissão. Reeducando para frequência em estudo acadêmico. Regime semiaberto. Saída temporária. (0009780-55.2017.8.12.0002) 528

Transferência do reeducando. Vínculo familiar locar da condenação. Oferta de emprego. Ausência de estabelecimento prisional para presos em regime semiaberto. (0036752-65.2017.8.12.0001) 510

Transferência para outra comarca. Proximidade de familiares. Art. 103 da Lei de Execuções Penais. Direito de caráter não absoluto. Interesse da Administração Pública. Resguardo da segurança e disciplina carcerária. (0005320-28.2017.8.12.0001).....478

Apelação criminal

Venda de Clembuteral. Farmácia de manipulação. Nulidade processual. Artigo 278 do Código Peenal. (0062704-27.2009.8.12.0001).....576

Conflito de jurisdição

Declaração de suspeição. Juiz substituto. Matéria decidia pelo presidente do Tribunal de Justiça. Lei 1.511 de 1994. Conselho Superior da Magistratura. (0200078-48.2010.8.12.0002).....492

Inquérito policial. Abuso de autoridade. Declinação de competência. Crime de tortura. Competência do Juizado Especial Criminal. (1601289-96.2017.8.12.0000).....651

Conflito negativo de competência

Inexistência de denúncia. Divergência entre promotores de justiça. Conflito de atribuições e não de jurisdição. Aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. (1601048-25.2017.8.12.0000)549

Crime de trânsito

Código de trânsito brasileiro – CTB. Capacidade psicomotora reduzida. Influência de álcool. Ingestão de remédios controlados. Droga antiepilética. Estabilizador de humor. Princípio *in dubio pro reo*. (0002248-19.2016.8.12.0017) 598

Desacato

Controle de convencionalidade. Crime de resistência. Crime de desacato. Continuidade delitiva. Concurso material. (0001506-35.2013.8.12.0005) 591

Desacato. Desobediência. Perturbação do sossego. Tipicidade. Bem jurídico infringido. Número de vítimas. Princípio da consunção. (0000588-98.2014.8.12.0036) 443

Desaforamento de julgamento

Ministério Público Estadual. Medida excepcional. Dúvida em relação à imparcialidade dos jurados. Periculosidade do acusado evidenciada. (1410619-04.2017.8.12.0000) 461

Direito de Visita

Agravo de execução penal. Visitante processada por tráfico de drogas. Associação criminosa. Ausência de óbice legal. (0011902-41.2017.8.12.0002) 458

Palavra da vítima contrariada. Testemunhos judiciais. Falha na instrução. Princípio *in dubio pro reo*. (0046759-92.2012.8.12.0001).....537

Relativização da vulnerabilidade. Consentimento da menor. Relacionamento amoroso, namoro consentido pelos pais da vítima. (0001614-49.2013.8.12.0010).....504

Furto

Absolvição. Desclassificação. Apropriação de coisa havida por erro. Reincidência. (0061106-67.2011.8.12.0001) 553

Furto de água. Denúncia rejeitada. Laudo pericial. Inobservância das formalidades prevista no Código de Processo Penal. (0021999-40.2016.8.12.0001) 659

Furto qualificado. Utilização de inquéritos e ações penais em andamento. Maus antecedentes. Inaptidão. Substituição da pena. (0062127-44.2012.8.12.0001/50000) 642

Furto simples. Pedido de absolvição. Autoria e materialidade. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância. Reincidência. Reprovação e prevenção do crime praticado. (0003783-82.2013.8.12.0018) 559

Habeas corpus

Agentes prisionais. Afastamento das funções públicas. Tortura perpetrada contra preso. Potencial ofensa. Coação na liberdade de locomoção dos pacientes. Condições pessoais dos coactos. (1411027-92.2017.8.12.0000) 532

Algemas. Desrespeito à súmula vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal. Não impugnação durante a realização do ato. (1412117-38.2017.8.12.0000).....515

Paciente preso em local diverso da tramitação da ação de execução penal. Pedido de transferência. Adequação de regime. Competência do juízo da prisão administrativa. (1410398-21.2017.8.12.0000) 647

Roubo triplamente majorado. Emprego de arma de fogo. Vítima menor de idade. Concurso de agentes. Corrupção de menores. Concurso formal. (1410801-87.2017.8.12.0000) 482

Tentativa de homicídio. Reiteração do mesmo crime contra mesma vítima. Prisão cautelar. *Periculum libertatis*. (1411870-57.2017.8.12.0000) 499

Homicídio

Homicídio culposo. Artigo 302 da Lei 9.503 de 1997. Princípio da confiança legítima. Sentença absolutória. (0006839-82.2010.8.12.0001).....656

Homicídio doloso. Recurso em sentido estrito. Omissão de socorro. Fuga do local do acidente. Desclassificação para homicídio culposo. Crime de trânsito. Competência Tribunal do Júri. Conselho de sentença. (0003192-82.2016.8.12.0029).....568

Homicídio qualificado. Qualificadora reconhecida pelo júri. Exasperação da pena base. Órfãos. (0000218-37.2014.8.12.0031) 621

Homicídio qualificado. Pedido de anulação do julgamento. Impedimento de um jurado. Publicação prévia da lista de jurados. Soberania do veredicto popular. (0001181-72.2013.8.12.0001).....604

Homicídio qualificado. Recurso em sentido estrito. Bebe com hidrocefalia. Morte prematura. Retirada da criança do hospital contra indicação médica. (0000606-38.2016.8.12.0008) 629

Homicídio simples. Coleta forçada de material biológico. Técnica indolor. Princípio *nemo tenetur se detegere*. (1412122-60.2017.8.12.0000).....545

Recurso ministerial. Art. 140, § 3;º do Código Penal. Elemento subjetivo do *animus injuriandi*. (0001631-42.2011.8.12.0047) 519

Lesão corporal

Absolvição por insuficiência probatória. Crime de ameaça contra policial. Aumento excessivo. Prescrição da pretensão punitiva intercorrente. (0003762-30.2013.8.12.0011).....468

Revogação de medida cautelar

Internação. Princípio da fungibilidade. Decisão apoiada em laudo médico. Paciente assintomático do ponto de vista psiquiátrico. (0002647-03.2015.8.12.0011) 496

Tráfico de drogas

Associação para o tráfico. Sentença condenatória. Ausência de intimação pessoal do réu. Princípio do contraditório. Princípio da ampla defesa. (1410307-28.2017.8.12.0000) 664

Prisão em flagrante. Guardas municipais. Ausência de ilegalidade. Minorante do § 4.º do art. 33 da Lei de drogas. (0000103-35.2016.8.12.0002).....448

Venda de Mercadoria imprópria para consumo

Princípio da insignificância. Materialidade. Autoria delitiva. Tipicidade do delito. (0052814-93.2011.8.12.0001) 437