

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 42 - nº 219 - Janeiro a Março de 2021



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 42 - nº 219 - Janeiro a Março de 2021

Expediente

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

Ano 42, n. 219

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. 219(2021) - . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2021 -.

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

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Secretaria de Comunicação

Composição

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Diretoria

Presidente – Des. Carlos Eduardo Contar
Vice-Presidente – Des. Sideni Soncini Pimentel
Corregedor-Geral de Justiça – Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Tribunal Pleno (ordem de antiguidade)

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

Sumário

Expediente 2

Composição 3

Sumário 4

Jurisprudência Cível 5

Jurisprudência Criminal 128

Noticiário 377

Índice Onomástico 400

Índice de Assuntos 402

Jurisprudência Cível



3ª Câmara Cível
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível nº 0001404-65.2008.8.12.0012 - Ivinhema

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – COMPROMISSO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA ASSUMIDA NO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – SUPERVENIÊNCIA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL – MAGISTRADO QUE CONCEDE DILAÇÃO DE PRAZO AOS APELADOS PARA A REGULARIZAÇÃO DAS PENDÊNCIAS AMBIENTAIS, ASSUMIDAS NO TÍTULO EXECUTIVO – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - A constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal), foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das ADI's nº 4901, 4902, 4903 e 4937.

II - O novo Código Florestal, norma geral e posterior, produz efeitos imediatos aos termos de ajustamento de conduta firmados entre proprietários rurais e Ministério Público sob a égide da legislação ambiental revogada.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de julho de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pelo Ministério Público Estadual, visando à reforma da r. sentença proferida à p.264/271, que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial da ação civil pública ambiental, proposta em face de Júlio Rodrigues.

Sustenta, em suas razões recursais (p.228/238), que o termo de ajustamento de conduta deve ser aplicado em sua integralidade nos mordes que fora pactuado, ainda que o Novo Código Florestal tenha tratado a matéria de forma diversa.

Asseverou que o Novo Código Florestal em nada alterou o ajustamento de conduta, uma vez que a obrigação executada é plenamente compatível com o regime atual.

Acrescentou que se deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a coisa julgada e o princípio da proibição do retrocesso ecológico.

Em contrarrazões apresentadas à p.309-312, o apelado rebateu lançados no apelo, protestando pelo desprovimento do recurso de apelação.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer emitido pela lavra do Procurador de Justiça Aroldo José de Lima, opinou pelo provimento do recurso de apelação, para o fim de reformar a sentença recorrida para o fim de aplicar o Termo de Ajustamento de Conduta- TAC nos moldes firmados na vigência do Código Florestal de 1965, independentemente das alterações trazidas pelo Código Florestal de 2012.

VOTO

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

Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pelo Ministério Público Estadual, visando à reforma da r. sentença proferida à p.264/271, que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial da ação civil pública ambiental, proposta em face de Júlio Rodrigues.

Sustenta, em suas razões recursais (p.228/238), que o termo de ajustamento de conduta deve ser aplicado em sua integralidade, nos moldes que fora pactuado, ainda que o Novo Código Florestal tenha tratado a matéria de forma diversa.

Asseverou que o Novo Código Florestal em nada alterou o ajustamento de conduta, uma vez que a obrigação executada é plenamente compatível com o regime atual.

Acrescentou que se deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a coisa julgada e o princípio da proibição do retrocesso ecológico.

Em contrarrazões apresentadas à p.309-312, o apelado rebateu os argumentos lançados no apelo, protestando pelo desprovimento do recurso de apelação.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer emitido pelo Procurador de Justiça Aroldo José de Lima, opinou pelo provimento do recurso de apelação, para o fim de reformar a sentença recorrida para o fim de aplicar o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC nos moldes firmados na vigência do Código Florestal de 1965, independentemente das alterações trazidas pelo Código Florestal de 2012.

É o relatório, passo ao voto.

Ao compulsar os autos, verifica-se que com base nos fatos constantes no Inquérito Civil n.º 167/98, o Apelado é proprietário do imóvel rural denominado Sítio Santo Antônio, com área total de 85,52 hectares, localizado nos lotes 08, 09 e 09C, quadra 07, gleba Cristalina, e lotes 21 e 22, quadra 07, na gleba Vitória, no município de Ivinhema/MS.

Ocorre que o Apelado se comprometeu a resgatar área degradada em sua propriedade rural, bem como a apresentar e realizar Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD), conforme assinado no Termo de Ajustamento de Conduta acostado às págs. 44/46, Termo celebrado em 18 de janeiro de 1998.

O Apelado não cumpriu com a obrigação assumida, o que deu ensejo ao ajuizamento da presente ação civil pública, a qual, no entanto, foi julgada parcialmente procedente pelo juiz da 2ª Vara da Comarca de Ivinhema, nos seguintes termos:

> *"Isto posto, coloco termo à fase de conhecimento do processo (CPC, art. 269, I), para acolher em parte os pedidos ministeriais, adaptando prazos à nova legislação e determinado que o polo passivo finalmente passe a cumprir a legislação ambiental.*
>
> *Assim, depois de tantos prazos concedidos, assevero que a implantação do CAR impõe que o polo prove o requerimento protocolando perante o órgão ambiental estadual em 60 (sessenta) dias, indicando a previsão paa manifestação do órgão ambiental.*
>
> *No mesmo prazo deverá indicar o programa de recuperação ambiental, qual o profissional contratado, estudos em andamento, tudo provado nos autos. Efetivado o cadastro*

ambiental rural, o pólo passivo terá mais 60 dias para comprovar homologação do programa de recuperação ambiental ou pelo menos seu protocolo no órgão competente.

Quanto à multa em uferms, penso que tal medida tumultua o cálculo, por isso, atento as diretivas do art. 461, §§ do CPC, delimito que a obrigação imposta, depois de tanto prazo concedido, implicará em multa de R$300,00 (trezentos reais) por fia de descumprimento. Tal incidência iniciará em depois de intimação do pólo passivo (pessoal e por publicação). Contar-se-á a partir do dia seguinte da intimação, e não da juntada do mandado aos autos, haja vista se tratar de tema urgente e reiteradamente descumprido.

Limito o valor da multa em 30% do valor real do imóvel rural, podendo tal valor ser majorado em caso de reiterado descumprimento.

Custas pelo (s) requerido (s). Sem honorários, por se tratar de demanda proposta pelo MPE" (Sentença p.270-271).

Sustenta o apelante que a sentença merece reforma haja vista que a nova dilação de prazo implicou em afronta ao direito adquirido, a cosia julgada e ao princípio da proibição do retrocesso ecológico.

Pede seja provido o recurso para se aplicar o Termo de Ajustamento de Conduta nos moldes do Código Florestal de 1965, independentemente das alterações do Código Florestas de 2012.

Razão não assiste ao apelante.

Como se vê, a controvérsia cinge-se à aplicabilidade imediata do novo código florestal.

Pois bem, mencionada matéria já foi objeto de apreciação por este Tribunal, que pacificou o entendimento de que o novo Código Florestal, norma geral e posterior, produz efeitos imediatos aos termos de ajustamento de conduta firmados entre proprietários rurais e ministério público sob a égide da legislação ambiental revogada.

Confira os precedentes:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – OBRIGAÇÃO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – NOVO CÓDIGO FLORESTAL – LEI N. 13.295/2016 – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) E IMPLANTAÇÃO DO PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL (PRA) – DILAÇÃO DE PRAZO – APLICAÇÃO IMEDIATA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. As obrigações estabelecidas em Termo de Ajustamento de Conduta, referentes à forma de recuperação de área degradada, não são exigíveis se incompatíveis com as determinações contidas na novel legislação ambiental. E, ainda que sejam compatíveis, deve-se considerar que houve nova alteração legislativa para o fim de prorrogar a obrigatoriedade de inscrição no Cadastro Ambiental Rural e, por conseguinte, da implantação do Programa de Regularização Ambiental - PRA, que daquele depende.

2. O Novo Código Florestal é norma geral e posterior, apto a incidir imediatamente sobre as obrigações ambientais dos proprietários de imóvel rural.

3. A Lei 13.295, de 13 junho de 2016, prorrogou o prazo para inscrição no Cadastro Ambiental Rural até 31 de dezembro de 2017, e, por conseguinte, para implantação do Programa de Regularização Ambiental - PRA, que daquele depende, cujo prazo também foi prorrogado por decreto presidencial. (TJMS. Apelação n. 0001357- 91.2008.8.12.0012, Ivinhema, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 27/11/2018, p: 02/12/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – RECOMPOSIÇÃO DE RESERVA LEGAL – INSCRIÇÃO

NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) – DILAÇÃO DE PRAZO – SUPORTE LEGAL DO TAC ALTERADO COM A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL – INCOMPATIBILIDADE DO TAC COM OS NOVOS REGRAMENTOS LEGAIS – FALTA DE EXIGIBILIDADE DO TÍTULO – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – CONTRA O PARECER, RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As obrigações referentes à forma de recuperação de área degradada não são exigíveis se incompatíveis com as determinações contidas na novel legislação ambiental. E, ainda que sejam compatíveis, deve-se considerar que houve nova alteração legislativa para o fim de prorrogar a obrigatoriedade de inscrição no Cadastro Ambiental Rural e, por conseguinte, da implantação do Programa de Regularização Ambiental - PRA, que daquele depende. Logo, se o objetivo principal do Termo de Ajustamento de Conduta era acelerar o processo de regularização ambiental em propriedade rural, cujo objeto não mais encontra suporte na nova ordem legal, advinda com a vigência do Novo Código Florestal, impõe-se manter o reconhecimento da inexigibilidade do título exequente, por superveniente falta de interesse de agir. (TJMS. Apelação n. 0001430-63.2008.8.12.0012, Ivinhema, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 18/12/2018, p: 08/01/2019).

O termo de ajustamento de conduta não se torna perfeito e acabado antes de ultimados os atos de sua execução, motivo pelo qual não há falar em ofensa a ato jurídico perfeito ou direito adquirido.

Dito isto, tem-se que as questões relativas à regularização da reserva legal devem ser orientadas pelas disposições do novo código florestal, observada a alteração legislativa quanto a prorrogação da inscrição no Cadastro Ambiental Rural e, por conseguinte, da implantação do Programa de Regularização Ambiental – PRA.

Dispositivo

Posto isso, contrariando o parecer ministerial, conheço do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

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

Campo Grande, 24 de julho de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível nº 0802607-50.2018.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – VALOR DA CAUSA – ALTERAÇÃO – INVIABILIDADE – NECESSIDADE DE SE RESPEITAR O PROVEITO ECONÔMICO – EFEITOS DA RESCISÃO – FALTA DE CLAREZA NO CONTRATO E NO PLEITO DA EMPRESA, SOBRE AS OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR – FRUIÇÃO E CLÁUSULA PENAL – PEDIDO DE RETENÇÃO DAS PARCELAS EM 30% - IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO PARA 12% - COBRANÇAS DOS PERCENTUAIS DE 2% E 5% DO IMÓVEL, RELACIONADAS A DESPESAS COM CORRETOR E ADMINISTRAÇÃO – AFASTAMENTO – RECURSO PRINCIPAL PROVIDO PARCIALMENTE E RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO.

Segundo a interpretação do art. 292, II, do CPC, o valor da causa deve guardar correspondência ao proveito econômico pretendido pela parte, e não exatamente vinculado à integralidade do contrato objeto da demanda.

Na dúvida sobre as cláusulas contratuais, e em comparação dos seus termos com os pedidos formulados pela empresa autora, no tocante à fruição e à retenção, deve esta última respeitar os limites contratuais.

Assim, mantida a fruição, a retenção das parcelas pagas deve-se dar do modo como foi contratado (12% e não 30%), sem a cobrança dos percentuais de 2% e 5% do preço ajustado do imóvel, relacionadas à cobranças administrativas atinentes ao início do contrato e não ao caso de rescisão, e, além disso, vinculadas ao valor do imóvel – situação de evidente desproporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por maioria, deram parcial provimento ao recurso principal e julgaram prejudicado o adesivo, nos termos do voto intermediário do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2021

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Setpar Setsul Empreendimentos Imobiliários Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença de fls. 72/77 proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Três Lagoas/MS, nos autos da Ação Rescisão Contratual c/c Reintegração de Posse com Pedido Liminar, que julgou procedente a demanda.

Alega que o apelado deu causa a rescisão do contrato por não cumprir com o pagamento das parcelas e, uma vez admitida a rescisão da avença pela desistência de uma das partes, o responsável não pode reaver a totalidade dos valores pagos.

Sustenta não estar presente os pressupostos aptos à admissão da tese de abusividade do contrato, na forma do art. 6º, V, do CPC, razão pela qual os valores a serem devolvidos ao apelado, deverão ser descontados em favor da apelante os percentuais previstos no contrato, sob pena de enriquecimento sem causa.

Aduz que a retenção a título de despesas administrativas, fiscais e comerciais com o lançamento do empreendimento é legítima, sob pena do apelado enriquecer ilicitamente, devendo ser aplicado, por certo, o instrumento contratual que deu azo à relação, pois o requerido sempre teve plena ciência de que o valor pago referia-se ao pagamento da comissão de corretagem, não sendo possível restituição.

Afirma que o contrato firmado deve prevalecer, vez que inexiste vício, não havendo que se falar em nulidade, devendo o caso ser apreciado sob o enfoque da teoria do diálogo das fontes.

Por fim, pugna pela reforma da sentença para que seja aplicada todas as cláusulas contratuais para devolução de valores e, na hipótese de afastamento do termo de rescisão, requer que o valor de retenção dos valores pagos a título de parcelas sejam majorado para 30% ou, subsidiariamente, que o percentual seja de 25%, com correção monetária desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 1º, §2º da Lei 6.899/1981, bem como seja determinada a devolução de forma parcelada e a fruição.

Contrarrazões impugnando o valor da causa e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (fls. 140/146).

Francisco Alves de Souza e Outra interpõem recurso adesivo às fls. 232/239, pugnando também pela alteração do valor da causa para o valor global do contrato, ou seja, a quantia de R$ 117.391,90 (cento e dezessete mil trezentos e noventa e um reais e noventa centavos) e, no mérito, pelo reconhecimento do Termo Aditivo do Contrato assinado pelas partes, na forma de novação, a fim de que a demanda seja extinta, bem como pela condenação da apelada ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Justiça gratuita deferida aos requeridos (fl. 259).

Sem contrarrazões ao recurso adesivo e sem oposição ao julgamento virtual (f. 139).

VOTO

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

Setpar Setsul Empreendimentos Imobiliários Ltda interpõe recurso de apelação (fls. 102-123) em face da sentença de fls. 72/77, proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Três Lagoas/MS, nos autos da Ação Rescisão Contratual c/c Reintegração de Posse com Pedido Liminar, movido em face de Francisco Alves de Souza e Neuza Aparecida Pessuti Souza, que julgou procedente a demanda.

Alega que os apelados deram causa a rescisão do contrato por não cumprir com o pagamento das parcelas e, uma vez admitida a rescisão da avença pela desistência de uma das partes, o responsável não pode reaver a totalidade dos valores pagos.

Sustenta não estar presente os pressupostos aptos à admissão da tese de abusividade do contrato, na forma do art. 6º, V, do CPC, razão pela qual dos valores a serem devolvidos aos apelados, deverão ser descontados em favor da apelante os percentuais previstos no contrato, sob pena de enriquecimento sem causa.

Aduz que a retenção a título de despesas administrativas, fiscais e comerciais com o lançamento do empreendimento é legítima, sob pena do apelado enriquecer ilicitamente, devendo ser aplicado, por certo, o instrumento contratual que deu azo à relação, pois os requeridos sempre tiveram plena ciência de que o valor pago referia-se ao pagamento da comissão de corretagem, não sendo possível restituição.

Afirma que o contrato firmado deve prevalecer, vez que inexiste vício, não havendo que se falar em nulidade, devendo o caso ser apreciado sob o enfoque da teoria do diálogo das fontes.

Por fim, pugna pela reforma da sentença para que seja aplicada todas as cláusulas contratuais para devolução de valores e, na hipótese de afastamento do termo de rescisão, requer que o valor de retenção dos valores pagos a título de parcelas sejam majorados para 30% ou, subsidiariamente, que o percentual seja de 25%, com correção monetária desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 1º, §2º da Lei 6.899/1981, bem como seja determinada a devolução de forma parcelada e a fruição.

Contrarrazões impugnando o valor da causa e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (fls. 140/146).

Francisco Alves de Souza e Neuza Aparecida Pessuti Souza interpõem recurso adesivo às fls. 232/239, pugnando também pela alteração do valor da causa para o valor global do contrato, ou seja, a quantia de R$ 117.391,90 (cento e dezessete mil trezentos e noventa e um reais e noventa centavos) e, no mérito, pelo reconhecimento do Termo Aditivo do Contrato assinado pelas partes, na forma de novação, a fim de que a demanda seja extinta, bem como pela condenação da apelada ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Justiça gratuita deferida aos requeridos (fl. 259).

Sem contrarrazões ao recurso adesivo (f. 261 e sem oposição ao julgamento virtual (f. 139).

É o relatório. Passo a decidir.

Da impugnação ao valor da causa

Tanto em contrarrazões, quanto no recurso adesivo, os requeridos impugnaram o valor dado à causa, pugnando pela alteração para o valor integral do contrato, qual seja, R$ 117.391,90 (cento e dezessete mil trezentos e noventa e um reais e noventa centavos), nos termos do art. 292, inciso II do CPC, *in verbis:*

> *"Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: (...)*
>
> *II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida."*

In casu, o valor dado à causa foi de R$ 9.660,14 (nove mil seiscentos e sessenta reais e quatorze centavos), que corresponde ao valor do débito à época do ajuizamento da demanda, conforme cálculo de fl. 54.

Destarte, o valor da causa deve guardar correspondência ao proveito econômico pretendido pelo demandante e não estar atrelado à importância integral do contrato que se pretende a rescisão.

Parte controvertida do negócio equivalente à importância cuja devolução almeja a parte autora.

Neste sentido é o posicionamento mais abalizado deste Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA C/C* ***RESCISÃO CONTRATUAL*** *COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA – OMISSÃO -* ***VALOR DA CAUSA*** *– AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO – VALOR MANTIDO – EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM ALTERAÇÃO DO JULGADO. Os embargos de declaração prestam-se a aperfeiçoar o julgado e afastar os vícios de omissão, contradição, obscuridade ou erro material porventura existentes. Reconhece-se a omissão do julgado que deixa de apreciar a matéria referente ao valor da causa, ao argumento de preclusão, pois após a vigência do CPC/2015, o recurso cabível contra a decisão que rejeita a impugnação ao valor da causa é a apelação. O valor da causa "na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou* ***a rescisão de ato jurídico, [é] o valor do ato ou o de sua parte controvertida" (inciso II, do art. 292, do CPC).*** *(TJMS - EMBDECCV: 0820825-94.2015.8.12.0001 - 4ª Câmara Cível - Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Julgamento: 28/11/2018) – Destaquei.*

Sobre o assunto, um julgado de minha relatoria:

> *EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA – DECISÃO DA 2º TURMA RECURSAL MISTA DO JUIZADO – CONTROLE DE COMPETÊNCIA DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS - ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 376/STJ – PRELIMINAR DE PRECLUSÃO CONSUMATIVA - AFASTADA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - PEDIDO NÃO ACOLHIDO - **CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - RESCISÃO DO CONTRATO** - PRETENSÃO DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES ADIMPLIDOS - VALOR DO CONTRATO QUE EXCEDE O TETO DOS JUIZADOS ESPECIAIS - COMPETÊNCIA QUE DEVE SER EXAMINADA COM BASE NO PROVEITO ECONÔMICO ALMEJADO - COMPETÊNCIA DO JEC - SENTENÇA MANTIDA – SEGURANÇA DENEGADA. **A atribuição ao valor da causa baseia-se no proveito econômico pretendido pela parte, e não do valor do contrato.** Dessa forma, se a pretensão inicial decorrente do inadimplemento contratual não exceder o valor de alçada permitido no âmbito do JEC (quarenta salários mínimos), é este competente para processar e julgar a matéria, como ocorre no caso em exame. (...) (TJMS - MS 1409162-97.2018.8.12.0000 - 3ª Seção Cível - Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski - Julgamento: 21/11/2018) – Destaquei.*

Desta maneira, sem maiores delongas, os argumentos dos requeridos não prosperam, razão pela qual rejeito a impugnação quanto ao valor dado à causa.

Do mérito

Extrai-se dos autos que a apelante Setpar Setsul Empreendimentos Imobiliários Ltda ajuizou a Ação Rescisão Contratual c/c Reintegração de Posse com pedido liminar contra os apelados Francisco Alves de Souza e Outra, objetivando a resolução do contrato e a reintegração de posse e a condenação ao pagamento de taxa de fruição, em valor mensal.

Inicialmente, o pedido liminar restou indeferido e, ao julgar a demanda, o magistrado de primeiro grau entendeu pela procedência dos pedidos nos seguintes termos:

> *"Do exposto, julgo procedente a ação para declarar rescindido o contrato firmado entre a Requerente Setpar Setsul Empreendimentos Imobiliários Ltda e a parte Requerida Francisco Alves de Souza e Neuza Aparecida Pessuti Souza; para reintegrar a parte Requerente na posse no imóvel descrito na inicial e condenar a parte Requerida ao pagamento da taxa de fruição no valor de 1% (um por cento) sobre o valor venal do imóvel e demais encargos inerentes ao imóvel. Expeça-se mandado de reintegração de posse.*
>
> *Condeno a parte Requerida ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, conforme artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil.*
>
> *Em consequência, julgo extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Transitada em julgado e, observadas as cautelas de praxe, arquivem-se os autos.*
>
> *P.R.I."*

Em que pese a procedência do feito, a parte autora recorre objetivando a reforma da sentença a fim de que seja aplicada todas as cláusulas contratuais para devolução de valores ou, na hipótese de afastamento do termo de rescisão, que a retenção dos valores pagos sejam majorados para 30% ou, subsidiariamente, que o percentual seja fixado em 25%, mantendo a correção monetária desde o ajuizamento e a devolução de forma parcelada.

Com a interposição do apelo, o requerido apresentou suas contrarrazões ao recurso e interpôs recurso adesivo, objetivando, preliminarmente, a alteração do valor da causa para o valor global do contrato e, no mérito, a extinção da ação, com o reconhecimento do Termo Aditivo do Contrato assinado pelas e a condenação da apelada ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Observa-se dos autos que, apesar de devidamente advertidos da necessidade de constituição de advogado para apresentação de defesa, no prazo de 15 (quinze) dias, em audiência (fls. 68/69), os requeridos não apresentaram contestação, razão pela qual o magistrado singular julgou o feito de forma antecipada, reputando-se verdadeiros os fatos aduzidos na inicial, aplicando os efeitos da revelia.

Pelo que consta nos autos, os requeridos deixaram de cumprir a obrigação de efetuar os pagamentos do contrato pactuado e, por esta razão, o magistrado, acertadamente, entendeu pelo deferimento do pedido de rescisão contratual.

A pretensão da recorrente comporta parcial acolhimento.

Em que pese a demanda não ter sido contestada, muito embora reconhecida a revelia e seus efeitos, dentre os quais a presunção de veracidade dos fatos alegados, desta não decorre a necessária procedência integral do pedido.

Não se pode olvidar que cabe ao julgador adequar os termos contratados, quando se mostrem excessivamente desproporcionais (art. 413 do CC/02).

No caso em tela, diante da inadimplência dos requeridos, a solução imperativa é a decretação da rescisão do contrato entabulado entre os litigantes, como bem asseverado pelo magistrado de piso e, em razão da resolução do contrato, as partes hão de sujeitar-se a certas consequências, as quais decorrem do que foi convencionado e do que dispõe o ordenamento jurídico, sobretudo por força dos princípios da equidade e da razoabilidade.

Isso se dá, pois ao firmarem um pacto negocial, os contratantes comprometem-se a cumpri-lo. Portanto, o contratante que der causa ao rompimento, seja por qual razão for, deve recompor a parte contrária.

In casu, restou demonstrado que os requeridos usufruíram do imóvel em flagrante detrimento da parte autora, haja vista nele permanecer sem a contraprestação que lhe é devida.

Assim, nos termos do art. 475 do Código Civil, a parte não responsável pelo inadimplemento e pela resolução do contrato tem direito à indenização pelos interesses positivos e negativos que não foram atendidos ante a extinção da contratação.

Contudo, tenho que o percentual de retenção adotado deve ser reformado, pela possibilidade de retenção de 30% (trinta por cento) sobre a importância total das parcelas quitadas, percentual que mostra-se adequado para indenizar o apelante pelos danos oriundos do negócio celebrado que, como visto, restou frustrado.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - TERCEIRA INTERESSADA - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DECORRENTE DA SENTENÇA - FALTA DE INTERESSE RECURSAL - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. Se a terceira pretensamente prejudicada não demonstra deter vínculo jurídico com a causa, não se há de falar em legitimidade para figurar no polo passivo como litisconsorte necessária e nem sequer interesse na interposição de recurso de apelação. APELAÇÃO CÍVEL -* ***AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL*** *C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MATERIAIS E MORAIS - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS NO JUÍZO SINGULAR - IMPOSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO PERANTE O TRIBUNAL AD QUEM, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - PRELIMINARMENTE - IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO QUE NÃO ACARRETA IMEDIATA EXTINÇÃO DA LIDE, SEM ANTES SE OPORTUNIZAR A DEVIDA CORREÇÃO DO VÍCIO - MATÉRIA QUE NÃO FORA OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NO TEMPO OPORTUNO - PRECLUSÃO TEMPORAL - MÉRITO - RESCINDIBILIDADE X IRRETRATABILIDADE E IRREVOGABILIDADE - LAUDO PERICIAL - CLÁUSULA PENAL -* ***RETENÇÃO DE TOTALIDADE DAS PARCELAS PAGAS - ABUSIVIDADE - REDUÇÃO PARA 30% - RECURSO***

PARCIALMENTE ACOLHIDO. *1. A não alegação de determinada matéria perante o Juízo a quo impede a posterior análise pelo Tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância. 2. A irregularidade da representação pode ser suprida a qualquer tempo, nos termos do art. 13 do CPC. 3. O processo é formado por uma sucessão de atos que se realizam no tempo, sempre buscando um fim. Nesse passo, não se insurgindo a parte no momento adequado para tanto, deve ser aplicada a preclusão em sua modalidade temporal. 4. As cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade tornam o contrato impassível de arrependimento, embora possa haver rescisão por outros motivos também estabelecidos na avença. 5. A perícia, embora não vincule o convencimento do juiz, via de regra, tende a preponderar sobre as demais provas que demandam conhecimentos especiais de ordem técnica. 6.* ***É ilegal e abusiva a cláusula do distrato de promessa de compra e venda que estipula a retenção integral das parcelas pagas pelo promitente-comprador. Limitação do valor a ser retido em 30% sobre o valor efetivamente pago (art. 413 do CC/2002).*** *APELAÇÃO ADESIVA - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MATERIAIS E MORAIS -* ***TAXA DE FRUIÇÃO - DEVIDA - DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL*** *- DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA - VERBA HONORÁRIA - MAJORAÇÃO - REJEITADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1.* ***É devido o pagamento de indenização pela fruição do bem por parte do promitente comprador quando rescindido o contrato e determinada a devolução, ainda que parcial, das parcelas pagas.*** *2. O mero descumprimento contratual, em princípio, não enseja responsabilização ao pagamento de indenização por danos morais, visto não passar de incômodo da vida em sociedade. Para se presumir o dano moral, o ato praticado deve ser objetivamente capaz de acarretar abalo à imagem. (STJ - REsp 744.741/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 01.12.2011, DJe 12.12.2011). 3. A verba honorária deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável, pois, em nome da equidade, não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares. (STJ - AgRg nos EDcl no REsp 1.201.470/RJ, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Segunda Turma, julgado em 15.05.2012, DJe 27.06.2012). (TJMS - AC: 0550048-30.2004.8.12.0009 - 3ª Câmara Cível - Relator Des. Marco André Nogueira Hanson - Data de Julgamento: 25/09/2012) – Destaquei.*

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ***REDUÇÃO DO PERCENTUAL (30%) DA CLÁUSULA PENAL*** *– NÃO CABIMENTO – RAZOABILIDADE (...)****Não deve ser minorado o percentual da cláusula penal quando referido percentual não se revelar abusivo, tampouco ofendendo o princípio da proporcionalidade.*** *(TJMS - AC nº 2011.025142-9 - 3ª Turma Cível - Relator: Oswaldo Rodrigues de Melo - Julgamento: 06/09/2011) – Destaquei.*

Por fim, em contrarrazões os requeridos noticiaram a existência de um acordo de repactuação de dívida firmado com a parte autora, firmado em 30/05/2019. Contudo, como relatado, não tendo sido apresentado contestação, o juízo singular decretou a revelia dos demandados, o que acarreta a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

Deste modo, tendo em vista que os requeridos trouxeram aos autos teses não vinculadas durante o trâmite em 1º grau, inviável a apreciação, em sede recursal, da questão meritória da demanda, pois que resta preclusa a oportunidade para tal discussão, que deveria ter sido agitada em sede de defesa.

Ademais, observa-se que o aditivo juntado pelos requeridos sequer possui assinatura das partes, não possuindo qualquer validade jurídica.

Quanto ao recurso adesivo interposto, observa-se que os requeridos limitaram-se a copiar, *ipsis litteris*, os termos das contrarrazões e, pelos argumentos expostos acima, o recurso não comporta conhecimento.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Setpar Setsul Empreendimentos Imobiliários Ltda e dou-lhe parcial provimento a fim determinar a retenção dos valores pagos a título de parcelas para 30% (trinta por cento).

Não conheço do recurso adesivo interposto por Francisco Alves de Souza e Neuza Aparecida Pessuti Souza.

Como consectário, com fulcro no §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, cuja exigibilidade fica suspensa, nos termos do § 3º do art. 98 do CPC, às partes beneficiárias da gratuidade da justiça.

É como voto.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (2º Vogal)

Peço *venia* para discordar do eminente Relator, Des. Amaury da Silva Kuklinski, quanto à fixação de uma indenização, em 30% sobre os valores pagos, a título de "retenção".

O motivo é bem simples, e tem relação com o princípio da congruência.

Ao compulsar os autos, verifica-se que a apelante, Setpar, pediu apenas 1) a rescisão do contrato; a reintegração de posse; 3) a condenação dos requeridos ao pagamento das penalidades previstas no contrato; 4) a fruição pelo uso do imóvel.

Assim, a condenação não pode extrapolar os limites do pedido – no caso vinculado ao contrato -, quando muito, pode fazer adequações para menos, mas nunca para mais.

Ora, a sentença reconheceu e declarou a rescisão contratual, a reintegração de posse e a fruição, nos termos do que foi contratado.

O contrato celebrado entre as partes estabeleceu que, no caso de rescisão contratual, os valores pagos pelos compradores seriam devolvidos mediante as seguintes compensações:

> **Parágrafo Sexto:-** Ocorrendo a rescisão do presente Compromisso por qualquer das hipóteses estabelecidas nesta cláusula o **COMPRADOR** receberá a importância que efetivamente pagou, em igual número de parcelas e acrescidas da mesma correção monetária, descontando os seguintes percentuais:
>
> **a)** Desconto de **5% (cinco por cento) sobre o preço total ajustado e corrigido,** referente aos honorários eventualmente pagos pela VENDEDORA ao corretor de imóveis intermediário da transação, visto ser o mesmo uma prestação de serviço autônomo, independente do contrato de compra e venda ora firmado;
>
> **b)** Desconto de **2% (dois por cento) sobre o preço total ajustado e corrigido,** a título de cláusula penal pela rescisão do contrato;

c) Desconto de **12% (doze por cento) sobre o valor efetivamente pago até a data da rescisão,** referente a taxas de administração e impostos federais incidentes na venda, e nas custas inerentes ao recebimento do preço.

d) Será descontada a **totalidade de impostos, taxas ou multas devido à municipalidade e a empresas concessionárias de água/esgoto e energia** que porventura estejam em aberto da data em que o **COMPRADOR** foi imitido na posse precária, consignada no final deste contrato, até a efetiva devolução do imóvel para que a **VENDEDORA** possa aliena-lo livremente.

Parágrafo Sétimo:- Após legalmente constituído em mora (notificação judicial ou extrajudicial) não restituindo o **COMPRADOR** a posse do imóvel para a **VENDEDORA**, afim de que esta disponha do mesmo da melhor forma que lhe convier, pagará a título de compensação o percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou fração de mês, do preço total ajustado e devidamente atualizado, a título de fruição, até a entrega do imóvel. A **VENDEDORA** fica desde já autorizada a abater a quantia equivalente da devolução que fizer ao **COMPRADOR,** ficando aquela desde já e sem outra formalidade autorizada ainda a retomar a posse do imóvel, mediante a disponibilização dos recursos decorrentes da rescisão.

Assim, há previsão do desconto de 1) cláusula de retenção, equivalente à soma das alíneas a, b, c e d, referentes a 5% sobre o total ajustado e corrigido, a título de honorários pago ao corretor, 2% sobre o total ajustado e corrigido, a título de cláusula penal pela rescisão, e mais desconto de 12% sobre o valor efetivamente pago até a data da rescisão, referente às taxas de administração e impostos federais incidentes na venda, nas custas inerentes ao recebimento do preço, além de eventuais tributos e encargos com as concessionárias de energia e água, que estejam em aberto até a devolução do bem.

As partes em negrito servem para esclarecer a natureza de cada cobrança, sendo certo que a apelante inclui, no âmbito da retenção, além do percentual de 12% naturalmente relacionado ao percentual de parcelas pagas a serem devolvidas, como nítida cláusula penal, outras rubricas (despesas administrativas e tributos), misturando as bases de cálculo, ou seja, nas primeiras acima citadas, a base é o valor do contrato, ajustado e corrigido (alíneas "a" e "b"), e, na devolução (alínea "c"), a base é o valor das parcelas pagas.

Além dos confusos itens acima descritos, a apelante previu, no "Parágrafo Sétimo" (f. 46), a fruição mensal em 0,5% do preço ajustado e corrigido do imóvel, até a entrega do imóvel.

A sentença previu apenas a fruição, mas, em 1% sobre o valor venal do bem, o que já seria um problema, tendo em vista que nem mesmo a apelante pleiteou dessa forma, consoante se verifica na inicial.

O e. Relator, ao dar provimento ao recurso, utilizou o percentual de 30% de retenção das parcelas pagas, e ainda relacionou essa condenação à fruição, e essa solução, ao meu ver, gera ainda mais insegurança a esse quadro de imprecisão do contrato, eis que não há estabelecimento desse percentual, a título de fruição – pois a sentença já estabeleceu essa condenação em 1%, superando inclusive o contrato nesse sentido -, mas sim de apenas 12%, como foi demonstrado, sendo os demais percentuais bastante confusos.

Assim, para que seja possível a retenção, ela deve ser distinta da fruição, e não sob o mesmo título, como fez o e. Relator.

De qualquer modo, uma vez mantida a fruição, a retenção das parcelas pagas deve-se dar do modo como foi contratado, com eventuais ajustes, se verificada abusividade, como é o caso das cobranças referentes a 2% e 5% do preço ajustado do imóvel, relacionadas à cobranças administrativas atinentes ao início do contrato e não ao caso de rescisão, e, além disso, vinculadas ao valor do imóvel – situação de evidente desproporcionalidade –e não a alguma despesa comprovada.

Portando, respeitosamente, divirjo do relator, para dar provimento parcial do recurso, em menor extensão, e, em se reformando em parte a sentença, determinar que a devolução das parcelas pagas respeite a

retenção de 12% do valor até então quitado pelos compradores, conforme a alínea "c", do "Parágrafo Sexto" do contrato.

É como voto.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (3º Vogal)

Segundo se constata da inicial, a autora requereu (fls. 07/08):

> *"(...) sejam julgados procedentes os pedidos formulados nesta petição inicial, com o consequente reconhecimento da rescisão do contrato firmado entre as partes por falta de pagamento pelo Requerido, tornando-se definitiva a reintegração de posse em favor da Requerente, com a condenação do Requerido nas penalidades previstas no contrato firmado, e ainda, a pagar, a título de fruição, o valor mensal correspondente aos meses em que permaneceu na posse do imóvel da Requerente sem nada pagar, além de eventuais débitos de natureza propter rem, tais como, IPTU, energia elétrica, água, etc., que serão apurados quando da efetiva desocupação do imóvel, condenando-se, finalmente, o Requerido ao pagamento de todas as despesas e custas processuais, honorários advocatícios de sucumbência que este r. juízo arbitrará, além de eventuais outros ônus sucumbenciais".*

A r. Sentença assim resolveu o mérito (fls. 72/77):

> *"(...) Do exposto, julgo procedente a ação para declarar rescindido o contrato firmado entre a Requerente Setpar Setsul Empreendimentos Imobiliários Ltda e a parte Requerida Francisco Alves de Souza e Neuza Aparecida Pessuti Souza; para reintegrar a parte Requerente na posse no imóvel descrito na inicial e condenar a parte Requerida ao pagamento da taxa de fruição no valor de 1% (um por cento) sobre o valor venal do imóvel e demais encargos inerentes ao imóvel. Expeça-se mandado de reintegração de posse.*
>
> *Condeno a parte Requerida ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, conforme artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil."*

Na apelação, a empresa vendedora e autora da ação assim requereu (fls. 122):

> *"CONCLUSÃO E PEDIDO*
>
> *72. Diante do exposto, pede-se o provimento do presente recurso de apelação para que seja reformada a r. sentença atacada,* ***para que seja aplicada (sic) todas as cláusulas contratuais para devolução de valores."***

Que cláusulas contratuais são essas, então? Necessário aferir o contrato juntado com a inicial, que em sua cláusula quinta dispôs (ls. 44):

CLÁUSULA QUINTA: DA MORA E INADIMPLÊNCIA NO PAGAMENTO DO PREÇO

A mora do **COMPRADOR** no cumprimento das obrigações assumidas neste instrumento, tanto as pecuniárias como as inerentes à detenção da posse do imóvel, acarretar-lhe-á a responsabilidade pelo pagamento das seguintes penalidades:

a) reajuste monetário das parcelas vencidas, com base na variação do IGPM/FGV calculado "pro rata dies";

b) juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ou fração, calculado dia a dia, que incidirão sobre o valor do principal reajustado monetariamente, incidindo sobre cada parcela vencida;

c) cláusula penal de 2% (dois por cento) sobre o débito atualizado, exigível nos casos de mora superior a 1 (um) mês.

Parágrafo Sexto:- Ocorrendo a rescisão do presente Compromisso por qualquer das hipóteses estabelecidas nesta cláusula o **COMPRADOR** receberá a importância que efetivamente pagou, em igual número de parcelas e acrescidas da mesma correção monetária, descontando os seguintes percentuais:

a) Desconto de **5% (cinco por cento) sobre o preço total ajustado e corrigido,** referente aos honorários eventualmente pagos pela VENDEDORA ao corretor de imóveis intermediário da transação, visto ser o mesmo uma prestação de serviço autônomo, independente do contrato de compra e venda ora firmado;

b) Desconto de **2% (dois por cento) sobre o preço total ajustado e corrigido,** a título de cláusula penal pela rescisão do contrato;

c) Desconto de **12% (doze por cento) sobre o valor efetivamente pago até a data da rescisão,** referente a taxas de administração e impostos federais incidentes na venda, e nas custas inerentes ao recebimento do preço.

d) Será descontada a **totalidade de impostos, taxas ou multas devido à municipalidade e a empresas concessionárias de água/esgoto e energia** que porventura estejam em aberto da data em que o **COMPRADOR** foi imitido na posse precária, consignada no final deste contrato, até a efetiva devolução do imóvel para que a **VENDEDORA** possa aliena-lo livremente.

A hipótese contida nestes autos é de aplicação do parágrafo sexto da mesma cláusula quinta, e não de seu *caput*, porque a vendedora deseja a rescisão contratual, já decretada em primeiro grau.

Assim, cabe à alienante restituir os valores pagos pelo comprador, com os descontos previstos nas alíneas "a" a "d" do mesmo parágrafo, acima transcrito: 5% a título de corretagem do imóvel; 2% de cláusula penal; 12% referente a taxas de administração e impostos federais incidentes na venda e valores pagos de impostos, taxas ou multas devidos à municipalidade e a empresas concessionárias de água/esgoto e energia.

O e. Des. Claudionor M.A. Duarte, divergindo em parte do relator, deu "*provimento parcial do recurso, em menor extensão, e, em se reformando em parte a sentença, determinar que a devolução das parcelas pagas respeite a retenção de 12% do valor até então quitado pelos compradores, conforme a alínea "c", do "Parágrafo Sexto*" do contrato".

De seu lado, o ilustre relator argumentou que "*contudo, tenho que o percentual de retenção adotado deve ser reformado, pela possibilidade de retenção de 30% (trinta por cento) sobre a importância total das*

parcelas quitadas, percentual que mostra-se adequado para indenizar o apelante pelos danos oriundos do negócio celebrado que, como visto, restou frustrado."

Na inicial a autora pleiteou a aplicação das penalidades previstas no contrato e, nele, não existe pactuação de retenção desse percentual em decorrência da rescisão motivada do contrato (falta de pagamento do preço convencionado).

Nos termos do voto divergente, do contrato é possível se vislumbrar que, embora a confusão da cláusula contratual respectiva, esse percentual de retenção haveria de ser de 12% (doze por cento), e não dos 30% estabelecidos pelo douto relator, com todo respeito.

Acompanho o d. vogal nesse raciocínio.

Todavia, a meu modo de ver, para além desses 12% previstos na cláusula quinta, parágrafo sexto, letra "c", do contrato celebrado entre as partes, foi convencionado também que outros descontos haveriam de ser feitos, a saber, 5% de corretagem de imóvel; 2% de cláusula penal e descontos de impostos, taxas e multas devidos à municipalidade.

Logo, a meu modo de ver, a retenção deve corresponder a 17% (dezessete por cento), mais a retenção dos valores dos impostos, taxas e multas pagos pela alienante apelante, estes últimos valores a serem aferidos em liquidação de sentença, além do valor já fixado pelo douto juízo de 1% a título de taxa de fruição, muito embora o contrato a tenha previsto em 0,5%, mas sem recurso da parte contrária para atacar essa parte do dispositivo da r. sentença, não passível de alteração, portanto, sob pena de *reformatio in pejus*.

Finalmente, é indevida a cumulação da cláusula penal (2%, letra "b", do parágrafo sexto antes transcrito), porque resta evidenciada a mesma natureza da taxa de administração e da cláusula penal, ambas tendo por objetivo indenizar os prejuízos pela inexecução do contrato, revelando-se então inadmissível a cumulação, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem* (proibição da dupla condenação sob o mesmo título).

Posto isso, divergindo tanto do e. Relator quanto do d. 1º vogal, conheço do recurso da apelante e lhe dou parcial provimento para reformar em parte a r. sentença e determinar que a devolução das parcelas pagas respeite a retenção de 17/% (dezessete por cento) do valor até então pago pelos compradores, além do valor já fixado pelo douto juízo de 1% a título de taxa de fruição, mais os valores efetivamente pagos pela apelante a título de impostos, taxas e multas devidos à municipalidade e concessionárias de água e luz, estes últimos a serem apurados em liquidação de sentença.

É como voto.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (4º Vogal)

Acompanho o Des. Dorival Renato Pavan, com a ressalva de que o valor correspondente à corretagem de imóvel (5% sobre o preço total ajustado e corrigido) poderá ser retido, desde que comprovado o pagamento ao corretor de imóveis intermediário da transação.

Este Relator vinha entendendo pela ilegalidade da cobrança de comissão de corretagem.

Confira-se:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – CPC/73. 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. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR API SPE 39 PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIO LTDA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – MÉRITO – LEGALIDADE*

DA COBRANÇA DA COMISSÃO DE CORRETAGEM – NÃO RECONHECIDA. – RECURSO DESPROVIDO. É de 10 (dez) anos o prazo prescricional da pretensão de rescisão contratual c.c. restituição da valores, por se tratar de ação pessoal. ***Trata-se de prática abusiva a cobrança de qualquer importância a título de comissão de corretagem nos contratos de venda e compra de imóveis novos e/ou na planta quando o consumidor se dirige diretamente ao stand de vendas da incorporadora ou construtora.*** *RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR ALFREDO MARQUES DOS REIS – RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – LEGALIDADE DA COBRANÇA DA COMISSÃO DE CORRETAGEM – NÃO RECONHECIDA. RESTITUIÇÃO EM DOBRO – NÃO COMPROVADA A MÁ-FÉ – IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não comprovada a má-fé quando da cobrança dos valores a título de comissão de corretagem, a devolução dar-se de forma simples". (Rel.: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, j: 31/05/16, p: 06/06/16)*

Ocorre que firmou-se tese, em recurso repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça, de que é válida a cláusula de transferência, ao consumidor, da responsabilidade pelo pagamento da taxa de corretagem, desde que previamente informado.

Confira-se:

"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. ORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA BRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA. I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: ***1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.*** *1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. II - CASO CONCRETO: 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1. 2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2. III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO". (STJ. REsp n. 1.599.511/SP, Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j: 24/08/16, p: 06/09/16)*

Portanto, a cobrança da comissão de corretagem é possível, desde que: (i) prevista no contrato; e (ii) o valor da comissão seja destacado do valor do imóvel.

A possibilidade de desconto da comissão de corretagem dos valores a serem restituídos ao consumidor é prevista na Lei n. 13.876/2018, nos seguintes termos:

"Art. 32-A. Em caso de resolução contratual por fato imputado ao adquirente, respeitado o disposto no § 2º deste artigo, deverão ser restituídos os valores pagos por ele, atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, podendo ser descontados dos valores pagos os seguintes itens: (...)

II - o montante devido por cláusula penal e despesas administrativas, inclusive arras ou sinal, limitado a um desconto de 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato;

V - a comissão de corretagem, desde que integrada ao preço do lote".

O contrato firmado prevê que a responsabilidade pelo EVENTUAL pagamento de comissão de corretagem é da vendedora, ressalvando que, havendo a rescisão contratual, a despesa será cobrada do comprador.

Veja-se:

Parágrafo Sexto:- Ocorrendo a rescisão do presente Compromisso por qualquer das hipóteses estabelecidas nesta cláusula o **COMPRADOR** receberá a importância que efetivamente pagou, em igual número de parcelas e acrescidas da mesma correção monetária, descontando os seguintes percentuais:

a) Desconto de **5% (cinco por cento) sobre o preço total ajustado e corrigido,** referente aos honorários eventualmente pagos pela VENDEDORA ao corretor de imóveis intermediário da transação, visto ser o mesmo uma prestação de serviço autônomo, independente do contrato de compra e venda ora firmado;

Sendo assim, do valor a ser restituído à requerente, deve ser subtraída, também, a comissão de corretagem, que corresponde a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, desde que comprovado o pagamento ao corretor de imóveis intermediário da transação.

Diante do exposto, com vênias ao relator, acompanho o voto do Des. Dorival Renato Pavan, com a ressalva de que o valor de 5% sobre o preço total ajustado e corrigido, referente à comissão de corretagem, poderá ser retido apenas se comprovado o pagamento ao corretor de imóveis intermediário.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso principal e julgaram prejudicado o adesivo, nos termos do voto intermediário do des. Claudionor Miguel Abss Duarte julgamento em conformidade com o art. 942 do cpc.

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Dorival Renato Pavan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Amaury da Silva Kuklinski

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2021.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível nº 0800925-60.2013.8.12.0013 - Jardim

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C REIVINDICATÓRIA – AGRAVO RETIDO – PRELIMINARES DE INCAPACIDADE DE PARTE E DE DECADÊNCIA – REJEITADAS – REVERSÃO DE DOAÇÃO DE IMÓVEL AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO – NULIDADE DA ATA, POR DESRESPEITO À REGRA QUE EXIGE A VOTAÇÃO EM ASSEMBLEIA EXTRAORDINÁRIA – NÃO CARACTERIZAÇÃO – NORMA ESTATUTÁRIA EM SENTIDO CONTRÁRIO – DECISÃO TOMADA EM ASSEMBLEIA, REALIZADA PELA DIRETORIA DE CLUBE ESPORTIVO, DE ACORDO COM O ESTATUTO E NA PRESENÇA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO FIXADO NA DOAÇÃO – ATO DE ACORDO COM A FINALIDADE PRECÍPUA DA DOAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Embora o pedido do apelante apresente referências ao "documento" de transferência do imóvel do clube ao município, sua finalidade é a invalidação de negócio jurídico (nulidade absoluta), o que afasta a aplicabilidade do artigo 48, parágrafo único, do Código Civil, que versa sobre nulidade relativa (também conhecida por anulabilidade), e a alegação de decadência, consequentemente.

Se há previsão no art. 44, letra "a", do Estatuto do Clube, no sentido de autorizar o Presidente a representação do apelante em juízo ou fora dele, sem qualquer ressalva quanto à necessidade de autorização da Diretoria, não há se falar em incapacidade.

Resta descaracterizada a nulidade da ata em que a Diretoria de Clube esportivo deliberou pela reversão de bem ao Município, porque o art. 60, do Estatuto do respectivo ente associativo, não estabelece que essa providência deve ser adotada apenas em Assembleia-Geral Extraordinária.

Ademais, os membros da Diretoria do Clube, presentes no ato impugnado pelo apelante (que contou com a presença do representante do Ministério Público e dos herdeiros dos doadores), concordaram com a transferência, dando validade ao negócio realizado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, negaram provimento ao Agravo Retido e negaram provimento à Apelação interposta por Esporte Clube Jardim, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de março de 2021.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Esporte Clube Jardim, em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Jardim, que julgou improcedente o pedido formulado na Ação

Declaratória de Nulidade de Negócio Jurídico, ajuizada pelo apelante contra o Município de Jardim (f. 374-378).

Alega o apelante que a Ata nº 001/2007 é inválida, pois: 1) não constou a assinatura do Promotor de Justiça que a convocou; 2) os diretores do Clube não foram corretamente identificados e não há como verificar suas assinaturas (ilegíveis); 3) não foi apresentada a lista das pessoas mencionadas na Ata nº 001/2007; 4) não houve manifestação de concordância dos doadores com a transferência da área do Clube para o Município; 5) o rol do art. 60, do Estatuto do Clube, não é taxativo, sobre as hipóteses em que se exige a realização de assembleia extraordinária, o que autoriza a analogia com a situação de venda de bens; 6) a reversão contraria a vontade dos doadores e também o conteúdo do art. 1.275, do Código Civil, pois essa medida não é uma das formas de extinção da propriedade; que não há se falar em decadência, pois o pedido refere-se à invalidade absoluta do negócio jurídico, e não de nulidade relativa (anulabilidade).

Requer a reforma da sentença.

Nas contrarrazões, o Município de Jardim requer, preliminarmente, a apreciação do Agravo Retido (acolhimento da tese de decadência), de o improvimento do recurso (f. 64-68).

É o relatório.

VOTO

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

Consta dos autos que o apelante adquiriu, por meio de Doação, o imóvel de 01 hectare e 75 metros quadrados, em 14 de dezembro de 1959, local onde foi construído o Estádio Major Costa.

Todavia, segundo narra o recorrente, a Diretoria do Clube, em 2007, decidiu que o imóvel deveria ser transferido ao patrimônio Público Municipal (reversão), com fundamento na impossibilidade de cumprimento de encargo estabelecido na Escritura Pública de Doação.

Sustenta que o negócio jurídico acima referido foi realizado por meio da Ata nº 001/2007, a qual teria diversos motivos para a sua invalidação, consoante os termos das razões recursais.

Requereu o apelante, na inicial, a procedência dos pedidos, a fim de que fosse declarada a nulidade do documento que transferiu a posse do imóvel para o apelado, a procedência do pleito reivindicatório, a restituição do bem e o cancelamento da averbação do negócio na matrícula nº 948, do Registro de Imóveis de Jardim, MS (f. 16).

Transcorrido o andamento do feito, a MM. Juíza singular proferiu decisão saneadora, afastando as preliminares de incapacidade de parte e de decadência, arguidas pelo Município de Jardim; deferiu a realização de prova pericial, a respeito do tamanho da área objeto da doação (f 137-141).

Contra a decisão acima o apelante interpôs o Agravo de Instrumento nº 1410320-95.2015.8.12.0000 (de minha relatoria), o qual não foi conhecido, pois à época (CPC/1973), a discussão sobre questões não urgentes deveria ser proposta mediante Agravo Retido (f. 334-335).

Desse modo, antes de apreciar o mérito do recurso, mister se faz analisar as alegações de decadência e de incapacidade do autor para comparecer em juízo, tópicos do Agravo Retido ratificados nas Contrarrazões (f. 419-423).

I – Agravo Retido – Alegação de decadência quanto ao pleito anulatório.

Consoante alegado pelo recorrido, *"a deliberação pelos membros da Administração/Diretoria do ECJ – MS sobre negócio jurídico demandado foi efetivada em uma reunião na sede do Ministerio Publico*

Estadual, com o aval do representante do Ministério Público (Patrimônio Público) e a participação do Prefeito Municipal da época, bem como com a anuência dos herdeiros dos doadores do imóvel em foco, na data de 02.08.2007." e, assim, *"tem-se que a presente ação foi distribuída em 17/07/2013, ou seja, após 5 (cinco) anos e 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias da data em que foi protocolada a decisão dos membros da Administração/Diretoria do ECJ – MS junto ao CRI desta comarca na data de 20.12.2007."*

A base legal da afirmação do apelado é o art. 48, parágrafo único, do Código Civil:

> *"Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso.*
>
> *Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude."*

Na decisão proferida às f. 228-232, ficou esclarecido que a decadência não poderia ser invocada no caso concreto, porque os fatos narrados no processo referem-se à nulidade absoluta, cuja apreciação não padece com o tempo, tal como ocorreria com as nulidades relativas, também comumente conhecidas como "anulabilidades".

Eis o teor da decisão:

> *"(...) Com efeito, a nulidade absoluta se verifica quando a norma, o ato jurídico ou o negócio jurídico é contrário à lei ou sofre de algum vício essencial relativo à forma prevista em lei para a prática do ato, à qualidade das pessoas que participam da sua criação, ao objeto do ato e às condições em que se dá a manifestação de vontade. A nulidade absoluta impede que o ato produza qualquer efeito, desde o momento da sua formação (ex tunc).*
>
> *Assim, a sentença que decreta a nulidade retroage à data do nascimento do ato viciado. A idéia é que os seus efeitos desapareçam como se nunca houvessem se produzido. A nulidade absoluta é fundamentada no interesse social de que o ato praticado não ganhe força, de modo que as causas de nulidade se escoram em razões de ordem pública e não privada.*
>
> *Assim, quando há nulidade absoluta, deve ser proposta uma ação declaratória de nulidade. Essa ação, diante de sua natureza predominantemente declaratória, é imprescritível, ou melhor, não se sujeita a prescrição ou decadência. A imprescritibilidade ainda está justificada porque a nulidade absoluta envolve preceitos de ordem pública, impedindo, consequentemente, que o ato convalesça pelo decurso do tempo (art. 169, CC)."*

As nulidades relativas ou anulabilidades sujeitam-se a prazos decadenciais, tal como ocorre no caso de invalidação das decisões tomadas por pessoa jurídica dotada de órgão decisório coletivo (assembleias, etc.), na dicção do já citado artigo 48, parágrafo único, do Código Civil.

Entretanto, o pedido do apelante, embora apresente referências ao "documento" de transferência do imóvel do clube ao município, tem como finalidade invalidar o negócio jurídico (a transferência ou reversão), tanto que foram apontados inúmeros fundamentos relacionados a esse propósito, e que compõem o mérito da ação e, respectivamente, do recurso.

Portanto, o Agravo retido não merece provimento neste ponto.

II – Agravo Retido – Alegação de Incapacidade de ser parte

Segundo defende o apelado, o atual Presidente do Esporte Clube Jardim não poderia, isoladamente sem autorização do órgão colegiado, propor a presente demanda, segundo disposição dos artigos 1º, §1º, 3º, 32, §1º, 33, §4º, 38, 43, I, e 85, do Estatuto do Clube.

Todavia, os dispositivos estatutários citados pelo apelado não estão relacionados a algum tipo de requisito ou vedação quanto à representação em Juízo, ou mesmo para a propositura das ações correspondentes,

mas sim versam sobre responsabilização civil, solução de casos urgentes, criação de salvaguardas e garantias, depósito de bens, etc. (f. 248-253).

Ademais, ao ajuizar a ação, o Clube, por meio do seu Presidente, não estava defendendo direito dos associados, e tampouco veio a Juízo em nome próprio, a ponto de atrair a interpretação do STF sobre o art. 5º, XXI, da CF, sendo, portanto, diversa a situação dos autos em relação aos julgados listados às f. 251-252 (STF, Reclamação nº 5.215-Agr/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, e casos do TJDFT e TJMG).

Como bem ressaltou a MM. Magistrada *a quo*, o art. 44, letra "a", do Estatuto do Clube, por sua vez, é claro ao autorizar ao Presidente a representação do apelante em juízo ou fora dele, sem qualquer ressalva quanto à necessidade de autorização da Diretoria.

Em face do exposto, nego provimento ao Agravo Retido interposto pelo recorrido, o que implica na manutenção da decisão que rejeitou as preliminares de decadência e de incapacidade de parte, arguidas pelo apelado em sua contestação.

III – Mérito – Alegação de Nulidade Absoluta do Negócio Jurídico (transferência de imóvel ao Município)

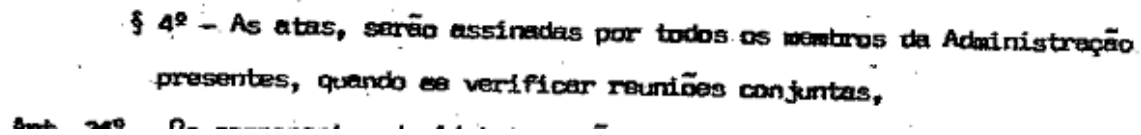
A origem do negócio jurídico mencionado nos autos – transferência do imóvel constante na matrícula nº 948, do Registro de Imóveis de Jardim, MS -, é a Ata nº 001/2007, juntada às f. 30-31.

O primeiro defeito a ser analisado é a ausência da relação das pessoas que assinaram a Ata nº 001/2007, porque, caso os signatários não possam ser identificados, o negócio poderia ser invalidado por ausência de capacidade da parte ou mesmo pelo desconhecimento da manifestação de vontade do Clube (artigos 104 e 166, do Código Civil).

Pelo teor do documento de f. 30-32, verifica-se que a reunião ocorreu em 02 de agosto de 2007, no prédio do Ministério Público, por convocação do Promotor Gevair Ferreira de Lima Júnior; estavam presentes: o Prefeito, Evandro Antônio Bazzo, o então Presidente do Clube, João Pereira do Nascimento, além dos membros da Diretoria empossada para aquele período.

De fato, não consta a listagem dos nomes que assinaram à f. 31-32, mas o Estatuto não obriga que as atas assinadas pelos membros da Diretoria apresentem esse requisito (f. 35-59).

Aliás, no art. 33, §4º, do Estatuto, consta expressamente que as atas serão assinadas por todos os membros da administração presente, quando se verificar reuniões conjuntas:


§ 4º – As atas, serão assinadas por todos os membros da Administração presentes, quando se verificar reuniões conjuntas,

Como é possível observar, não há exigência de apresentação de lista.

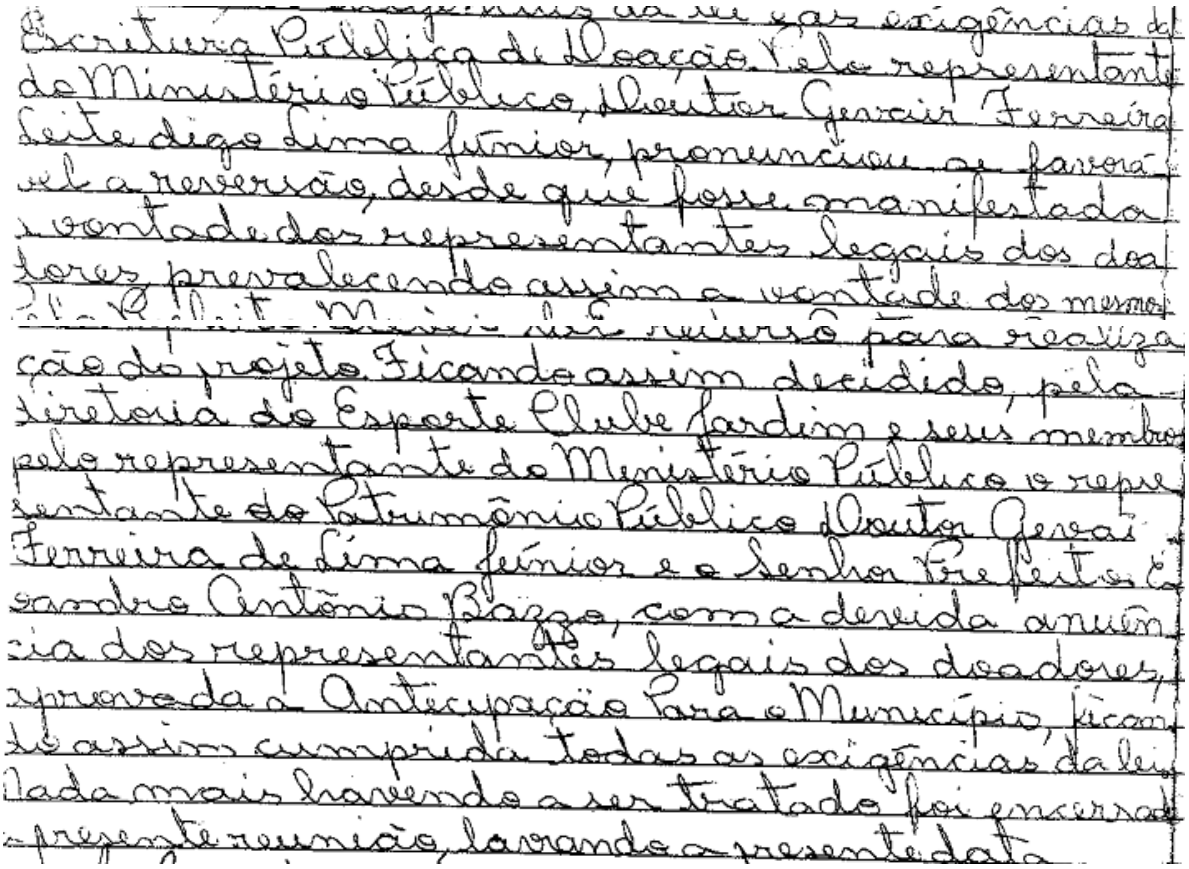
Eventual questionamento das assinaturas, por outro lado, é ônus do autor, que, como não requereu prova grafotécnica, não pode insurgir-se contra a veracidade do documento ou de aspectos formais, inclusive em relação à rubrica do Promotor que estava presente na reunião.

Ademais, tratando-se de interpretação de regras estatutárias, representativas da vontade de uma entidade associativa e não da lei em si, descabe falar-se em interpretação extensiva ou em analogia em relação à situação de venda de bens, quanto ao rol do art. 60, do Estatuto do Esporte Clube Jardim (sobre as hipóteses em que se exige a realização de assembleia extraordinária).

Deixando o apelante de comprovar quaisquer vícios no que pertine às assinaturas constantes na Ata nº 001/2007, resta demonstrado que ele não cumpriu o ônus que lhe cabia, por força do art. 333, I, do CPC/1973 (art. 373, I, do CPC/2015), vigente até a data da decisão saneadora.

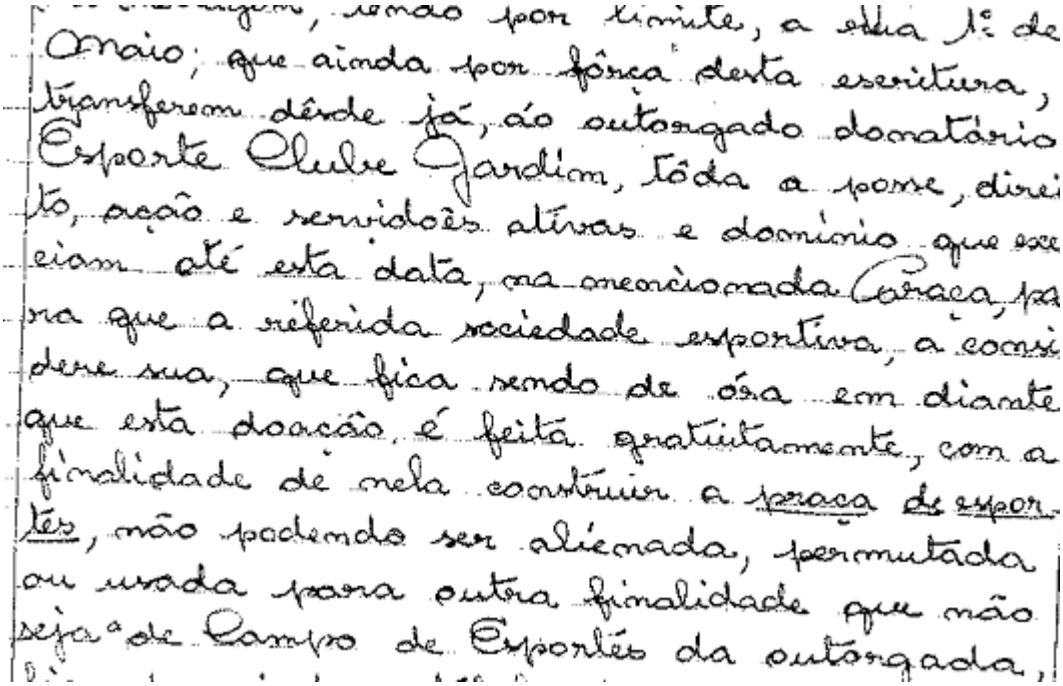
Por outro lado, a concordância dos doadores (Alberto Rodrigues da Costa e suma mulher), quanto à transferência, não era manifestação/declaração de vontade própria da Ata nº 001/2007, mas prévia a esse momento (Escritura Pública lavrada em 14/12/1959, e, de qualquer modo, eles não se insurgiram contra a reversão.

De qualquer modo, a Ata nº 001/2007, assinada pelos membros da Diretoria do Clube, mencionou que a reversão era do conhecimento e concordância por parte dos doadores (seus representantes legais), senão veja-se (f. 22-27):



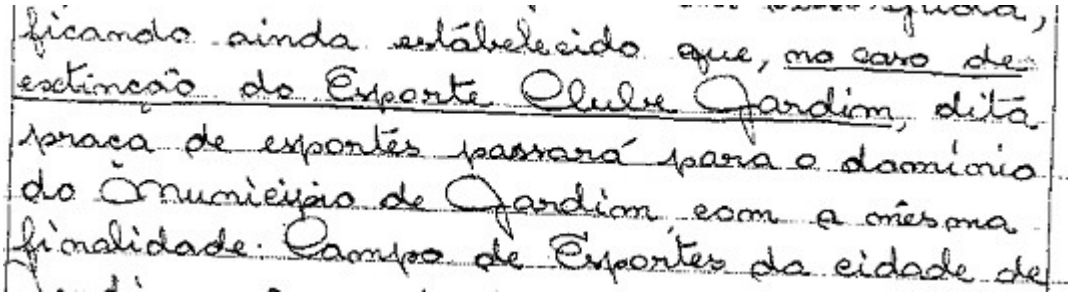
Escritura Pública de Doação. Pelo representante do Ministério Público, Doutor Gervásio Ferreira Leite Diogo Lima Júnior, pronunciou-se favorável a reversão, desde que fosse manifestada a vontade dos representantes legais dos doadores, prevalecendo assim a vontade dos mesmos [illegible] recurso para realização do projeto. Ficando assim decidido, pela Diretoria do Esporte Clube Jardim e seus membros pelo representante do Ministério Público e representante do Patrimônio Público Doutor Gervásio Ferreira de Lima Júnior e o Senhor Prefeito Municipal Pedro Antônio Bazzo, com a devida anuência dos representantes legais dos doadores, aprovada a Antecipação para o Município, ficam assim cumprida todas as exigências da lei. Nada mais havendo a ser tratado foi encerrada a presente reunião, lavrando a presente data

Também não há se falar em contrariedade vontade dos doadores em relação à reversão, porque a doação previa um encargo, atinente à construção da Praça de Esportes, e não apenas um estádio de futebol, como foi implementado até então, o que justificou a convocação pelo Ministério Público, no tocante à necessidade de cumprimento da finalidade, como expressamente desejado pelos doadores, na Escritura Pública, de 14/12/1959:



[illegible] senão por limite, a 1ª de Maio; que ainda por força desta escritura, transferem desde já, ao outorgado donatário Esporte Clube Jardim, tôda a posse, direito, ação e servidões ativas e domínio que exerciam até esta data, na mencionada Praça, para que a referida sociedade esportiva, a considere sua, que fica sendo de ora em diante que esta doação é feita gratuitamente, com a finalidade de nela construir a praça de esportes, não podendo ser alienada, permutada ou usada para outra finalidade que não seja a de Campo de Esportes da outorgada,

Todavia, dúvida há sobre a previsão de transferência do bem doado ao Município, no caso de descumprimento do encargo (construção da Praça de Esportes), pois essa solução estaria ligada, de modo expresso, apenas quanto ao caso de EXTINÇÃO do Esporte Clube Jardim:


ficando ainda estabelecido que, no caso de
extinção do Esporte Clube Jardim, dita
praça de esportes passará para o domínio
do Município de Jardim com a mesma
finalidade: Campo de Esportes da cidade de

A ausência de referência expressa, dos doadores, sobre qual seria o destino do imóvel doado, caso não fosse cumprida a sua vontade, qual seja, a construção da Praça de Esportes, não pode ser interpretada como impossibilidade ou invalidade na hipótese de destinação idêntica à de transferência por extinção do Clube, pois essa solução dá ensejo ao mesmo sentido da outra situação expressamente mencionada na Escritura de Doação, tanto que os representantes legais dos falecidos doadores, presentes na deliberação da Ata nº 001/2007.

Portanto, resta claro que a transferência do bem imóvel ao Município de Jardim não contraria a vontade dos doadores, muito menos o art. 1.275, do Código Civil, pois o caso versado neste processo não está relacionado ao fenômeno da perda de propriedade, mas sim de transferência.

Por todos esses fundamentos, entendo que a sentença deve ser mantida.

Diante do exposto, nego provimento ao Agravo Retido nego provimento interposto pelo Município de Jardim, o que implica na manutenção da decisão que rejeitou as preliminares de decadência e de incapacidade de parte, arguidas pelo apelado em sua contestação; quanto ao mérito, nego provimento à Apelação interposta por Esporte Clube Jardim, mantendo integralmente a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido e negaram provimento à apelação interposta por esporte clube jardim, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 24 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Agravo de Instrumento nº 1415740-08.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA DE URGÊNCIA – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA DE TRATAMENTO ESPECÍFICO INDICADO POR MÉDICO ESPECIALISTA – AUTISMO – ROL DA ANS – EXEMPLIFICATIVO – PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO CONFIGURADOS – RECURSO DESPROVIDO.

De acordo com a redação do art. 300, *caput*, do CPC, para a concessão da tutela de urgência mostra-se necessária a presença dos seguintes pressupostos: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No caso, encontram-se presentes os requisitos legais autorizadores, considerando a complexidade do quadro clínico que apresenta (criança portadora de Transtorno do Espectro Autista), bem como o fato de a patologia em questão estar devidamente listada no rol da Organização Mundial de Saúde sob o CID 10 F.84.

Consoante posicionamento do STJ, o fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2021

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Divoncir Schreiner Maran.

Unimed Campo Grande/MS – Cooperativa de Trabalho Médico agrava da decisão que concedeu a tutela antecipada nos autos da Ação de Obrigação de Fazer ajuizada por *****, representada por sua mãe Ana Carolina Martins.

Sustenta que o juiz singular foi levado a erro quando deferiu a tutela de urgência para o tratamento de Análise de Comportamento Aplicado ABA, diante da ausência do *fumus boni iuris e pericum in mora.*

Explica que o contrato de prestação de serviços médico e hospitalares que a agravada está vinculada é empresarial, com segmentação ambulatorial e hospitalar com obstetrícia, incluso em 01.09.2019.

Aduz que o contrato em questão não possui cobertura para tratamentos não previstos no Rol de Procedimentos da ANS, conforme exclusão expressa de cobertura na Cláusula Décima Primeira, item 11.1, subitem bb, sendo, portanto, inquestionável a limitação contratual e de direitos da agravada.

Discorre sobre a possibilidade de limitação contratual ao rol de procedimentos da ANS, nos termos do julgamento do STJ no Recurso Especial nº 1.733.013/PR (2018/0074061-5) – considerado repetitivo e, portanto, vinculante às próximas decisões judiciais que sobrevierem acerca do tema –, reconhecendo a taxatividade do Rol de Eventos e Procedimentos em Saúde da ANS.

No desfecho, pede a atribuição do efeito suspensivo e o provimento de seu agravo nos pontos discutidos.

Resposta às fl. 402/451, pelo desprovimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fl. 472/479, pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

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

A parte agravante requer a reforma da decisão que antecipou os efeitos da tutela para que fosse fornecido à parte agravada intervenção terapêutica de base comportamental com psicólogo habilitado pelo método ABA, terapia ocupacional com integração sensorial e fonoaudiologia com especialização em linguagem, conforme indicado no laudo de fl. 58, por tempo indeterminado, cujo pagamento deverá ser efetuado conforme os valores estipulados pelos referidos profissionais, diretamente a eles, sob pena de multa diária de R$.1.000,00 (mil reais), limitada, ao valor da causa.

É certo que o art. 300, do CPC/2015, prevê que a tutela de urgência, espécie de tutela provisória (art. 294[1], CPC/15), será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo ser de natureza cautelar ou antecipada.

Em sede recursal, a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória de urgência, devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos (art. 299, parágrafo único, CPC/15), a fim de ser deferida, ou não, a medida liminar pleiteada.

Neste sentido:

> **"***EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA ANTECEDENTE - REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA ART. 300 DO CPC/15 - PRESENTES - AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO DECISÃO MANTIDA. Se apresentando, em cognição sumária, os requisitos essenciais para a concessão da tutela prevista no art. 300, do CPC, é de ser deferida a medida antecipatória. Precedentes. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1410393-62.2018.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 10/07/2019, p: 12/07/2019)*

De início, curial destacar que a relação contratual existente entre as partes se submete às regras da Lei n.º 8.078/90, consoante o disposto na Súmula 469, do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

> **"***Súmula. 469. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde."*

De acordo com a legislação consumerista, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47), caracterizando-se abusivas aquelas que o coloquem em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade (art. 51, IV).

1 Art.294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Com efeito, os contratos de assistência à saúde firmados entre particulares têm natureza aleatória e relevante finalidade social, não podendo prevalecer a tese de que a cobertura de procedimentos esteja restrita aos casos previstos no instrumento contratual ou no rol publicado pela ANS, sob pena de desequilíbrio da avença em desfavor do consumidor aderente, que ficaria, assim, privado de usufruir de qualquer procedimento decorrente do avanço na medicina.

Do contexto dos autos é possível extrair que a agravada possui apenas 02 anos de idade e diagnosticado como portador de Transtorno de Espectro Autista (CID 10 F-84) e necessita dos tratamentos conforme requeridos pelo profissional médico que a acompanha (f. 58-78).

Além do mais, a lista disponibilizada pela agência reguladora - ANS, traz apenas a referência básica para cobertura assistencial mínima obrigatória nos planos de saúde, não indicando minuciosamente todos os tratamentos que devem ser cobertos pelas operadoras.

Nesse sentido:

> *"(...) 2 - Consoante jurisprudência iterativa das Cortes nacionais, inclusive do Colendo Superior, o contrato pode prever quais moléstias estarão cobertas pelo plano de saúde, mas não os tratamentos a serem utilizados, sobrelevando o princípio da dignidade da pessoa humana na interpretação do pacto, razão pela qual tem-se que o rol de procedimentos da ANS é meramente exemplificativo, devendo-se afastar apenas tratamentos experimentais, sem comprovação científica de eficácia e, muito menos, reconhecido como medida terapêutica pelos órgãos e entidades competentes para tanto, tais como a própria ANS e o Conselho Federal de Medicina. 3 - Recurso conhecido e desprovido." (TJMS – Apelação 0035066-48.2011.8.12.0001, Des. Vladimir Abreu da Silva, 5.ª Câmara Cível, 02/02/2015).*

A Corte Superior também já se manifestou sobre a questão:

> *"(...) 2. O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. 3. É inviável agravo regimental que deixa de impugnar fundamento da decisão recorrida por si só suficiente para mantê-la. Incidência da Súmula n. 283 do STF. 4. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada" (Súmula n. 182 do STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido. (STJ - AgRg no AREsp 708082 / DF, Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 26/02/2016).*

Deste modo, tenho que estão presentes elementos que evidenciam a probabilidade do direito da agravada, considerando a complexidade do quadro clínico que apresenta (criança portadora de Transtorno do Espectro Autista), bem como o fato de a patologia em questão estar devidamente listada no rol da Organização Mundial de Saúde sob o CID 10 F.84.

Ademais, segundo o art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009) dispõe que "Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas".

Vale ressaltar, que a saúde, como bem de extraordinária relevância à vida e à dignidade humana, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, manifestando o legislador constituinte constante preocupação em garantir a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social, o que ressai evidente da interpretação conjunta dos artigos 6.º e 196 a 200, da Constituição Federal.

Como visto, não há motivação suficiente para alteração da decisão de primeiro grau que merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

Isso posto, com o parecer nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Divoncir Schreiner Maran

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0802404-25.2017.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PLANO DE TELEFONIA – CANCELAMENTO DA PORTABILIDADE DENTRO DO PRAZO DE ARREPENDIMENTO – INSISTÊNCIA DA EMPRESA E CORTE DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANUTM FIXADO DE ACORDO COM A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

A apelante não reuniu prova alguma do que alega, não se desincumbindo do ônus processual que lhe competia, quanto à prova da licitude de sua conduta, demonstrando, em verdade, que não procedeu com a portabilidade requerida, mesmo que solicitada dentro do prazo legal. Desse modo, clarividente o dano moral sofrido pela Apelada, tratando-se, em verdade, de dano moral *in re ipsa*, o qual dispensa comprovação concreta do infortúnio moral, conforme pacificado entendimento jurisprudencial.

No presente caso, tenho que o *quantum* fixado pelo magistrado a quo (R$10.000,00) se mostra suficiente e proporcional ao caso concreto, sendo tal valor capaz de suprir a violação à honra da parte Apelada, bem como servir de azo coercitivo à Apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM, **em sessão permanente e virtual**, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de março de 2021

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Divoncir Schreiner Maran.

OI S/A Sociedade Empresária em recuperação judicial apela da sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais movida por DDin Detetizadora MS Ltda. e Jair Vicente de Oliveira, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a requerida na obrigação de efetuar a liberação da linha telefônica de prefixo (67) 3321-7836, bem como, ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R$ 10.000,00, ainda, declarou a inexigibilidade da fatura de fls. 192/193.

Em suas razões, a apelante requer, em síntese, a reforma total da sentença, para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais, sob o argumento que prestou todos os serviços contratados e em conformidade com o objeto do ajuste entre as partes. Defende que inexiste nos autos qualquer informação ou comprovação de prejuízo suportado pela parte apelada para configurar danos morais, motivo pelo qual requer o afastamento da condenação ou, caso mantida, a redução do *quantum* arbitrado e, ainda, que os juros de mora incidam a partir da sentença condenatória.

Contrarrazões em fls. 313-325 pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto por OI S/A Sociedade Empresária em recuperação judicial em face da sentença do MM Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais movida por DDin Detetizadora MS Ltda. e Jair Vicente de Oliveira.

Em suas razões (fls. 284-306), a Apelante requer, em síntese, a reforma total da sentença, para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais, sob o argumento que prestou todos os serviços contratados e em conformidade com o objeto do ajuste entre as partes. Defende que inexiste nos autos qualquer informação ou comprovação de prejuízo suportado pela parte Apelada para configurar danos morais, motivo pelo qual requer o afastamento da condenação ou, caso mantida, a redução do *quantum* arbitrado e, ainda, que os juros de mora incidam a partir da sentença condenatória.

Pois bem.

Extrai-se dos autos que a parte Recorrida, contratou os serviços de telefonia da parte Recorrente e, com o fechamento do contrato, esta realizaria o procedimento de portabilidade. Dentro do prazo de 24h de adesão ao referido serviço, a parte Recorrida tomou conhecimento de que o contrato não possuía o plano "siga-me", o qual reputa essencial aos serviços da empresa. Diante disso, exerceu seu direito de desistência da contratação, solicitando o cancelamento da portabilidade.

Após várias e infrutíferas tentativas encetadas para a solução das vicissitudes narradas, alternativa não lhe restou senão o judiciário. Com isso, consta, amargou prejuízos, pois utilizava a linha em comento para o desenvolvimento de seu labor, patenteando, assim, o defeito na prestação de serviços.

Inconteste que, no caso enfocado, a apelante e parte apelada se enquadram, respectivamente, nas definições de fornecedora e consumidora, previstas na lei consumerista, razão pela qual, por se tratar de relação de consumo, incidem na espécie as regras do Código de Defesa do Consumidor, o que, inclusive, foi destacado na sentença.

De fato, a responsabilidade civil da recorrida é objetiva, a teor do disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

Não menos verdade é que a responsabilidade do fornecedor só será excluída se restar comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, I e II, do CDC), o que não ocorreu no caso dos autos.

À evidência, o juízo *a quo* bem destacou a conduta ilícita da recorrente, *vide:*

> *"Nesse contexto, observa-se que a solicitação de cancelamento deve ser feita dentro do prazo de dois dias úteis para que a portabilidade não seja concluída.*

Nesse passo, a parte autora alega na inicial que solicitou o cancelamento da portabilidade após 24 (vinte e quatro) horas da contratação, logo que tomou conhecimento de que a requerida não possuía o plano "siga-me".

Em contrapartida, a requerida, em sua contestação, não impugnou a alegação de que o pedido de cancelamento da portabilidade foi feito após 24 (vinte e quatro) horas da contratação, tampouco demonstrou nas telas sistêmicas acostadas aos autos a data do pedido de cancelamento, mas somente aduziu que, para que a linha telefônica fosse transferida a qualquer outra operadora, era imprescindível que o número estivesse habilitado, seja qual for a concessionária, para que uma nova atuasse como receptora.

Portanto, tenho que o pedido de cancelamento da portabilidade efetuado 24 (vinte e quatro) horas após a contratação é fato incontroverso nos autos e demonstra que a parte autora solicitou o cancelamento dentro do prazo previsto pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Assim, é certo que a requerida deu início ao processo de portabilidade mesmo após o pedido de cancelamento realizado pela parte autora e somente por esta razão tornou-se necessária a conclusão da habilitação da linha telefônica da autora junto à requerida, para que pudesse ser realizada a portabilidade reversa para a operadora de origem, já que o processo de portabilidade já havia sido iniciado pela ré.

Registre-se que tanto as gravações telefônicas acostadas aos autos, quanto as arquivadas em cartório, somente demonstram que os atendentes da requerida asseveraram ser indispensável que a linha de telefone da parte autora fosse habilitada para possibilitar a portabilidade reversa para a operadora de origem, não tendo feito qualquer comentário acerca de eventual irregularidade ou intempestividade do pedido de cancelamento da portabilidade feito pela parte autora.

Nesse norte, considerando que o imbróglio que envolve a lide está relacionado à existência de má prestação dos serviços contratados, tenho que a parte autora se desincumbiu do seu ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, demonstrando a irregularidade na prestação dos serviços pela parte ré.

Nessas circunstâncias, é certo que a requerida não desconstituiu os fatos alegados pela autora, mesmo sendo possibilitada a ampla instrução processual, tendo restado caracterizada a falha na prestação dos serviços por ela prestados, razão pela qual o pedido de obrigação de fazer no sentido de obrigar a requerida a efetuar a liberação da linha telefônica da parte autora merece procedência."

Vê-se, desse modo, que a apelante não reuniu prova alguma do que alega, não se desincumbindo do ônus processual que lhe competia, quanto à prova da licitude de sua conduta, demonstrando, em verdade, que não procedeu com a portabilidade requerida, mesmo que solicitada dentro do prazo legal.

Ademais, nota-se que a Apelante não logrou êxito em comprovar a existência das supostas tratativas entabuladas entre as partes, não se ignorando que em situações tais as comunicações são gravadas pelas próprias operadoras. Bastaria, portanto, apresentar as gravações dos contatos supostamente firmados com a recorrida/consumidora.

Enfim, a recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe cabia a afastar a presunção de veracidade que recai sobre a versão ofertada pela parte apelada/consumidora, motivo pelo qual a sentença não merece reparos.

Aliás, de bom alvitre destacar que quanto à ausência de cautela da apelante, que exerce o seu mister sem adotar os cuidados básicos inerentes, configurada se afigura a conduta que, à evidência, viola a ordem jurídica e amolda-se no disposto no artigo 186 do Código Civil:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. "

Desse modo, clarividente o dano moral sofrido pela Apelada, tratando-se, em verdade, de dano moral *in re ipsa*, o qual dispensa comprovação concreta do infortúnio moral, conforme pacificado entendimento jurisprudencial.

Nesse sentido:

> *RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS – CONTRATAÇÃO DE TELEFONIA MÓVEL E INTERNET -– PORTABILIDADE DE LINHA TELEFÔNICA – DEMORA DE MÊS DA CONCLUSÃO DO SERVIÇO - EVIDENTE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DANO MORAL IN RE IPSA CONFIGURADO – VALOR DA COMPENSAÇÃO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO. Na hipótese, a ré não realizou a portabilidade da linha telefônica conforme contratado em 11/12/12017, fato que somente ocorreu após decorrido um mês da formalização do pedido, apenas em 10/01/2018, ficando o apelado impedido de fazer uso do serviço por este período de tempo, e além disso, teve que fazer utilizar número diverso. A demora injustificável configura evidente falha na prestação do serviço, principalmente porque o requerente trabalha como motorista de aplicativo e necessita do celular para exercer sua atividade profissional. O quantum compensatório há de ser razoável e proporcional ao poder econômico-financeiro do ofensor, à sua culpabilidade e ao grau do dano, de forma a não se tornar inexpressivo e insignificante, escapando à sua função penalizadora e pedagógica. Valor mantido: R$ 10.000,00. (TJMS. Apelação Cível n. 0811502-60.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 31/07/2020, p: 12/08/2020)*
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA COM PEDIDO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – PORTABILIDADE – ANTIGO PLANO – INTERNET E TELEVISÃO – CANCELAMENTO DE SERVIÇOS COM A EMPRESA ANTERIOR – ÔNUS DO AUTOR – DANO MATERIAL – AFASTADO – ATRASO INJUSTIFICADO NA PORTABILIDADE NUMÉRICA – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – R$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) – HONORÁRIOS RECURSAIS 5% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – APELO PARCIALMENTE PROVIDO. Cabia ao autor o cancelamento dos serviços contratados anteriormente com a empresa doadora, e, não da ré-apelada, que caso assim agisse, estaria cometendo ato ilícito. Configurado danos morais por atraso injustificado no serviço de portabilidade numérica da linha telefônica fixa. (TJMS. Apelação Cível n. 0822882-85.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 27/11/2017, p: 30/11/2017)*
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MATERIAIS E MORAIS – PORTABILIDADE – TELEFONIA CELULAR – AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO E ANUÊNCIA DA CONSUMIDORA – MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - PRÁTICA ILÍCITA – DANOS MORAIS – QUANTUM INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A recorrente não logrou êxito em comprovar a realização da portabilidade da linha de telefone móvel a pedido da consumidora, não se desincumbindo do ônus que lhe cabia, o que torna ilícita a sua conduta, violando a ordem jurídica, nos termos do artigo 186 do Código Civil. 2. O ordenamento jurídico pátrio não traz parâmetros fixos para o arbitramento de indenização por danos morais, deixando ao crivo do julgador para que, diante da análise do caso concreto, valore os fatores envolvidos e arbitre a indenização com fulcro na equidade. 3. Recurso conhecido e não provido. (TJMS. Apelação Cível n. 0007894-47.2010.8.12.0008, Corumbá, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz Jairo Roberto de Quadros, j: 16/06/2015, p: 18/06/2015)*

Portanto, inafastável o dever de reparação, passo à análise do pedido de redução do *quantum* indenizatório.

No que tange ao *quantum*, primeiramente, importa deixar claro que a indenização por dano moral para a vítima não leva a ressarcimento, mas à compensação. Já para o causador do dano, representa forma de punição suficiente para inibir sua reincidência.

Para tanto, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as consequências do ato.

Além disso, na quantificação da reparação do dano moral, há que 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.

Em suma, para o arbitramento do dano moral deve-se então levar em consideração as condições do ofensor, do ofendido, bem como do bem jurídico lesado, atendendo ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

No presente caso, em vista dos parâmetros supracitados, tenho que o *quantum* fixado pelo magistrado *a quo* (R$10.000,00) se mostra suficiente e proporcional ao caso concreto, sendo tal valor capaz de suprir a violação à honra da parte Apelada, bem como servir de azo coercitivo à Apelante.

Portanto, sem mais delongas, resta configurado o dever de indenizar em face da Apelante, bem como o valor indenizatório foi fixado de acordo com o caso concreto, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual a sentença há de ser mantida integralmente.

Com relação aos juros de mora sobre o valor da indenização moral, diante do Enunciado da Súmula 54, o STJ já sedimentou entendimento nos seguintes termos:

> *PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXORBITÂNCIA NÃO CONFIGURADA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. (...) 4. O termo inicial da incidência de juros de mora sobre a condenação por danos morais é a partir do evento danoso ou da citação, conforme se trate de relação extracontratual ou contratual, respectivamente. 5. Tendo em vista que a recorrente, no caso, busca modificar o termo inicial dos juros de mora fixado na origem a partir da citação para a data do arbitramento, o aresto não comporta reforma, no ponto. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 305.943/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/05/2013, DJe 16/05/2013)*

Dessa forma, aderindo ao posicionamento da Corte Superior, tratando-se o caso dos autos de dano moral decorrente de contrato, os juros de mora devem incidir a partir da citação, exatamente como constou da sentença.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo intacta a sentença impugnada.

Nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários em 2%.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Divoncir Schreiner Maran

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 8 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0800018-39.2019.8.12.0025 - Bandeirantes

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – REGIME ESTATUTÁRIO – LOTAÇÃO NO SAEE – GRATIFICAÇÃO DE SOBREAVISO OPERACIONAL – ARTIGO 6º DA LEI MUNICIPAL Nº 925/2014 – NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE DECRETO – RECURSO DESPROVIDO.

A concessão da gratificação de sobreaviso operacional aos servidores do SAAE, esbarra na ausência de regulamentação da Lei Municipal pelo Poder Executivo.

É vedado a interferência do Judiciário no tocante à definição da política remuneratória dos servidores municipais, motivo pelo qual, impõe-se o desprovimento do pedido de gratificação formulado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 15 de março de 2021

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Divoncir Schreiner Maran.

Josimar Candido interpõe recurso de Apelação Cível em face da sentença de f. 85-90 que, nos autos da Ação de Cobrança ajuizada em face do Município de Bandeirantes e do SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto, julgou improcedente o pedido inicial.

Aduz inicialmente, que *"é servidor público municipal, sob o regime estatutário, no Município de Bandeirantes, e exerce o cargo de Encanador, com lotação no Serviço Autônomo de Água e Esgoto SAAE no mesmo Município."*

Sustenta que tem direito à Gratificação de Sobreaviso Operacional do Quadro efetivo do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Bandeirantes-MS, prevista pela Lei Municipal nº 925/2014, nos termos dos seus arts. 1º e 2º, caput (f. 96), pois o art. 6º, da referida lei diz que o Poder Executivo Municipal fica autorizado a reajustar anualmente os valores da gratificação, na mesma data e índices aplicados aos servidores do SAAE.

Assevera que *"Na esteira desse dispositivo legal, nos anos de 2015 e 2016, reajustes anuais foram concedidos por meio dos Decretos nº 016/2015 e nº 060/2015 (que dispõem, respectivamente, sobre o reajuste no percentual de 9% e posteriormente de 7,22% na tabela de gratificação de sobreaviso operacional para os servidores do SAAE) e do Decreto nº 011/2016 (que dispõe sobre o reajuste no percentual de 10% na mesma tabela de gratificação), consoante os documentos anexados à inicial."*

Pondera que, nos anos de 2017 e 2018, a Administração Pública Municipal promulgou a Lei º 937/2017, que autorizou o reajuste de 20,05% sobre os vencimentos dos servidores, em 1º de março de 2017, e a Lei nº 1.008/2018, que reajustou os vencimentos em 3% sobre os vencimentos do SAAE, em 1º de janeiro de 2018, mas, no mesmo período, não houve reajustamento sobre a gratificação de sobreaviso operacional.

Entende o apelante que a edição de decreto municipal faz-se desnecessária, para a concessão do reajuste, porque a própria lei serviria como elemento autorizador, sem que haja violação ao enunciado da Súmula Vinculante nº 37, do STF, ou ao art. 39, X, da CF.

Por fim, requer, o provimento do recurso, para que sejam os apelados condenados ao pagamento dos reajustes previstos nos anos de 2017 e 2018 à gratificação de sobreaviso operacional. Prequestiona o art. 37, caput e incisos XV e XV, da Constituição Federal.

Contrarrazões às fl. 122/125 e 127/130, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

Josimar Candido interpõe recurso de Apelação Cível em face da sentença de f. 85-90 que, nos autos da Ação de Cobrança ajuizada em face do Município de Bandeirantes e do SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto, julgou improcedente o pedido inicial.

Cinge-se a controvérsia em saber se o apelante, servidor público municipal, sob o regime estatuário, no município de Bandeirantes, no exercício do cargo de encanador, com lotação no Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE no mesmo Município, faz jus à Gratificação de Sobreaviso Operacional do Quadro efetivo do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Bandeirantes-MS, prevista pela Lei Municipal nº 925/2014, nos termos dos seus arts. 1º e 2º, caput.

Pois bem.

Preceitua o artigo 169 da Constituição Federal de 1988, que qualquer aumento ou vantagem somente pode ser concedido por lei, sendo defeso ao Poder Judiciário majorar vencimento básico de servidor público, questão há tempos sumulada pelo E. Supremo Tribunal Federal:

Súmula 339 - Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. (Sessão Plenária de 13/12/1963)

Nesse ponto, vale consignar que, em 10/11/2014, o e. STF julgou o RE nº. 592.317 com repercussão geral reconhecida, reafirmando o referido entendimento, cuja ementa se transcreve:

> **"***Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Administrativo. Servidor Público. Extensão de gratificação com fundamento no princípio da Isonomia. Vedação. Enunciado 339 da Súmula desta Corte. Recurso extraordinário provido. (RE 592317, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-220 Divulg 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014)"*

Bem esclarece o Informativo nº. 756 do e. STF: Processo RE - 592317 Artigo:

> *Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem a função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, reafirmou o Enunciado 339 da Súmula do STF e deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão que estendera gratificação com base no princípio da isonomia. O Tribunal afirmou que a jurisprudência do STF seria pacífica no*

sentido de que o aumento de vencimentos de servidores dependeria de lei e não poderia ser efetuado apenas com base no princípio da isonomia. Salientou que tampouco seria possível a equiparação salarial, a pretexto de resguardar a isonomia entre servidores de mesmo cargo, quando o paradigma emanasse de decisão judicial transitada em julgado. Observou que, nos termos da Lei 2.377/1995 do Município do Rio de Janeiro, a gratificação de gestão de sistemas administrativos seria específica para os servidores em exercício na Secretaria Municipal de Administração - SMA. Frisou que o recorrido, apesar de ocupante de cargo efetivo da SMA, estaria em exercício em secretaria diversa. Dessa forma, não cumpriria os requisitos legais para o recebimento e a incorporação da referida gratificação. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber, quanto ao conhecimento do recurso. Pontuavam que o conflito de interesse teria solução final no âmbito do Poder Judiciário estadual, já que a controvérsia envolveria interpretação conferida à lei municipal e ao decreto que a regulamentara. Além disso, seria necessário revolver os elementos probatórios para assentar premissas diversas das constantes do acórdão recorrido. Vencido também no mérito o Ministro Marco Aurélio, que negava provimento ao recurso extraordinário. RE 592317/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 28.8.2014. (RE-592317)

Logo após o julgado, o e. STF publicou a Súmula Vinculante nº. 37, nos exatos termos: "*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia*".

Como bem fundamentou o juiz de instância singela em suas fl. 88, o qual passo a transcrever, como fundamento:

> ***"****Sucede que o art. 6º da Lei Municipal n.º 925/2014 (dispõe sobre a instituição da gratificação de sobreaviso) estabelece que "As despesas decorrentes desta Lei correrão à conta dos recursos orçamentários próprios da Autarquia Municipal, ficando o Poder Executivo autorizado a reajustar anualmente os valores da Gratificação de Sobre Aviso na mesma data e índices aplicados aos servidores do SAAE através de Decreto." (grifo nosso).*
>
> *Assim, segundo a própria legislação relativa ao adicional de sobreaviso operacional, faz-se mister a edição de decreto para regulamentar a implantação do reajuste. Ou seja, é imprescindível que haja previsão legal e regulamentação para sua aplicação aos servidores públicos lotados na SAAE.*
>
> *Aliás, é importante registrar que nos anos anteriores, tal como ocorreu em 2015 e 2016, após a publicação de ato legislativo dispondo sobre a recomposição salarial dos servidores lotados na SAEE (ex.: Lei Municipal n.º 949/2015 – fl. 27; Lei Municipal n.º 04/2016 – fl. 34), ocorreu a edição do respectivo decreto regulamentar (ex.: Decreto Municipal n.º 060/2015 – fl. 32; Decreto Municipal n.º 11/2016 – fl. 37).*
>
> *Portanto, em que pese haver legislação municipal prevendo o pagamento de reajuste sobre a gratificação de sobreaviso operacional, a sua efetiva implantação depende de regulamentação específica aprovada por ato do Prefeito Municipal.*
>
> *Não basta a existência de previsão de lei formal para que o servidor faça jus ao recebimento dos reajustes almejados, sendo necessária a edição, pelo Executivo, de regulamentação específica, sendo vedado ao Poder Judiciário estender tal direito aos servidores, pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes."*

Ademais, o direito de reajustamento anual da gratificação de sobreaviso depende da previsão legal autoaplicável, ou seja, Decreto Municipal, senão veja-se: (Lei Municipal n.º 925/2014) *"Art. 6º - As despesas decorrentes desta Lei correrão à conta dos recursos orçamentários próprios da Autarquia Municipal, ficando o Poder Executivo autorizado a reajustar anualmente os valores da Gratificação de Sobre Aviso na mesma data e índices aplicados aos servidores do SAAE através de Decreto."*

Portanto, mesmo que as Lei Municipais nº 973/2017 e 1000/2018 tenham previsto reajuste anual aos vencimentos dos servidores municipais, resta evidente que a lei específica sobre a gratificação de sobreaviso

(Lei nº 925/2014), estabeleceu que o Poder Executivo Municipal somente poderia estender este aumento à vantagem, caso editasse decreto, em conformidade com sua disponibilidade financeira.

No presente caso, o servidor ora recorrente por se enquadrar em regime estatutário fica sujeito, a autonomia municipal.

Isso posto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Divoncir Schreiner Maran

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 15 de março de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Embargos de Declaração Cível nº 0800031-43.2020.8.12.0012/50000 - Ivinhema

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – CONTRATAÇÃO EXISTENTE – RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES COMPROVADA – QUITAÇÃO DEMONSTRADA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – REJEITADOS.

Inexistentes os vícios contidos no artigo 1.022 do CPC, rejeitam-se os aclaratórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade e de acordo com o artigo 942 do CPC, rejeitaram os embargos, nos termos do voto do Relator..

Campo Grande, 19 de janeiro de 2021

Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Trata-se de embargos de declaração opostos por Geraldo Moreira Machado contra acórdão que, na ação declaratória movida em face do Banco Itaú Consignado S/A, manteve a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais e a condenou ao pagamento de multa por litigância de má-fé de 5% sobre o valor da causa.

Sustenta haver omissão no acórdão porque não analisou todos os argumentos suscitados em suas razões recursais, sobretudo os dispositivos prequestionados a fim de viabilizar a interposição de recursos às instâncias superiores.

Requer, assim, sejam acolhidos os aclaratórios para sanar os vícios apontados e para prequestionar os dispositivos legais indicados.

Resposta dos embargados às fls. 28-30.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

O Código de Processo Civil dispõe:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Como se vê, a função dos embargos de declaração é a de aperfeiçoar o julgado, afastando dele defeitos ou vícios de omissão, contradição, obscuridade ou erro material que porventura possam maculá-lo e não para rever o que, bem ou mal, esteja decidido.

No caso, o embargante sustenta a existência de vícios no acórdão que teria deixado de analisar a contento sua tese, especialmente os dispositivos prequestionados.

Não é o que se verifica.

Isso porque as questões foram devidamente enfrentadas, restando consignado:

De fato, a constituição resguarda ao cidadão o livre acesso à justiça, todavia, não há de se confundir esse direito com aventuras jurídicas com a finalidade de causar prejuízos e locupletar-se ilicitamente.

Para evitar conduta dessa natureza o Código de Processo Civil prevê, dentre outras hipóteses, em seu artigo 80, inciso II, ser litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos, de modo que assume o risco de receber essa punição aquele que, usando desse expediente, resolve utilizar a Justiça para se beneficiar em prejuízo de outrem.

Na lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ocorre litigância de má-fé quando a parte age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. Consiste em afirmar fato inexistente, nega fato existente ou dar versão mentirosa para fato verdadeiro. (Código de Processo Civil comentado, 17ª ed., RT, 2018, p. 496-7).

Os elementos dos autos demonstram que a parte autora pretendeu aproveitar-se da situação alterando a verdade dos fatos ao afirmar que desconhecia empréstimo em que ficou comprovado sua existência, utilizando-se do processo para locupletar-se ilicitamente, a revelar evidente abuso do direito de ação, condenável com as penas previstas ao litigante de má-fé contidas no CPC:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: (...) II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (...) V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;(...).

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL DA PARTE AUTORA – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AUTOR QUE NÃO RECONHECE O CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO QUE MOTIVOU DESCONTOS DE PARCELAS NO SEU BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – COMPROVAÇÃO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – DISPONIBILIZAÇÃO DO PRODUTO DO MÚTUO EM CONTA DE TITULARIDADE DO AUTOR – CUMPRIMENTO PELO RÉU DO ÔNUS DA PROVA – REGULARIDADE DO DÉBITO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - Hipótese em que os elementos dos autos evidenciam que a autora firmou o contrato de empréstimo consignado, elidindo a alegação de fraude na contratação. Evidenciada a licitude da origem da dívida, persiste a responsabilidade da parte autora por seu pagamento. II - Demonstrado que o produto do empréstimo dito nulo foi disponibilizado à parte autora, em conta de sua titularidade, não há como considerar válida a justificativa apontada de que não firmou os contratos, tampouco de que não se beneficiou de qualquer quantia. Sentença de improcedência mantida. (TJMS. Apelação n. 0800274-04.2018.8.12.0029, Naviraí, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 30/01/2019, p: 03/02/2019).

(...)

Portanto, o que se observa não é a existência de vícios, mas disparidade entre o posicionamento exarado no julgado e o por ele defendido, sendo descabido novo enfrentamento das circunstâncias já debatidas, cabendo-lhe, caso queira, tentar modificá-lo através de outra via, que não a ora escolhida.

No que pertine ao prequestionamento, a regular prestação jurisdicional não exige que todo e qualquer tema abordado pelas partes seja pormenorizadamente examinado, tampouco que haja manifestação expressa sobre os dispositivos legais invocados, revelando-se suficiente a consideração das questões essenciais para o deslinde da controvérsia.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se rejeitar os embargos de declaração.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e de acordo com o artigo 942 do cpc, rejeitaram os embargos, nos termos do voto do relator.

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Julizar Barbosa Trindade

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 19 de janeiro de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Embargos de Declaração Cível nº 0802154-48.2019.8.12.0012/50000 - Ivinhema

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – MEDICAMENTO – HONORÁRIOS – DEFENSORIA – CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA À QUAL PERTENCE – INDEVIDOS – INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS – REJEITADOS.

Inexistentes os vícios contidos no artigo 1.022 do CPC, rejeitam-se os aclaratórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade e de acordo com o artigo 942 do CPC, rejeitaram os embargos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de janeiro de 2021

Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Julizar Barbosa Trindade.

Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul opõe embargos declaratórios contra acórdão que negou provimento a seu apelo, mantendo a sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido para obrigar os entes públicos (Estado e Município) a disponibilizarem consulta com médico especialista em ortopedia, bem como o procedimento cirúrgico necessário, eventuais exames, insumos e medicamentos, desde que dispostos na lista do SUS, observando-se a prescrição médica.

Afirma que o acórdão é omisso porque deixou de condenar o Estado ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, em virtude da superação da Súmula 421/STJ. Afirma que a modificação da Lei Complementar 80/94 pela Lei n. 132/2009 assegurando às Defensorias Públicas autonomia funcional, administrativa e orçamentária, afasta a caracterização do instituto da confusão.

Aduz ofensa ao artigo 134 § 2º, da Constituição Federal e, ao final, requer, seja sanada a omissão apontada e realizado o prequestionamento explícito dos dispositivos legais e constitucionais mencionados.

Contrarrazões às fls. 33-7.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

O Código de Processo Civil dispõe:

> *Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:*
>
> *I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;*
>
> *II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;*
>
> *III - corrigir erro material.*

Como se vê, a função dos embargos de declaração é a de aperfeiçoar o julgado, afastando dele defeitos ou vícios de omissão, contradição, obscuridade ou erro material que porventura possam maculá-lo e não para rever o que, bem ou mal, esteja decidido.

A embargante sustenta omissão no que se refere à ausência de condenação do Estado ao pagamento de honorários advocatícios em seu favor.

Contudo, não há vício a ser sanado.

No caso, aplicou-se o entendimento pacificado na Súmula 421 do STJ de que quando a Defensoria Pública atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença não são devidos honorários advocatícios.

Com efeito, vencido o Estado, não tem a Defensoria direito à verba honorária sucumbencial, uma vez que é órgão do próprio ente, desprovida de personalidade jurídica própria e que presta função jurisdicional essencial ao ente estatal.

Em relação ao julgamento da Ação Rescisória nº 1.937/DF, que condenou a União ao pagamento de honorários em favor da Defensoria Pública da União, observa-se que essa matéria ainda não foi decidida em sede de Recurso Representativo da Controvérsia.

Ademais, em que pese o reconhecimento do tema como de repercussão geral no RE n. 1.140.005/RJ (tema 1002), até que a questão seja definida pelo STF, permanece o entendimento já sedimentado perante o Superior Tribunal de Justiça.

Logo, a Defensoria Pública, como órgão integrante do Poder Executivo, embora com dotação orçamentária própria, não tem como receber honorários advocatícios quando a parte contrária é o próprio Estado de Mato Grosso do Sul, o que impõe a manutenção do acórdão que deixou de condená-lo ao seu pagamento, não havendo falar em violação ao artigo 134, § 2º da Constituição Federal.

Registre-se recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a verba de sucumbência é devida apenas pelo Município em favor da Defensoria Pública.

> *PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA À QUAL PERTENCE. INCIDÊNCIA DA SUMULA 421/STJ. 1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.199.715/RJ, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 16/2/2011, firmou o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença ou que integre a mesma Fazenda Pública. 2. Outrossim, quanto à incidência da Súmula 421/STJ, "a atual redação do art. 4º, XIX, da LC 80/1994 não produz qualquer alteração no quadro analisado por esta Corte Superior, pois, desde o momento da criação do mencionado verbete sumular, tevese em conta a autonomia funcional e administrativa do órgão. Além disso, o custeio de suas atividades continua sendo efetuado com recursos do Estado-membro ao qual pertence (AgInt no REsp 1.516.751/AM, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 23/2/2017). 3. Recurso Especial não provido. (STJ - REsp: 1778121 AM 2018/0286733-5, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 04/02/2019). Destacado.*

No mesmo sentido:

> ***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL EM OBRIGAÇÃO DE FAZER – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO JULGAMENTO – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE*** *– AUSÊNCIA DOS VÍCIOS DISPOSTOS NO ART. 1.022 DO CPC – PREQUESTIONAMENTO – EMBARGOS REJEITADOS. I - Se não demonstrado no acórdão embargado uma das hipóteses do art. 1.022 do CPC, os embargos de declaração devem ser desprovidos. II - Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra Ente Federativo do qual ela pertence. III - Mesmo na hipótese de prequestionamento da matéria, a irresignação apresentada a exame deve encontrar abrigo em uma das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil. O prequestionamento pressupõe debate e decisão quanto à matéria, de sorte que a manifestação expressa sobre normativo é prescindível. (***TJMS***. Embargos de Declaração Cível n. 0800439-45.2019.8.12.0052, Anastácio, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 15/06/2020, p: 18/06/2020). Destacado.*

Portanto, o que se observa não é a existência de vício, mas disparidade entre o posicionamento exarado no julgado e o por ela defendido, sendo descabido novo enfrentamento das circunstâncias já debatidas, cabendo-lhe, caso queira, tentar modificá-lo através de outra via, que não a ora escolhida.

Acresça-se que a regular prestação jurisdicional não exige que todo e qualquer tema abordado pelas partes seja pormenorizadamente examinado, tampouco que haja manifestação expressa sobre os dispositivos legais invocados, revelando-se suficiente a consideração das questões essenciais para o deslinde da controvérsia.

Conforme ensinam Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa[1], *... o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio.*

Conclusão

Ante o exposto, voto por se rejeitar os embargos de declaração.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e de acordo com o artigo 942 do cpc, rejeitaram os embargos, nos termos do voto do relator.

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Julizar Barbosa Trindade

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 19 de janeiro de 2021.

***

1 Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 41ª ed. Saraiva, 2009, p.741.

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Apelação Cível nº 0801182-33.2014.8.12.0019 - Ponta Porã

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – ALEGAÇÕES DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS – RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO E EXPRESSA OPÇÃO DO CONSUMIDOR DE PERMANECER COMO BENEFICIÁRIO DE PLANO DE SAÚDE – EXCLUSÃO INDEVIDA DO AUTOR – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS REQUERIDAS COOPERATIVA DE PLANO DE SAÚDE E EMPREGADORA – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva da operadora de plano de saúde sob a alegação de que o contrato respectivo foi firmado com cooperativa de outra localidade, uma vez que, apesar de serem autônomas, as cooperativas integram um mesmo sistema de atendimento dos usuários de todo o território nacional.

Não há falar em cerceamento de defesa se verificado que a denunciação à lide, pretendida por uma das requeridas, foi satisfatoriamente analisada mas era descabida na hipótese, e ainda quando a parte pleiteia a produção de prova considerada insuficiente para alterar o julgamento do caso.

Não demonstrado pelas recorrentes razões que justificassem o cancelamento do plano de saúde do autor, sua exclusão do respectivo plano deve ser considerada indevida, fato que gera abalos psíquicos ao consumidor, os quais se configuram *in re ipsa*, ainda mais na hipótese do caso concreto, em que o beneficiário havia optado por permanecer como beneficiário do plano.

A indenização por danos morais deve ser proporcional ao dano sofrido pelo consumidor e à capacidade socioeconômica das partes, não podendo recair em quantia excessiva a ponto de causar enriquecimento ilícito do ofendido, mas servindo como fator de punição para que o ofensor reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de dezembro de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Unimed de Dourados - Cooperativa de Trabalho Médico e Televisão Morena Ltda. interpõem recursos de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 2.ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos

morais proposta por José Anunciação Riquelme Aspet, para condenar a Unimed à reinserção do autor no plano de saúde, e as requeridas, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Unimed de Dourados - Cooperativa de Trabalho Médico argui preliminar de ilegitimidade passiva, por não ter contrato ou obrigação com o autor, o qual é beneficiário de plano de saúde oferecido pela Unimed Campo Grande, e não possuir relação jurídica com a outra apelante, contratante do plano empresarial a que está vinculado o recorrido.

Defende ser claro o direito de regresso em relação à Unimed Campo Grande, razão pela qual pediu a denunciação à lide, para apresentação de documentos relativos à contratação entre a Unimed Campo Grande e o apelado, porém a sentença julgou improcedente o pleito sem manifestar-se sobre a produção de provas, cerceando seu direito de defesa mediante a prolação de decisão surpresa.

No mérito, afirma não haver prova de que a Unimed Campo Grande tenha cometido ilícito ao excluir o recorrido do contrato eis que, após sua demissão, continuaria beneficiário do plano somente se pagasse a mensalidade respectiva.

Sustenta ter localizado, pelo sistema de intercâmbio, as guias autorizadas pela Unimed Campo Grande, o que afasta a alegação de negativa de cobertura de tratamento e, por consequência, dos danos morais, o quais inexistiriam mesmo se considerado que houve recusa de atendimento, pois não provado que a Unimed Campo Grande foi cientificada da opção pela continuidade do plano.

Entende, se mantidos os danos morais, que cabe a sua redução.

Prequestiona a matéria ventilada e postula o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, de nulidade da sentença ou de reconhecimento de cerceamento de defesa, requerendo, no mérito, a improcedência da demanda, que seja afastada a condenação em danos morais ou reduzido o *quantum* indenizatório.

Televisão Morena Ltda. suscita preliminar de cerceamento de defesa, porquanto pretendia produzir prova oral, a qual não foi oportunizada pelo juiz.

Argumenta ser equivocada a afirmação de que a apelante não comunicou à Unimed a opção do autor em continuar como beneficiário do plano de saúde, pois os documentos de f. 193 e seguintes demonstram a plena ciência da Unimed quanto ao desligamento do beneficiário e seu interesse em permanecer com o plano.

Explica que forneceu a documentação e orientações necessárias ao apelado, que o cancelamento do plano não ocorreu por sua culpa, estando ausente o ato ilícito a justificar sua responsabilização, sendo que a matéria já foi apreciada por este órgão julgador em sede de agravo de instrumento, quando não foi acolhida a pretensão do requerente e posteriormente não sobreveio ao feito qualquer prova do seu direito.

Pondera que o dano moral foi fixado em valor exorbitante.

Pede o conhecimento e provimento do recurso para anular a sentença ou reformá-la, julgando improcedente o pedido inicial, ou ainda para que seja reduzida a indenização por danos morais.

Contrarrazões às f. 325-9, com pedido de manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Unimed de Dourados - Cooperativa de Trabalho Médico e Televisão Morena Ltda. interpõem recursos de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 2.ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais proposta por José Anunciação Riquelme Aspet, para condenar a Unimed à reinserção do autor no plano de saúde, e as requeridas, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais, em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Unimed de Dourados - Cooperativa de Trabalho Médico argui preliminar de ilegitimidade passiva, por não ter contrato ou obrigação com o autor, o qual é beneficiário de plano de saúde oferecido pela Unimed Campo Grande, e não possuir relação jurídica com a outra apelante, contratante do plano empresarial a que está vinculado o recorrido.

Defende ser claro o direito de regresso em relação à Unimed Campo Grande, razão pela qual pediu a denunciação à lide, para apresentação de documentos relativos à contratação entre a Unimed Campo Grande e o apelado, porém a sentença julgou improcedente o pleito sem manifestar-se sobre a produção de provas, cerceando seu direito de defesa mediante a prolação de decisão surpresa.

No mérito, afirma não haver prova de que a Unimed Campo Grande tenha cometido ilícito ao excluir o recorrido do contrato eis que, após sua demissão, continuaria beneficiário do plano somente se pagasse a mensalidade respectiva.

Sustenta ter localizado, pelo sistema de intercâmbio, as guias autorizadas pela Unimed Campo Grande, o que afasta a alegação de negativa de cobertura de tratamento e, por consequência, dos danos morais, o quais inexistiriam mesmo se considerado que houve recusa de atendimento, pois não provado que a Unimed Campo Grande foi cientificada da opção pela continuidade do plano.

Entende, se mantidos os danos morais, que cabe a sua redução.

Prequestiona a matéria ventilada e postula o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, de nulidade da sentença ou de reconhecimento de cerceamento de defesa, requerendo, no mérito, a improcedência da demanda, que seja afastada a condenação em danos morais ou reduzido o *quantum* indenizatório.

Televisão Morena Ltda. suscita preliminar de cerceamento de defesa, porquanto pretendia produzir prova oral, a qual não foi oportunizada pelo juiz.

Argumenta ser equivocada a afirmação de que a apelante não comunicou à Unimed a opção do autor em continuar como beneficiário do plano de saúde, pois os documentos de f. 193 e seguintes demonstram a plena ciência da Unimed quanto ao desligamento do beneficiário e seu interesse em permanecer com o plano.

Explica que forneceu a documentação e orientações necessárias ao apelado, que o cancelamento do plano não ocorreu por sua culpa, estando ausente o ato ilícito a justificar sua responsabilização, sendo que a matéria já foi apreciada por este órgão julgador em sede de agravo de instrumento, quando não foi acolhida a pretensão do requerente e posteriormente não sobreveio ao feito qualquer prova do seu direito.

Pondera que o dano moral foi fixado em valor exorbitante.

Pede o conhecimento e provimento do recurso para anular a sentença ou reformá-la, julgando improcedente o pedido inicial, ou ainda para que seja reduzida a indenização por danos morais.

Contrarrazões às f. 325-9, com pedido de manutenção da sentença.

Passo à análise dos recursos, de forma conjunta, pela ordem de prejudicialidade.

De início rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da recorrente Unimed de Dourados, suscitada sob a alegação de que a cooperativa não possui contrato ou obrigação com o autor, visto que este é beneficiário do plano de saúde oferecido pela Unimed Campo Grande.

Como é cediço, o Complexo Unimed do Brasil é constituído por um sistema de cooperativas de saúde, independentes entre si e que se comunicam por um regime de intercâmbio, fator que possibilita o atendimento dos usuários do plano de saúde de um Estado em outras localidades, ficando a unidade de origem responsável pelo respectivo ressarcimento àquela que executar os serviços.

Nesse contexto, trata-se a Unimed de uma rede de assistência médica organizada nacionalmente, em que diversas cooperativas de trabalho interligam-se, o que, aliás, torna a responsabilidade entre as cooperativas de trabalho médico solidária, embora possuam personalidades jurídicas e estejam localizadas em regiões diferentes.

Este é o entendimento que se colhe dos julgados proferidos por esta e. Corte Estadual, senão vejamos:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – DEFERIMENTO DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – PLANO DE SAÚDE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – COMPLEXO UNIMED – INTERCÂMBIO ENTRE AS UNIDADES COOPERADAS – FORNECIMENTO DO TRATAMENTO DE ESTIMULAÇÃO MAGNÉTICA TRANSCRANIANA REPETITIVA – COMPROVADO O DEVER DE ATENDIMENTO PELA RECORRENTE – REQUISITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA VERIFICADOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.* ***Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva da operadora de plano de saúde sob a alegação de que o contrato respectivo foi firmado com cooperativa de outra unidade federativa, uma vez que, apesar de serem autônomas, as cooperativas integram um mesmo sistema de atendimento dos usuários de todo o território nacional****. É abusiva a negativa de cobertura quando o procedimento é solicitado para a paciente por médico especialista e o plano de saúde vem cobrindo o tratamento há anos, evidenciando-se que há efetiva cobertura da patologia, pelo simples fato de não constar no rol de procedimentos de cobertura obrigatória editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A lista de serviços contratados é meramente exemplificativa e serve apenas como referência para os planos de saúde privados. É possível a fixação de astreintes como meio executivo para cumprimento de obrigação de fornecer o tratamento, devendo ser mantido o valor fixado quando este mostra-se razoável." (Agravo de Instrumento n.º 1415169-71.2019.8.12.0000; Primeira Câmara Cível; Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan; Dourados; Julgamento em 19.2.2020; Publicação em 21.2.2020 – destaquei);*

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA ANTECIPADA – PLANO DE SAÚDE – ILEGITIMIDADE PASSIVA UNIMED CAMPO GRANDE – AFASTADA – SISTEMA DE INTERCÂMBIO ENTRE AS UNIDADES COOPERADAS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. I –* ***Em razão da responsabilidade solidária, a Unimed Campo Grande é parte legítima para figurar no polo passivo de ação que objetiva a autorização para realização de procedimento cirúrgico, ainda que o contrato tenha sido celebrado com a cooperativa de outro estado****. II – Decisão mantida. Recurso desprovido." (Agravo de Instrumento n.º 1413269-58.2016.8.12.0000; Quarta Câmara Cível; Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski; Julgamento em 22.11.2017; Publicação em 23.11.2017 – destaquei).*

Nesta senda, é de se considerar solidária a responsabilidade entre cooperativas de um mesmo Estado, tal qual ocorre *in casu*, motivo pelo qual afasto a alegação da Unimed de Dourados de ilegitimidade passiva.

A preliminar de cerceamento de defesa, arguida por ambas as apelantes, também não merece acolhimento.

Segundo a requerida Unimed de Dourados, formulou pedido de denunciação à lide da Unimed Campo Grande, visando obter documentos que comprovassem a contratação entre esta e o requerente, porém o juiz deixou de se manifestar sobre o pedido de produção de provas, cerceando o seu direito de defesa.

Sucede que, do exame da sentença, é possível constatar que a matéria foi amplamente apreciada, não se vislumbrando qualquer indício de cerceamento de defesa, até porque, na oportunidade, o magistrado

esclareceu não ser caso de denunciação à lide, seja porque a litisdenunciada não estava obrigada pela lei ou por contrato a indenizar o autor, seja porque o instituto é vedado em ação de autoria do consumidor, nos termos do disposto no art. 88, do CDC.

Ora, o cerceamento de defesa ocorreria se a parte fosse indevidamente impedida de produzir determinada prova, o que não houve nos autos, uma vez que a recorrente pretendia produzir prova por intermédio da denunciação à lide, a qual era incabível na hipótese, conforme satisfatoriamente analisado na sentença recorrida.

Outrossim, de qualquer outro ângulo que se analisem os fatos, não se verificam causas de nulidade da sentença, daí porque a preliminar arguida pela recorrente Unimed de Dourados é de ser afastada.

Igualmente, entendo que não houve cerceamento do direito de defesa da apelante Televisão Morena Ltda.

Isso porque, embora às f. 211 a recorrente tenha pleiteado a produção de prova oral, certo é que na decisão de f. 212 foi consignada a desnecessidade de produção de outras provas, determinando-se a juntada aos autos do contrato firmado com a Unimed, decisão esta contra a qual a recorrente não se insurgiu, o que seria o suficiente para afirmar que precluiu o direito da parte quanto ao pedido.

Não obstante, para que não remanesçam dúvidas acerca da inexistência de cerceamento de defesa, é preciso considerar que a recorrente trouxe aos autos diversos documentos nas várias oportunidades que teve de se manifestar nos autos, o que se mostrou suficiente ao julgamento da lide, até porque é dado ao julgador decidir sobre a conveniência e pertinência das provas a serem produzidas.

E a prova oral pleiteada, nesse contexto, não se mostrava imprescindível para a elucidação dos fatos, no sentido de comprovar que a recorrente de fato comunicou a Unimed sobre a opção do autor em permanecer como beneficiário do plano, visto que tal prova e os demais termos da rescisão contratual com o autor poderiam ser evidenciados mediante a apresentação de documentos.

Portanto, entendo que não há cerceamento de defesa a ensejar a nulidade da sentença.

No mérito, melhor sorte não assiste às apelantes.

Vejo que a sentença foi de procedência dos pedidos autorais porque a magistrada verificou ter o autor manifestado o desejo de continuar beneficiário do plano de saúde junto à primeira recorrente, após a rescisão do contrato de trabalho com a segunda apelante, porém houve a exclusão do plano, por culpa das requeridas, o que lhe causou danos em razão de necessitar dos serviços de assistência médica.

Pois bem.

O fato de o apelado ser beneficiário do plano de saúde mantido pela apelante Televisão Morena Ltda. junto à Unimed de Dourados é incontroverso nos autos, sendo patente também que o requerente optou pela continuidade no plano, como se nota do Termo de Ciência de Plano de Continuidade (f. 194), e que mesmo assim houve a sua exclusão, consoante documento juntado às f. 196.

Tais fatos, por si só, evidenciam ilegitimidade na conduta de exclusão do autor do plano de saúde, justamente porque ele havia expressamente manifestado o direito de continuar como beneficiário, como autoriza o art. 30, da Lei n.º 9.656/98.

Daí se constata a responsabilidade das recorrentes pela indevida exclusão do plano de saúde, porquanto não demonstradas razões suficientes a afastar a culpa das requeridas-apelantes, senão vejamos.

Em relação à requerida Televisão Morena Ltda., ao contrário de sua argumentação recursal, noto que os documentos de f. 193 e seguintes não evidenciam, em momento algum, que houve a devida comunicação à Unimed quanto à opção do autor em continuar como beneficiário do plano, tampouco que a cooperativa tinha plena ciência deste fato.

Ora, para fins de demonstrar que efetivamente cientificou a Unimed de Dourados sobre o interesse do consumidor em continuar com o plano de saúde cabia à recorrente Televisão Morena juntar aos autos o respectivo comprovante de envio do documento de f. 194, de modo físico ou mesmo virtual, ou de qualquer outro elemento comprobatório que de fato evidenciasse esta comunicação.

Contudo, a requerida não acostou ao feito qualquer indício de prova nesse sentido e, aliás, a produção de prova oral pleiteada pela apelante, além de não se mostrar imprescindível na hipótese, acabaria por ser rechaçada pela afirmação da Unimed, que alega não ter cometido qualquer ilícito ao realizar a exclusão do requerente do plano.

De outro vértice, não procede o argumento de que no julgamento do Agravo de Instumento n.º 1405728-42.2014.8.12.0000 a matéria em discussão já foi apreciada por este órgão julgador, eis que o objeto daquele feito era a antecipação dos efeitos da tutela, quando a instrução do processo ainda estava na fase inicial, de maneira que a conclusão firmada naquele momento não guarda qualquer relação com o exame de mérito do caso.

No tocante à argumentação da Unimed de Dourados, de que o apelado somente continuaria como beneficiário se realizasse o pagamento da mensalidade relativa ao plano de saúde, bem ponderou a juíza na sentença que o consumidor sequer teve oportunidade para realizar o dito pagamento, pois optou pela continuidade do plano em 11.3.2014 (f. 194) e em seguida já fora dele excluído (31.3.2014 – f. 196).

Outrossim, apesar dos argumentos recursais, não se extrai do processado qualquer outro elemento que justificasse a exclusão do requerente do plano de saúde, a demonstrar a regularidade da conduta da Unimed.

Aliás, nem sequer a alegação de existência de guias autorizadas pela Unimed Campo Grande teria o condão de conferir respaldo à sua tese, uma vez que a indevida exclusão do autor do plano de saúde restou provada (f. 196).

Nesta extensão, correto o posicionamento da juíza singular ao determinar à cooperativa a reinserção do requerente no plano de saúde, nas mesmas condições da cobertura assistencial anterior, desde que pague, doravante, as prestações à título de mensalidade.

No que se refere à caracterização do dano moral, a sentença não merece reparos, pois o ato ilícito praticado pelas requeridas que levou ao cancelamento do plano de saúde do apelado, os transtornos causados àquele que necessitava dos serviços médicos e deles não pôde usufruir e o nexo de causalidade entre os danos apontados e as condutas imputadas são evidentes.

Sobre o tema, a jurisprudência é pacífica ao asseverar que o dano moral em caso de desligamento indevido de plano de saúde é presumido, como se obtém de recente julgado deste Sodalício:

> *"APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA PLANO DE SAÚDE COLETIVO RESCISÃO POR INADIMPLEMENTO ENVIO DE DOIS BOLETOS À BENEFICIÁRIA EM UM MESMO MÊS UM DELES HAVIA SIDO PAGO UM ANO ANTES, QUANDO DO VENCIMENTO PAGAMENTO ERRÔNEO DO BOLETO CUJA COBRANÇA ERA INDEVIDA AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA ILEGALIDADE DA RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ESTIPULANTE E DA OPERADORA DO PLANO DANO MORAL IN RE IPSA QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO DE FORMA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL JUROS DE MORA RELAÇÃO CONTRATUAL FLUÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO PRECEDENTES DO STJ RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I A inadimplência da autora em relação à mensalidade do plano de saúde decorre de confusão ocasionada pela ré, que lhe enviou dois boletos de cobrança em um mesmo mês, um deles indevido, já que correspondia à mensalidade paga um ano antes, quando do vencimento. Ademais, não comprovada a necessária notificação da autora para a rescisão por inadimplemento do contrato de plano de saúde celebrado pelas partes, nos termos da legislação regente da matéria, mostra-se ilícita a conduta da ré nesse sentido, o que gera o dever de indenizar, porquanto in re ipsa o dano moral dela advindo. II Em hipóteses como a presente, a responsabilidade*

da estipulante e da operadora do plano de saúde é solidária, independentemente de quem tenha efetuado o cancelamento indevido do plano. III A indenização por danos morais não deve ser elevada a ponto de promover o enriquecimento sem causa da vítima, tampouco insuficiente para os fins compensatórios e punitivos, devendo ser arbitrado de forma razoável e proporcional. Quantum de reparação mantido. IV Em se tratando de indenização por dano moral fixada em decorrência de relação contratual os juros moratórios fluem a partir da citação." (Apelação Cível n.º 0809478-64.2015.8.12.0001; Quarta Câmara Cível; Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; DJMS 27.3.2020; p. 87).

No que tange ao valor arbitrado para a indenização, é sabido que deve-se levar em conta a função represora, preventiva e educativa, relativamente aos agentes causadores do dano, e ressarcitória e apaziguadora, do ponto de vista do lesado, de modo que a quantificação do dano moral obedeça aos princípios de moderação e razoabilidade, para que o instituto não seja desvirtuado de seus reais objetivos, nem transformado em fonte de enriquecimento ilícito.

In casu, observo que a quantia fixada pelo julgador de origem, de R$ 10.000,00 (dez mil reais), mostra-se condizente e adequada às condições peculiares do caso, inclusive porque as apelantes foram condenadas solidariamente ao pagamento da referida indenização.

Logo, atento aos critérios supracitados e ao montante razoável do dano moral arbitrado na sentença, mantenho o *quantum* da indenização.

Quanto ao prequestionamento, consigno que o julgador não está obrigado a se manifestar especificamente acerca de todas as normas legais invocadas pelas partes, necessitando apenas indicar o suporte jurídico no qual embasa seu juízo de valor, entendendo ter dado à matéria a correta interpretação jurídica, posicionamento que tem sido acolhido por nosso Tribunal

De qualquer modo, para evitar a oposição de embargos declaratórios com fins de mero prequestionamento, dou por prequestionados todos os dispositivos legais invocados pela parte apelante, declarando inexistir nesta decisão qualquer violação a tais regras.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva da apelante Unimed de Dourados, conheço dos recursos de apelação, afasto as alegações de cerceamento de defesa, e no mérito nego-lhes provimento, para manter inalterada a sentença de primeiro grau.

Majoro os honorários advocatícios para 17% sobre o valor da condenação, conforme determina o art. 85, § 11, do CPC, haja vista a dupla derrota das recorrentes.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Apelação Cível nº 0801425-40.2019.8.12.0006 - Camapuã

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – PROVA PERICIAL DESNECESSÁRIA – NÃO CONHECIMENTO DOS DOCUMENTOS JUNTADOS COM AS CONTRARRAZÕES - PRECLUSÃO – AMPLIAÇÃO DE MURO DIVISÓRIO COM VEDAÇÃO DOS VÃOS PARA CIRCULAÇÃO DE AR E ENTRADA DE LUZ – POSSIBILIDADE SEGUNDO O ARTIGO 1.302, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC – VARANDA DA PARTE AUTORA QUE OFENDE A DISTÂNCIA DE METRO E MEIO IMPOSTA PELO ARTIGO 1.301, *CAPUT*, DO CC - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Não há se falar em cerceamento da defesa pela ausência de prova pericial que sequer pleiteada pela parte que alega a nulidade.

A teor da disposição do parágrafo único do artigo 1.302, do Código Civil, é permitido ao vizinho levantar edificação ou contramuro, ainda que vede a claridade de vãos abertos com propósito de abertura de luz ou ventilação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, **em sessão permanente e virtual**, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, rejeitaram a preliminar de nulidade de sentença e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2021

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Mara Cristina Brandoli contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2.ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Camapuã que, nos autos da ação de nunciação de obra nova ajuizada contra Rui Biazzotti, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Suscita preliminar de nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa, pois a prova pericial é necessária para verificar e relatar as irregularidades da obra, avaliando-se os prejuízos causados pela obra do requerido.

No mérito, argumenta que a varanda de sua casa não impede a entrada de claridade e ventilação, fato que somente ocorreu após a obra de ampliação do muro pelo requerido.

Defende que o direito de propriedade encontra limites no direito de vizinhança, restrições estas que estabelecem solidariedade social, mas no caso do requerido apesar das tentativas de solução para o caso, sempre

foi tratada com desleixo e grosseria, o que reitera a procedência do pedido obrigacional ou sua conversão em indenização por perdas e danos.

Contrarrazões foram juntadas às f. 69-73, com argumentos e pedido para a manutenção da sentença. Juntou documentos às f. 74-82.

Instada a se manifestar sobre os documentos, a apelante pede o não conhecimento.

O processo está pautado permanentemente para **julgamento virtual** e **não houve oposição** quanto ao mesmo (f. 87), na forma do Provimento CSM n.º 411, de 12 de junho de 2018, pelo que assim é ele realizado.

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Conforme relatado, Mara Cristina Brandoli apela contra sentença de improcedência dos pedidos iniciais da ação de nunciação de obra nova ajuizada contra Rui Biazzotti.

Consta dos autos que as partes são vizinhos e o réu teria iniciado ampliação do muro divisório dos terrenos, o que vedou a claridade e ventilação da residência da parte autora.

O réu foi citado, mas não apresentou contestação, tendo sido decretada a sua revelia e, após instados a especificarem as provas pretendidas de produção, a parte autora pleiteou o julgamento antecipado do feito (f. 45-6), enquanto que o réu pediu a prova pericial (f. 47-8).

Após a sentença de improcedência dos pedidos iniciais, a apelante suscita preliminar de cerceamento de defesa, pois o caso demandava realização de prova pericial para verificar e relatar as irregularidades da obra, avaliando-se os prejuízos causados pela obra do requerido.

Sem razão a recorrente.

Como se extrai dos autos, depois da decretação da revelia do réu, as partes foram intimadas para indicar as provas que pretendiam produzir e a parte autora veementemente afirmou não ter intenção de realizá-las e pugnou pelo julgamento antecipado, pois o caso tratava somente de matéria de direito (f. 47-8).

Não pode a mesma parte vir agora, em sede recursal, arguir nulidade pelo cerceamento de sua defesa porque não houve realização de prova pericial que sequer pleiteou. Isso equivale a alegar a própria torpeza e deve ser terminantemente repelido.

Por isso rejeito a preliminar arguida.

Quanto à juntada dos documentos de f. 74-82 trazidos pelo apelado em contrarrazões, deixo de conhecê-los em razão da preclusão consumativa e encerramento da fase instrutória.

Ora, o réu foi citado e permaneceu inerte quanto ao seu direito de defesa, e mesmo após ter pleiteado a prova pericial, o magistrado singular optou por julgar o feito antecipadamente e improcedentes os pedidos iniciais, o que o beneficiou, de forma a ser inadequado juntar agora prova que deveria ter se valido na oportunidade de sua contestação.

Pois bem, quanto ao mérito, vejo que a sentença deve ser mantida.

Conquanto a apelante argumente que houve ofensa aos limites do direito de vizinhança, vejo que a ampliação do muro divisório não os ultrapassou.

Isso porque apesar da permissão de abertura para luz e ventilação não maiores de dez centímetros de largura e vinte centímetros de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso, o que aparentava ser o caso antes da obra realizada, nos moldes do artigo 1.301, § 2.º, do Código Civil, a teor da disposição do parágrafo único do artigo 1.302, do Código Civil, também é permitido ao vizinho levantar edificação ou contramuro, ainda que vede a claridade desses vãos.

Os documentos de f. 14-9 demonstram que esse foi exatamente o caso, e a ampliação do muro divisório acarretou o fechamento dos vãos existentes, como bem expôs o magistrado singular.

Ainda que a apelante enfatize que a varanda de sua casa não impedia a entrada de claridade e ventilação, a situação fática atual demonstra o contrário, pois se a única fonte de luz natural e ar de sua residência eram provenientes dos vãos existentes no muro divisório, isso significa afirmar que foi a sua varanda fechada até o muro divisório que criava o problema de luz e falta de arejamento.

Evidente que se nas tratativas para solucionar os problemas houve mal comportamento do requerido que, inclusive, retirou parte da telha/calha e deixou em frente às casas, esses entraves não acarretam danos maiores à apelante, mas meros transtornos de vizinhança.

Certamente a parte apelante poderá encontrar outra forma de melhor aproveitar a luminosidade e ventilação do vão existente entre sua casa e o muro divisório acaso respeite a disposição do artigo 1.301, *caput*, do Código Civil, isso porque como por si próprio defendido, o direito de vizinhança deve estabelecer solidariedade social a garantir o exercício de propriedade de todos, começando por si mesma.

A sentença deve ser mantida integralmente.

Pelo exposto, conheço o recurso e a ele nego provimento.

Majoro os honorários para R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), nos termos do artigo 85, § 11, do CPC.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar de nulidade de sentença e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2021.

***

Órgão Especial
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Mandado de Segurança Coletivo nº 1412257-67.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – REFORMA DA PREVIDÊNCIA – EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL – PRELIMINAR DE INVIABILIDADE DO *WRIT* CONTRA LEI EM TESE REJEITADA – PRELIMINAR DE INVIABILIDADE DO *MANDAMUS* COM PRETENSÃO DE DILAÇÃO PROBATÓRIA REJEITADA – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA AFASTADA – MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – OBSERVÂNCIA AOS ARTIGOS 9.º E 11, DA EC N.º 103/2019 – APLICAÇÃO DO ARTIGO 149, DA CF – DEFICIT ATUARIAL VERIFICADO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO SISTEMA – ORDEM DENEGADA.

Rejeita-se a preliminar de inadmissibilidade de mandado de segurança contra lei em tese quando o impetrante indica, com clareza, possível lesão específica a direitos objetivos e concretos, não havendo falar sequer em pretensão de obtenção de comando geral e abstrato para situações futuras e indeterminadas.

É de ser afastada a preliminar de inadmissibilidade do *mandamus* se verificado que a parte impetrante em momento algum manifesta pretensão de produção probatória, mas apenas se opõe às provas realizadas pela parte adversa, apontando que a tese defendida pelo impetrado não está suficientemente comprovada pelos elementos de provas juntados aos autos.

Em se tratando de ato administrativo de efeitos concretos (lei complementar estadual) que, consoante manifestação do impetrante, teria afrontado direito líquido e certo de seus substituídos, a impetração deve ser aforada antes dos cento e vinte (120) dias subseqüentes à publicação do ato impugnado, no Diário Oficial.

Não há ilegalidade na Lei Complementar Estadual n.º 274/2020, editada em conformidade com a Emenda Constitucional n.º 103/2019 e em observância ao art. 149, da Constituição Federal, majorando a alíquota de contribuição previdenciária para 14%, em relação a servidores ativos e inativos, abaixo ou acima do teto do regime geral, eis que constatada a ocorrência de deficit atuarial, a ausência de direito adquirido quanto ao regime jurídico previdenciário, e respeitada a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do Sistema.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de março de 2021.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Sindicato dos Trabalhadores em Seguridade Social no Mato Grosso do Sul impetra mandado de segurança coletivo preventivo contra suposto ato ilegal do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no aumento da alíquota previdenciária sem o prévio estudo atuarial.

Narra que em 22.5.2020 foi publicada no Diário Oficial do Estado a Lei Complementar n.º 274, majorando a alíquota de contribuição dos substituídos pelo impetrante, de 11% para 14%, com efeitos a partir de janeiro de 2021 e abrangendo os servidores efetivos ativos, aposentados e pensionistas, ligados ao RPPS/MS que recebem acima de um salário mínimo, o que modificou ilegalmente a situação anterior (servidores da ativa arcavam com a alíquota de 11% até o limite do teto da Previdência; aposentados e pensionistas não contribuíam; ativos, aposentados e pensionistas que ultrapassavam o teto arcavam com 14% sobre a diferença entre o teto e o salário).

Menciona que em 13.11.2019 foi publicada a Emenda Constitucional n.º 103, para possibilitar a reforma da Previdência, com alteração das alíquotas, permitindo aos Estados e Municípios a instituição por lei das contribuições para custeio do RPPS com alíquotas progressivas.

Aduz que não se insurge contra o ato normativo, mas contra os iminentes atos coatores nele escorados, que estão prestes a violar direito líquido e certo dos substituídos pelo impetrante, restando evidente que os art. 19-A, 19-B e 22-A, da LC n.º 274/20, violam os princípios da igualdade, isonomia, solidariedade, referibilidade, financeiro-atuarial, dentre outros da Constituição Federal.

Afirma que o ato impugnado ofende o princípio da solidariedade e o caráter contributivo do sistema previdenciário, sendo certo que as alíquotas instituídas majorarão substancialmente o valor das contribuições sem qualquer incremento nos benefícios aos servidores públicos estaduais segurados, inclusive com redução do valor da aposentadoria para parte dos aposentados.

Alega que o STF já se posicionou quanto ao equilíbrio que deve haver entre a fonte de custeio e o benefício previdenciário, argumentando que servidores aposentados e pensionistas arcarão com a instituição de contribuição sobre proventos que superam o salário mínimo, e ainda que foi facultado ao Poder Público instituir alíquota de contribuição previdenciária extraordinária, além de se violar a capacidade contributiva dos servidores, permitindo o confisco dos rendimentos, sem que o deficit atuarial do RPPS fosse efetivamente demonstrado por metodologia de cálculo idônea.

Entende que estão preenchidos os requisitos necessários à concessão de medida liminar, consubstanciando-se o *fumus boni iuris* no advento da alíquota única majorada nos moldes acima referidos, e o *periculum in mora* na eficácia do ato a partir de janeiro de 2021, quando aposentados e pensionistas terão descontos de 14% em sua folha de pagamento e os que recebem abaixo do teto da previdência pagarão o mesmo percentual que aqueles que recebem valores superiores.

Pede a concessão de liminar, para garantir aos substituídos o direito de permanecer com a alíquota de 11% até a realização de estudo atuarial, e aos aposentados e pensionistas que permaneçam os descontos somente para os que recebem acima do teto da Previdência, concedendo-se, ao final, a segurança em definitivo, com a confirmação da medida liminar, fixação de multa por descumprimento da ordem judicial, e condenação do impetrado ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Na decisão de f. 106-10 o pedido liminar foi indeferido.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 122-46, oportunidade em que arguiu preliminares de inviabilidade do *writ* contra lei em tese, inviabilidade do *mandamus* com pretensão de dilação probatória e decadência, pleiteando, ao final, a denegação da segurança.

As informações foram ratificadas pelo impetrado (f. 157).

Intimado para se manifestar sobre as preliminares (f. 158-9), o impetrante apresentou a petição de f. 160-2.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer às f. 166-87, pela rejeição das preliminares e denegação da segurança.

É a síntese do necessário.

VOTO (EM 03/03/2021)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Sindicato dos Trabalhadores em Seguridade Social no Mato Grosso do Sul impetra mandado de segurança coletivo preventivo contra suposto ato ilegal do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no aumento da alíquota previdenciária sem o prévio estudo atuarial.

Narra que em 22.5.2020 foi publicada no Diário Oficial do Estado a Lei Complementar n.º 274, majorando a alíquota de contribuição dos substituídos pelo impetrante, de 11% para 14%, com efeitos a partir de janeiro de 2021 e abrangendo os servidores efetivos ativos, aposentados e pensionistas, ligados ao RPPS/MS que recebem acima de um salário mínimo, o que modificou ilegalmente a situação anterior (servidores da ativa arcavam com a alíquota de 11% até o limite do teto da Previdência; aposentados e pensionistas não contribuíam; ativos, aposentados e pensionistas que ultrapassavam o teto arcavam com 14% sobre a diferença entre o teto e o salário).

Menciona que em 13.11.2019 foi publicada a Emenda Constitucional n.º 103, para possibilitar a reforma da Previdência, com alteração das alíquotas, permitindo aos Estados e Municípios a instituição por lei das contribuições para custeio do RPPS com alíquotas progressivas.

Aduz que não se insurge contra o ato normativo, mas contra os iminentes atos coatores nele escorados, que estão prestes a violar direito líquido e certo dos substituídos pelo impetrante, restando evidente que os art. 19-A, 19-B e 22-A, da LC n.º 274/20, violam os princípios da igualdade, isonomia, solidariedade, referibilidade, financeiro-atuarial, dentre outros da Constituição Federal.

Afirma que o ato impugnado ofende o princípio da solidariedade e o caráter contributivo do sistema previdenciário, sendo certo que as alíquotas instituídas majorarão substancialmente o valor das contribuições sem qualquer incremento nos benefícios aos servidores públicos estaduais segurados, inclusive com redução do valor da aposentadoria para parte dos aposentados.

Alega que o STF já se posicionou quanto ao equilíbrio que deve haver entre a fonte de custeio e o benefício previdenciário, argumentando que servidores aposentados e pensionistas arcarão com a instituição de contribuição sobre proventos que superam o salário mínimo, e ainda que foi facultado ao Poder Público instituir alíquota de contribuição previdenciária extraordinária, além de se violar a capacidade contributiva dos servidores, permitindo o confisco dos rendimentos, sem que o deficit atuarial do RPPS fosse efetivamente demonstrado por metodologia de cálculo idônea.

Entende que estão preenchidos os requisitos necessários à concessão de medida liminar, consubstanciando-se o *fumus boni iuris* no advento da alíquota única majorada nos moldes acima referidos, e o *periculum in mora* na eficácia do ato a partir de janeiro de 2021, quando aposentados e pensionistas terão descontos de 14% em sua folha de pagamento e os que recebem abaixo do teto da previdência pagarão o mesmo percentual que aqueles que recebem valores superiores.

Pede a concessão de liminar, para garantir aos substituídos o direito de permanecer com a alíquota de 11% até a realização de estudo atuarial, e aos aposentados e pensionistas que permaneçam os descontos somente para os que recebem acima do teto da Previdência, concedendo-se, ao final, a segurança em definitivo, com a confirmação da medida liminar, fixação de multa por descumprimento da ordem judicial, e condenação do impetrado ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Na decisão de f. 106-10 o pedido liminar foi indeferido.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 122-46, oportunidade em que arguiu preliminares de inviabilidade do *writ* contra lei em tese, inviabilidade do *mandamus* com pretensão de dilação probatória e decadência, pleiteando, ao final, a denegação da segurança.

As informações foram ratificadas pelo impetrado (f. 157).

Intimado para se manifestar sobre as preliminares (f. 158-9), o impetrante apresentou a petição de f. 160-2.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer às f. 166-87, pela rejeição das preliminares e denegação da segurança.

É a síntese do necessário.

Inicialmente rejeito a preliminar de inviabilidade do mandado de segurança contra lei em tese.

Com efeito, a teor do que dispõe a Súmula n.º 266, do Supremo Tribunal Federal, a lei em tese, como norma abstrata de conduta, não tem o condão de lesar qualquer direito individual, motivo pelo qual não é passível de impugnação por mandado de segurança.

Sucede que, *in casu*, não há impetração de *mandamus* contra lei em tese, uma vez que a Lei Complementar Estadual n.º 274/2020, contra a qual se insurge a parte impetrante, previu alíquotas previdenciárias inerentes ao regime próprio de previdência social e percentuais de cobranças de servidores ativos e inativos, alterando aposentadorias, pensões e plano de custeio, o que atinge de forma direta e concreta os direitos dos substituídos pelo impetrante.

Logo, tampouco há falar em abstração e generalidade na segurança pleiteada, pois, consoante entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, somente é vedada a impetração quando o mandado de segurança "*tenha por objeto ato normativo abstratamente considerado ou, conforme já se manifestou a Suprema Corte, '...quando a impetração nada indica, em concreto, como representativo de ameaça de lesão à esfera jurídica do impetrante' (RE 99.416/SP, Primeira Turma, Min. Rafael Mayer, Dj de 22/04/1983).*" (AgInt no AREsp n.º 963.188/RS; Rel. Min. Herman Benjamin; Segunda Turma; DJe 30.11.2016).

Na espécie, reitero que o pedido formulado pelo impetrante é induvidoso quanto à prática de ato concreto, no sentido de se afastar as alíquotas estabelecidas pela aludida lei complementar, o que efetivamente repercute na esfera jurídica dos trabalhadores substituídos e faz concluir, portanto, que não há impetração contra norma em tese.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (1º Vogal)

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (5º Vogal)

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (8º Vogal)

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (9º Vogal)

Rejeito a preliminar.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do des. Dorival Renato Pavan, após o relator e os desembargadores Claudionor, Sérgio, Marcos Brito e Luiz Gonzaga rejeitarem a preliminar de inviabilidade do mandamus de lei em tese. os demais aguardam. ausente, justificadamente o des. Amaury da Silva Kuklinski.

VOTO (EM 17/03/2021)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (11º Vogal)

I.

Pedi vistas dos autos para examinar mais atentamente a preliminar arguida pelo Estado de Mato de Mato Grosso do Sul acerca da inviabilidade do mandamus por atacar lei em tese.

O douto relator rejeitou o óbice, ao argumento de que devidamente delimitados os direitos malferidos pela novel legislação.

II.

Infere-se dos autos que o impetrante impetrou o presente writ de caráter preventivo com o fito de evitar a entrada em vigor da nova alíquota da contribuição previdenciária dos servidores da educação ativos e inativos, de acordo com a alteração promovida na Lei Estadual n. 3.150/2005 pela Lei Complementar Estadual n. 274/2020 que passa a vigorar nesse tocante em 1º de janeiro de 2021.

Eis sua descrição dos fatos que ensejaram a presente ação:

Foi publicada no Diário Oficial do Estado de MS, em 22 de maio de 2020, a Lei Complementar n. 274, que atinge os substituídos pelo Impetrante, majorando a alíquota de contribuição de 11% para 14%, de todos os servidores efetivos ativos, aposentados e pensionistas, ligados ao RPPS/MS que recebem acima de (01) um salário mínimo.

Tal majoração impactará negativamente a situação financeira dos servidores estaduais que, já sofre a incidência do imposto sobre a renda e, aliada à nova contribuição, alcançará índices exorbitantes, dada a natureza confiscatória da mesma.

Isso acontecerá especialmente no que tange aos servidores aposentados e pensionistas que contribuíram por toda a vida e cuja tributação somente ocorria quando se excedia o teto da previdência, os quais serão obrigados ao pagamento da contribuição, que terá início a partir de janeiro de 2021.

Sabe-se que em 13/11/2029 foi publicada a EC 103/2019, possibilitando a Reforma da Previdência, com alteração das alíquotas do RPPS e em seu artigo 149, parágrafo 1º, preceituou que os Estados e Municípios instituiriam por meio de lei, contribuições para custeio do RPPS, cobradas dos servidores ativos, aposentados e pensionistas, que poderiam ter alíquotas progressivas com o valor da base de contribuição, proventos ou pensões.

Assim, foi editada e sancionada a Lei Complementar 274/2020, repisando-se que, antes disso os servidores da ativa arcavam com a alíquota de 11% até o limite do teto da Previdência Social e os aposentados e pensionistas não contribuíam. Por sua vez, os ativos, aposentados e pensionistas que ultrapassavam o teto da previdência arcavam com 14% sobre a diferença do teto e o salário recebido.

Por conta dos artigos mencionados, os substituídos pelo Impetrante serão atingidos por atos coatores consubstanciados no aumento da alíquota previdenciária sem o prévio estudo atuarial de forma que o presente *mandamus* é impetrado na forma coletiva preventiva, tendo em vista que a mera vigência do citado ato normativo importa em risco iminente dos atos coatores se concretizarem.

In casu, é evidente o risco de concretização dos atos coatores, não incidindo, nesse caso, o óbice da Súmula 266 do STF, pois não está se combatendo no presente *mandamus* o próprio ato normativo, mas sim os iminentes atos coatores, ou seja, as consequentes alterações de alíquotas e descontos de contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas que recebem acima de um salário mínimo e o aumento da alíquota previdenciária.

O douto relator rejeitou a preliminar arguida pelo Estado de que este mandado de segurança estaria sendo dirigido *contra lei em tese,* nos seguintes termos:

> *Rejeita-se a preliminar de inadmissibilidade de mandado de segurança contra lei em tese quando o impetrante indica, com clareza, possível lesão específica a direitos objetivos e concretos, não havendo falar sequer em pretensão de obtenção de comando geral e abstrato para situações futuras e indeterminadas.*

E eu o estou acompanhando, embora por fundamento diverso.

O presente mandado de segurança foi distribuído em 16.09.2020.

A Lei Complementar 274/2020 só entraria em vigor em 01.01.2021, como efetivamente ocorreu.

Há, assim, fato superveniente – a saber – a vigência da lei a partir daquela data, que colhe o presente mandado de segurança ao tempo em que está sendo julgado, fato esse que deve ser tomado em consideração neste julgamento.

E se a lei, no momento da impetração, poderia ser considerada em tese, com sua entrada em vigor – fato agora a ser tomado em consideração – ganhou efeitos concretos e deve ser sob esse ponto de vista examinada.

Essa questão, de rigor, já foi enfrentada no mandado de segurança nº 1405708-41.2020.8.12.0000 - Classe: Mandado de Segurança Coletivo, ajuizado pela Associação em Defesa dos Servidores da Carreira Segurança Patrimonial, relator e. Des. Eduardo Machado Rocha, na qual, nesta mesma sessão, proferi voto vista para rejeitar preliminar com idêntico conteúdo, ali deduzida.

Não estamos mais diante de lei em tese, mas lei de efeitos concretos**,** que já entrou em vigor e está sendo aplicada pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Empresto os fundamentos que ali invoquei, para evitar repetições desnecessárias, *verbis*:

> ***" (...) Se a lei complementar 274/2020, potencialmente era lei em tese ao tempo de sua publicação****, porque entraria em vigor apenas em 1º de Janeiro de 2021, presentemente, ao tempo do julgamento deste writ,* ***já está em vigor. Tem, assim efeitos concretos****, o que afasta o argumento de que se trataria de lei em tese, inaplicável, portanto, a Súmula 266 do STF, devendo ser examinado o verdadeiro mérito do mandado de segurança, consistente no pedido acima já indicado (fls. 355).*
>
> *Trata-se, a exemplo do capítulo anterior, de* ***fato superveniente****, que também deve ser tomado em consideração por este Tribunal quando do julgamento do mandado de segurança, nos termos do art. 493 do CPC, dispensada a prévia oitiva da digna autoridade impetrada, bem assim como do Estado do Mato Grosso do Sul, porque a matéria já foi amplamente discutida quando das informações e das manifestações do autor.*
>
> *Para HELY LOPES MEIRELLES1, por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis e ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança.*
>
> *A Lei Complementar 274/2020 está reproduzida nestes autos às fls. 472/492.*



rio Oficial Eletrônico n. 10.179 22 de maio de 2020 Página 2

LEI COMPLEMENTAR

LEI COMPLEMENTAR Nº 274, DE 21 DE MAIO DE 2020.

Dispõe sobre as alterações nas aposentadorias, nas pensões e no plano de custeio do Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, altera a Lei nº 3.150, de 22 de dezembro de 2005, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.
Faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º As aposentadorias, as pensões e o plano de custeio do Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul (RPPS/MS) passam a ser regidos por esta Lei Complementar e pela Lei nº 3.150, de 22 de dezembro de 2005, com as seguintes alterações e acréscimos promovidos nos dispositivos abaixo indicados:

> *Verifica-se pelo seu teor e pelas diversas alterações promovidas na Lei 3.150/2005, que ela é auto-aplicável, de incidência imediata e já está produzindo efeitos no âmbito da previdência estatal e na incidência das novas alíquotas ali fixadas.*
>
> *O fundamento do writ, descortinado na petição inicial, ataca, exatamente, "o aumento da alíquota para os servidores estaduais que recebem até o teto do regime geral de previdência, impondo assim elevada carga tributária aos servidores ativos e inativos que já se encontram sem a devida reposição salarial e de proventos, sob o pretexto de que o aumento da alíquota de 11% para 14%, tem fundamento na imposição que a União fez emergir quando da Emenda Constitucional Federal nº 103, de 2019".*

1 MEIRELLES, Hely Lopes *in Mandado de Segurança,* 31ª edição, 2008, Editora Malheiros, p. 42.

*E essa nova alíquota, elevada para 14% **já está incidindo** para todos os servidores filiados da Federação impetrante, do que não resta dúvida.*

Tanto assim que o artigo 22-A da Lei Estadual 3.150, de 22 de dezembro de 2005 passou a vigorar com a seguinte redação:

*"Art. 22-A. Os servidores efetivos ativos, aposentados e seus respectivos pensionistas, filiados ao RPPS/MS, dos Poderes Executivo, incluídas as suas Autarquias e Fundações, e Legislativo, além dos membros e dos servidores efetivos ativos do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, **contribuirão para o RPPS/MS, mensalmente, nos percentuais abaixo estabelecidos,** incidentes sobre a respectiva base de cálculo, nos seguintes termos:*

*I - os servidores efetivos ativos do Poder Executivo, incluídos os das suas Autarquias e Fundações, e do Legislativo, e os membros e os servidores efetivos ativos do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, contribuirão com a **alíquota ordinária de 14% (quatorze por cento),** incidente sobre a base cálculo de contribuição definida nos incisos I e II do art. 19-A desta Lei;*

*II - os servidores aposentados e os pensionistas do Poder Executivo, incluídos os das suas Autarquias e os das suas Fundações, e do Poder Legislativo, e os membros e os servidores aposentados do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, contribuirão com **a alíquota ordinária de 14% (quatorze por cento),** incidente sobre a base de contribuição definida nos incisos III e IV do art. 19-A desta Lei, respectivamente.*

*Parágrafo único. Na **ausência de déficit atuarial** do RPPS/MS, aplicar-se-á, para a contribuição incidente sobre as aposentadorias e as pensões, o disposto no art. 19-B desta Lei." (NR)*

*"Art. 23. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Tribunal de Contas, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Autarquias e as Fundações estaduais **contribuirão,** mensalmente, para o MSPREV no percentual de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a soma dos subsídios e das remunerações mensais de seus segurados ativos do RPPS/MS.*

*E o artigo **19-A** da Lei Estadual 3.150/2005 passou a vigorar com a seguinte redação:*

Art. 19-A. A base de cálculo das contribuições previdenciárias para o RPPS/MS corresponderá, para o(s):

I - servidores efetivos ativos dos Poderes Executivo, incluídos os das Autarquias e das Fundações, e Legislativo, e para os membros e os servidores efetivos ativos do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, desde que não optantes do Regime de Previdência Complementar, ao valor da remuneração de contribuição, conforme inciso I do art. 20-A desta Lei;

II - servidores efetivos ativos dos Poderes Executivo, incluídos os das Autarquias e das Fundações, e Legislativo, e para os membros e os servidores efetivos ativos do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, quando optantes do Regime de Previdência Complementar, ao valor da remuneração de contribuição, conforme inciso I do art. 20-A desta Lei, limitado ao valor máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS);

III - servidores aposentados dos Poderes Executivo, incluídos os das Autarquias e das Fundações, e Legislativo, além dos membros e dos servidores aposentados do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, à parcela do valor de remuneração de contribuição definido no inciso II do art. 20-A desta Lei que exceder ao valor nominal do salário-mínimo fixado pela União, enquanto perdurar a situação de déficit atuarial do RPPS/MS, devidamente comprovada;

IV - pensionistas de servidores efetivos dos Poderes Executivo, incluídos os das Autarquias e das Fundações, e Legislativo, e pensionistas de membros e de servidores efetivos do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, à parcela do valor de remuneração de contribuição definido no inciso III do art. 20-A desta Lei que exceder ao valor nominal do salário-mínimo fixado pela União, enquanto perdurar a situação de déficit atuarial do RPPS, devidamente comprovada;

V - Ente, o valor da soma dos subsídios e das remunerações mensais de seus segurados, conforme definido no caput e no § 2º do art. 23 desta Lei.

§ 1º A base de cálculo das contribuições previdenciárias para aposentados optantes da Previdência Complementar ou para os beneficiários de pensão, cujo instituidor foi optante do Regime de Previdência Complementar, corresponderá à parcela de sua remuneração de contribuição, conforme definido nos incisos II e III do art. 20-A desta Lei, compreendida entre o valor do salário-mínimo e o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 2º As contribuições incidentes sobre o benefício de pensão terão como base de cálculo o valor total da remuneração de contribuição, conforme estabelecido no inciso III do art. 20-A, antes de sua divisão em cotas, respeitado o limite definido no inciso IV e § 1º deste artigo e no inciso II do art. 19-B, ambos desta Lei." (NR)

***"Art. 19-B**. Na **ausência de déficit atuarial** do RPPS/MS, deverão ser consideradas as bases de cálculo das contribuições previdenciárias a seguir definidas:*

*I - no caso das **aposentadorias** de membros e de servidores efetivos não optantes do Regime de Previdência Complementar, a parcela do valor da remuneração de contribuição, conforme definido no inciso II do art. 20-A desta Lei, **que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social** (RGPS);*

*II - no caso das pensões, cujos instituidores não foram optantes do Regime de Previdência Complementar, a parcela do valor da remuneração de contribuição de pensionistas, conforme definido no inciso III do art. 20-A desta Lei, **que supere** o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), observado o disposto no art. 19-A desta Lei;*

*III - no caso das aposentadorias de optantes do Regime de Previdência Complementar e no caso das pensões, cujos instituidores tenham sido optantes deste Regime, a base de contribuição **será nula** enquanto perdurar a condição estabelecida no caput deste artigo." (NR)*

*Bem se vê que não existe necessidade de qualquer ato normativo regulamentador posterior à lei para que ela possa ser aplicada. Ela **já está sendo aplicada** e os descontos para o regime previdenciário estatal **já estão sendo feitos em conformidade com os seus próprios termos,** donde inexistir, assim, lei em tese, mas lei de efeito concreto, que se sujeita ao mandado de segurança, ao contrário do que afirmou o douto relator, respeitado o seu entendimento.*

Nesse sentido, inclusive, a consolidada orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

*"A impetração do mandamus exige a descrição de fatos que, em tese, configurem violação de direito líquido e certo do impetrante; sendo incabível seu ajuizamento contra lei ou ato normativo em tese (Súmula 266 do ST**F**. Conferir, ainda: MS 28.293 ED, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJe de 30/10/2014; MS 32.694 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 9/6/2015) **salvo quando, diferentemente da presente hipótese, configurarem ato de efeitos concretos e imediatos, afastando-se de sua natureza normativa , pois sua natureza jurídica não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade, sendo vedada sua utilização como sucedâneo do controle concentrado de constitucionalidade** (MS 22.500-*

9, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 25-4-96; MS 21.551, Rel. Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, DJ 20-11-92, p. 21.612, Ementário 01685.01-PP-00199; MS 21.274, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 8-4-94, p. 07241, Ementário 01739.04 PP-00658; MS 21.126, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 14-12-90, p. 15.109, Ementário v. 01606.01, p. 00048; MS 21.125, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 14-12-90, p. 15.109, Ementário v. 01606.01, p-00040; MS 20.533, Rel. Ministro DJACI FALCÃO, DJ 22-11-85, p. 21.335, Ementário v. 01401.01, p. 00058; MS 20.444, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, RTJ 110 (2) p. 542; MS 20.398, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO, DJ 2-12-83, p. 19.032, Ementário 01319.01 p. 00100; MS 20.210, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, RTJ 96/1004; AGRMS, Rel. Ministro DJACI FALCÃO, DJ 1-7-88, p. 16.899, Ementário 01508.02, p. 00269). 3. Recurso de agravo a que se nega provimento. (STF, RMS 36284 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 12/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 24-04-2019 PUBLIC 25-04-2019) (g.n.)

No caso, é induvidoso que a Lei Complementar 274/2020 é de efeitos concretos, não dependendo de qualquer ato normativo ulterior para sua imediata incidência, tanto que os descontos previdenciários – sabidamente e é fato público, bastando consultar qualquer hollerite de servidor público estadual – já estão sofrendo o desconto de 14%, nos termos especificados na mesma lei.

Logo, o mandado de segurança, tendo em vista a emenda de fls. 355, é plenamente cabível no caso concreto, não havendo que se falar em existência de lei em tese que pudesse inviabilizar o prosseguimento quanto ao exame do mérito.

Bem por isto que, respeitosamente ao entendimento do e. Relator, ***dele divirjo*** *para rejeitar a preliminar de* ***não cabimento do mandado de segurança*** *contra lei em tese, devendo ser examinado o* ***mérito da impetração****, decorrente do pedido expresso contido no aditamento de fls. 355.*

Bem por isto que o e. Relator destacou em seu voto:

"(...) Sucede que, in casu, não há impetração de mandamus contra lei em tese, uma vez que a Lei Complementar Estadual n.º 274/2020, contra a qual se insurge a parte impetrante, previu alíquotas previdenciárias inerentes ao regime próprio de previdência social e percentuais de cobranças de servidores ativos e inativos, alterando aposentadorias, pensões e plano de custeio, o que atinge de forma direta e concreta os direitos dos substituídos pelo impetrante.

Logo, tampouco há falar em abstração e generalidade na segurança pleiteada, pois, consoante entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, somente é vedada a impetração quando o mandado de segurança "tenha por objeto ato normativo abstratamente considerado ou, conforme já se manifestou a Suprema Corte, '...quando a impetração nada indica, em concreto, como representativo de ameaça de lesão à esfera jurídica do impetrante' (RE 99.416/SP, Primeira Turma, Min. Rafael Mayer, Dj de 22/04/1983)." (AgInt no AREsp n.º 963.188/RS; Rel. Min. Herman Benjamin; Segunda Turma; DJe 30.11.2016).

Na espécie, reitero que o pedido formulado pelo impetrante é induvidoso quanto à prática de ato concreto, no sentido de se afastar as alíquotas estabelecidas pela aludida lei complementar, o que efetivamente repercute na esfera jurídica dos trabalhadores substituídos e faz concluir, portanto, que não há impetração contra norma em tese.

Logo, quanto à essa preliminar, acompanho o voto do e. Relator para, de igual forma, rejeitar a preliminar.

Deixo de emitir voto em relação às demais matérias que constam da inicial, as informações e do mérito da pretensão deduzida na inicial, na medida em que o douto relator ainda terá que exarar seu voto em face delas, interrompido pelo pedido de vista que aqui formulei.

É como voto.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (2º Vogal)

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (3º Vogal)

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (4º Vogal)

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (6º Vogal)

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (7º Vogal))

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (10º Vogal)

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (Relator)

A segunda questão preliminar suscitada pelo Estado de Mato Grosso do Sul também não merece acolhimento.

Alega o ente público estadual que, dentre os argumentos do impetrante, foi mencionada a necessidade de novo estudo atuarial do Plano Previdenciário para comprovar o "*deficit atuarial*" que permitiria a cobrança na forma prevista na lei complementar, fato que torna inviável o *writ*, por não admitir dilação probatória.

Não obstante a tese defendida pelo Estado, tenho que a parte impetrante em momento algum manifesta pretensão de produção de provas, mas apenas se opõe aos estudos atuariais realizados e apresentados pela parte contrária, apontando que não está suficientemente demonstrado o deficit atuarial, a ensejar a majoração da contribuição previdenciária.

Aliás, da mera leitura da inicial infere-se que o impetrante indica a necessidade da respectiva comprovação por meio de metodologia de cálculo idônea, o que entende não ter ocorrido, e tal caberia ao Estado para tornar regular a pretensa cobrança e não ao impetrante.

Em verdade, percebo que a discussão proposta pelo impetrante acerca do estudo atuarial não se sustenta na necessidade de maior produção probatória, e sim na ausência ou insuficiência de provas por parte do ente público, a justificar e possibilitar a alteração das alíquotas, conforme previsão da lei complementar, de maneira que não existe pretensão da parte autora incompatível com a via do mandado de segurança.

Por conseguinte, afasto esta preliminar.

No tocante à decadência, sem razão a parte impetrada. Explico.

O art. 23, da Lei n.º 12.016/2009, preleciona que o prazo para a impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Como explicitado, o presente *writ* foi impetrado contra o ato normativo consistente na Lei Complementar Estadual n.º 274, de 21.5.2020, a qual, sendo objetiva e de efeitos concretos, passa a produzir seus efeitos a

partir de então, de sorte que, tendo sido publicada em 22.5.2020 e a impetração ocorrido em 18.9.2020, resta concluir não decaiu o direito da parte autora.

Relembro que o que se está tentando combater, através da via escolhida, é o ato normativo de efeitos concretos que alterou as alíquotas relativas a descontos previdenciários, estando a discussão intrinsecamente ligada ao exame das determinações da respectiva lei complementar que, segundo a tese jurídica defendida na inicial, teria violado direito líquido e certo dos substituídos pelo impetrante.

Nesse contexto, apesar de o impetrado entender que houve ciência dos fatos relatados na exordial por intermédio de outros atos, anteriores à publicação da referida lei complementar, o que evidenciaria a ocorrência da decadência na hipótese, reputo imprescindível esclarecer que foi a referida Lei Complementar Estadual n.º 274/2020 que trouxe vigência às novas regras previdenciárias implementadas, no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Inclusive, ressalto que a Reforma da Previdência realizada no ano de 2019, por meio da Emenda Constitucional n.º 103, trouxe regras diferenciadas para o regime próprio de previdência social dos Estados, Municípios e Distrito Federal, valorizando a autonomia desses entes federativos e, nesse enfoque, limitou a aplicação plena dos seus dispositivos pelos entes mencionados quando alterou o § 1.º, do art. 149, da Constituição Federal, para instituir a possibilidade de incidência de alíquotas diferenciadas e progressivas, proporcionais ao valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e pensões, apenas após a aprovação de Lei específica de cada ente, o que é corroborado pelo art. 36, da mencionada EC n.º 103/2019.

Daí se infere que a lei específica deste caso em apreço, consubstanciada na LC Estadual n.º 274/2020, foi o ato normativo que de fato instituiu as modificações das alíquotas previdenciárias e possibilitou a aplicação plena dos dispositivos da EC n.º 103/2019, devendo, pois, ser considerado para fins de contagem do prazo decadencial.

O tema trazido à baila encontra amparo na remansosa jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, como se nota do seguinte aresto:

> *"PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. PORTARIA. Irradiando efeitos concretos, a Portaria nº 820/98/MJ é passível de sofrer impugnação por via do mandado de segurança, respeitando-se o lapso decadencial de 120 dias, contados da data de sua publicação. Mandado de segurança não conhecido*." (STJ; MS n.º 6.107/DF; 1ª Seção; Rel. Min. Garcia Vieira; DJ 8.3.00; p.39).

Por conseguinte, rejeitadas as preliminares, passo à apreciação da questão meritória.

Como é cediço, a Emenda Constitucional n.º 103, de 12.11.2019, que normatizou a Reforma da Previdência Social, alterou o sistema de previdência e estabeleceu regras de transição, prevendo em seus dispositivos os enunciados abaixo transcritos:

> *"Art. 9.º Até que entre em vigor lei complementar que discipline o § 22 do art. 40 da Constituição Federal, aplicam-se aos regimes próprios de previdência social o disposto na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e o disposto neste artigo.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4.º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão estabelecer alíquota inferior à da contribuição dos servidores da União, exceto se demonstrado que o respectivo regime próprio de previdência social não possui deficit atuarial a ser equacionado, hipótese em que a alíquota não poderá ser inferior às alíquotas aplicáveis ao Regime Geral de Previdência Social.*
>
> *Art. 11. Até que entre em vigor lei que altere a alíquota da contribuição previdenciária de que tratam os arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, esta será de 14 (quatorze por cento).*

(...)

§ 4.º A alíquota de contribuição de que trata o caput, com a redução ou a majoração decorrentes do disposto no § 1º, será devida pelos aposentados e pensionistas de quaisquer dos Poderes da União, incluídas suas entidades autárquicas e suas fundações, e incidirá sobre o valor da parcela dos proventos de aposentadoria e de pensões que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, hipótese em que será considerada a totalidade do valor do benefício para fins de definição das alíquotas aplicáveis."

A supracitada emenda constitucional ainda procedeu à modificação da redação do § 1.º, do art. 149, da Constituição Federal, o qual passou a contar com as seguintes disposições:

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1.º ***A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por meio de lei, contribuições para custeio de regime próprio de previdência social, cobradas dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões****.*

§ 1.º-A. ***Quando houver deficit atuarial, a contribuição ordinária dos aposentados e pensionistas poderá incidir sobre o valor dos proventos de aposentadoria e de pensões que supere o salário-mínimo****. "* (destaquei)

Nesta extensão, foi editada a Lei Complementar Estadual n.º 274/2020, em decorrência da expressa previsão constitucional referida, incluída pela EC n.º 103/2019, cuja constitucionalidade somente pode ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que a LC Estadual n.º 274/2020 houve por bem estipular as alíquotas das contribuições previdenciárias da seguinte forma:

"Art. 22-A. Os servidores efetivos ativos, aposentados e seus respectivos pensionistas, filiados ao RPPS/MS, dos Poderes Executivo, incluídas as suas Autarquias e Fundações, e Legislativo, além dos membros e dos servidores efetivos ativos do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, contribuirão para o RPPS/MS, mensalmente, nos percentuais abaixo estabelecidos, incidentes sobre a respectiva base de cálculo, nos seguintes termos:

I - os servidores efetivos ativos do Poder Executivo, incluídos os das suas Autarquias e Fundações, e do Legislativo, e os membros e os servidores efetivos ativos do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, contribuirão com a alíquota ordinária de 14% (quatorze por cento), incidente sobre a base cálculo de contribuição definida nos incisos I e II do art. 19-A desta Lei;

II - os servidores aposentados e os pensionistas do Poder Executivo, incluídos os das suas Autarquias e os das suas Fundações, e do Poder Legislativo, e os membros e os servidores aposentados do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, contribuirão com a alíquota ordinária de 14% (quatorze por cento), incidente sobre a base de contribuição definida nos incisos III e IV do art. 19-A desta Lei, respectivamente.

Parágrafo único. Na ausência de déficit atuarial do RPPS/MS, aplicar-se-á, para a contribuição incidente sobre as aposentadorias e as pensões, o disposto no art. 19-B desta Lei."

No presente *mandamus*, o impetrante impugna a alíquota de 14% para a contribuição previdenciária dos servidores ativos e inativos, argumentando que os seus substituídos possuem direito líquido e certo quanto à alíquota previdenciária anterior (11%) no caso de inativos e daqueles que recebem até o teto da Previdência.

Em que pesem os argumentos lançados na inicial, entendo que a lei complementar do Estado não feriu qualquer direito líquido e certo, tampouco encontra-se inquinada de ilegalidade, porque simplesmente editou ato normativo em consonância com as previsões da EC n.º 103/2019, em seus art. 9.º, § 4.º e 11, acima reproduzidos, incluindo inclusive os aposentados e pensionistas de quaisquer dos Poderes da União, consoante autoriza o § 4.º, do art. 11.

Importante elucidar que a alegada isenção de cobrança de contribuição previdenciária a inativos e pensionistas pressupõe alteração na base de cálculo, nos moldes do art. 19-B, da LC n.º 274/2020, ficando condicionada à ausência de deficit atuarial, o que não se amolda ao caso, daí porque a base de cálculo das contribuições corresponderá à respectiva parcela do valor de remuneração que superar o montante do salário mínimo (art. 149, § 1.º-A, da CF).

Outrossim, presente na hipótese o aludido deficit atuarial, como se concluiu após a realização do devido estudo atuarial, na forma do art. 9.º, § 1.º, da EC n.º 103/2019 e conforme explicitado nas informações prestadas pelo Estado, resta admitir que está autorizada a fixação da alíquota de contribuição previdenciária no percentual impugnado, segundo as disposições da EC n.º 103/2019, acima apontadas.

E, neste ponto, cabe ainda salientar que embora o impetrante tenha se insurgido contra a metodologia utilizada para a apuração do deficit atuarial, sua argumentação não prospera, porquanto não demonstradas minimamente as razões que tornariam tal apuração ilegítima, prova esta que incumbia tão somente à parte autora da demanda, visando afastar a legitimidade da cobrança proposta pelo ente público estatal com base na emenda constitucional.

Dito isso, acrescente-se que não se vislumbra violação a direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada, como enfatizou o i. Representante do Ministério Público em seu parecer:

> *"Não há, no ordenamento, direito adquirido do agente público a regime jurídico previdenciário, já que isto se qualificaria incompatível com a própria essência securitária, observado que a renovação e a rearrumação dos parâmetros postos denotam-se imprescindíveis à preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, consubstanciados pelo princípio da solidariedade social."* (f. 179)

Em face desse mesmo motivo afasta-se a tese de ofensa ao caráter contributivo do Sistema Previdenciário e também aos princípios da igualdade, isonomia, solidariedade, referibilidade, financeiro-atuarial, não havendo falar nem mesmo que as alterações implementadas pela lei complementar estadual configuram confisco, visto que o aumento da contribuição, apesar de recair sobre os rendimentos do trabalhador, representa majoração que não compromete grande parte do valor de sua propriedade ou renda.

Em situação semelhante, eis o posicionamento jurisprudencial:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ORDINÁRIA. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE INDEFERIU O PEDIDO LIMINAR REQUESTADO PELA PARTE ORA AGRAVANTE, A QUAL BUSCAVA A IMEDIATA SUSPENSÃO DOS DESCONTOS DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA EM SEUS PROVENTOS DE APOSENTADORIA NO CARGO DE PROFESSOR. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. Não acolhida. Reforma previdenciária estadual implementada pela Lei Complementar nº 52/2019, por meio da qual os aposentados e pensionistas do estado de Alagoas passaram a contribuir com a alíquota de 14% (catorze por cento), a título de contribuição previdenciária, sobre a parcela dos proventos e pensões que excedessem a quantia do salário mínimo vigente. Alegação de não observância ao teor do §18 do art. 40 da CF/88, cujo teor prevê que os aposentados e pensionistas somente pagarão*

a contribuição previdenciária quando o valor dos proventos ou da pensão for superior ao limite dos benefícios do regime geral de previdência social. Rejeitada. Texto constitucional que, no capítulo relativo ao sistema tributário nacional, autorizou, em caso de déficit atuarial, a incidência da contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas sobre o montante que excedesse o valor do salário mínimo. Inteligência do art. 149, §1º, da CF/88. Comprovação nos autos de que o regime próprio de previdência social dos servidores públicos do estado de Alagoas encontra-se em déficit atuarial. Carta Política que deve ser interpretada de forma sistemática, a fim de manter sua unidade e coerência, de modo que o art. 40, §18º, neste caso, deve ser lido conjuntamente com o art. 149, §1º-a, ambos da CF/88. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido. Unanimidade." (TJAL; AI 0805812-61.2020.8.02.0000; Maceió; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Fábio José Bittencourt Araújo; DJAL 18/12/2020; Pág. 89 – destaquei).

Pelo exposto, considerando que ao editar a lei complementar estadual objetivou-se apenas a instituição do regime de previdência social mediante mecanismos de equacionamento do deficit atuarial, restando amparada pelo ordenamento jurídico pátrio a majoração da alíquota de contribuição previdenciária, justamente porque evidenciado o referido deficit, não há ilegalidade na conduta do ente público estatal, denotando-se a ausência do direito líquido e certo vindicado pelo impetrante.

Posto isto, de acordo com o parecer ministerial, rejeito as preliminares arguidas pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, no mérito, denego a segurança pleiteada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Seguridade Social no Mato Grosso do Sul.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 17 de março de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação Cível nº 0806616-47.2020.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – COBRANÇA DE IPTU PROGRESSIVO E TAXAS – IMPOSSIBILIDADE – IMÓVEL LOCALIZADO EM CONDOMÍNIO HORIZONTAL – AUSÊNCIA DE MELHORAMENTOS E SERVIÇOS REALIZADOS PELO PODER PÚBLICO – FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA MÍNIMA PARA O IPTU – INEXIGIBILIDADE DA TAXA DE LIMPEZA – PRECEDENTES DA CORTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I – Tratando-se de imóvel desprovido de melhoramentos e serviços públicos, localizado em condomínio fechado cujos serviços são custeados por recursos dos próprios condôminos, incabível a cobrança de alíquota progressiva do IPTU, devendo ser aplicada a alíquota mínima prevista em lei.

II – Sendo a coleta de resíduos sólidos custeada pelo próprio condomínio, incabível a cobrança de taxa de limpeza sobre os imóveis lá localizados, diante da ausência de efetiva oferta de serviço público que justifique a cobrança do tributo de caráter contraprestacional.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de janeiro de 2021.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Toshiaki Iasuda, qualificado nos autos da Embargos à Execução Fiscal (feito nº 0806616-47.2020.8.12.0001, da Vara Execução Fiscal Municipal da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove Município de Campo Grande, também qualificado, inconformado com a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais (f. 84-107), interpôs apelação cível (f. 115-130).

Alega o recorrente que o empreendimento Terras do Golfe possui natureza jurídica de loteamento com acesso controlado, o que torna a infraestrutura e respectivos melhoramentos bens privados, sendo do empreendedor a responsabilidade pela implantação de toda a infraestrutura do loteamento.

Argumenta que a causa de pedir não está relacionada à natureza do imóvel, mas à ausência de melhoramentos construídos ou mantidos pelo Poder Público, justificando o pedido de redução da alíquota do IPTU.

Assevera que, do conjunto probatório dos autos, sobressaem elementos que permitem conformar o pedido do apelante ao art. 148, III, do CTN, sendo suficientes para demonstrar a cobrança do índice da alíquota do IPTU e cobrança de taxas pela municipalidade no exercício de 2009.

Argumenta que, se a municipalidade não teve despesa para a implantação ou manutenção do serviço público ou da melhoria, não pode ser utilizado como critério para a alteração da alíquota do imposto predial, sob pena de enriquecimento ilícito.

O Município de Campo Grande apresentou contrarrazões às fls. 145-153.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de Embargos à Execução Fiscal ajuizada por Toshiaki Iasuda em desfavor do Município de Campo Grande, onde o requerente se insurge quanto à cobrança de IPTU com alíquota de 3,5% sobre lote de terreno localizado no Condomínio fechado "Terras do Golfe", localizado em área rural desta cidade, e cuja infraestrutura foi construída e é mantida com recursos exclusivamente privados.

Pugnou, assim, pelo reconhecimento da ilegalidade da cobrança, devendo ser aplicada a alíquota mínima de 0,5%.

O pedido foi julgado improcedente, tendo o autor manejado recurso de apelação, nos termos do relatório.

Efeitos legais da apelação e Juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Mérito

Consoante relatado, sustenta o autor que o imóvel que deu origem à cobrança do imposto (IPTU) está localizado em área rural desta cidade e já cumpre sua função social, independentemente de ter sido ou não edificado, eis que a implantação do um loteamento ocasionou valorização da região e de outros imóveis, sendo certo que todos os melhoramentos e serviços do condomínio foram realizados com recursos privados, fato que impede a cobrança de alíquotas progressivas do imposto sobre o bem.

Cabe razão ao recorrente.

Com efeito, a função social da propriedade é o fundamento constitucional que autoriza o Município e o Distrito Federal a aplicarem o IPTU Progressivo, como instrumento tributário para atingir o desenvolvimento urbano.

A progressividade pode ser aplicada de três maneiras diferentes, sendo que uma, não exclui as demais. 1) A primeira, para atender ao princípio da capacidade contributiva, expresso no art. 145, § 1º da Constituição Federal - progressividade fiscal. 2) A segunda, deve ser aplicada visando a função social da propriedade, com o intuito de compelir o proprietário de imóvel urbano a utilizar a sua propriedade conforme estabelece o plano diretor do Município e o art. 156 § 1º c/c 182 § 2º, ambos da CF. progressividade extrafiscal de natureza preventiva. 3) A terceira, é a prevista no art. 182, § 4º, inciso, II, da CF, que consiste em sanção para aqueles contribuintes que insistirem em manter o seu imóvel urbano, não edificado, subutilizado, ou não utilizado. Progressividade extrafiscal de natureza punitiva.

No caso em tela, a progressividade do IPTU aplicada, é a disposta no art. 156, I, §1º da CF c/c § 2º do art. 182 da CF, ou seja, a progressividade extrafiscal.

Art. 156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I- propriedade territorial e predial urbana;

§1º sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I- ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Art. 182 - (...)

§ 2º - a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Assim, o § 1º do art. 156, da CF, juridicamente interpretado estabelece que o IPTU, além de dever obedecer ao princípio da capacidade contributiva ("ser progressivo em função do valor do imóvel"), terá alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel (inciso II).

Evidente que o fato gerador da cobrança do IPTU, que é ter a propriedade do imóvel em território urbano, não é o mesmo fato gerador da cobrança do IPTU progressivo (extrafiscal). A simples propriedade, e até mesmo a posse e domínio útil do imóvel gera a obrigação de pagar o referido imposto, contudo a não utilização do mesmo em acordo com o que preceitua a função social da propriedade é que possibilita, ou melhor, pode autorizar o município a instituir a cobrança do IPTU na modalidade progressiva.

Essa progressividade – prevista como forma de garantir o atendimento à função social da propriedade – exige para a sua aplicação a edição de lei municipal que a determine, assim como a existência de Plano Diretor, nos termos de Lei Federal, indicando qual a melhor localização e o uso mais adequado do imóvel urbano.

Com efeito, a Lei 10.257/2001, denominada de Estatuto da Cidade, regulamentando os arts. 182 e 183 da CF, estabeleceu normas de ordem pública e de interesse social, bem como diretrizes de política urbana, para ordenar o uso da propriedade. Além disso, em seu artigo 47, estabelece que os tributos incidentes sobre imóveis urbanos (assim como as tarifas relativas a serviços públicos urbanos) serão diferenciados em função do interesse social.

O Estatuto da Cidade é a Lei Federal que consolida e regulamenta os capítulos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988. Determina a responsabilidade dos Municípios em elaborar instrumentos de política urbana, dentre eles o Plano Diretor, que visa manter a ordem pública e atender aos interesses comuns através do bem-estar dos cidadãos, a sustentabilidade ambiental e o equilíbrio harmonioso entre sociedade e espaço físico das cidades.

Dentre as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, uma das principais, define que o interesse coletivo deve estar acima do interesse individual, ou melhor, que o planejamento urbano deve cumprir com a "função social da propriedade urbana", ou seja, a propriedade, ainda que privada, deve ter o melhor uso possível para não lesar os cidadãos e nem o espaço em que vivem.

A fim de regularizar a incidência do IPTU progressivo na modalidade extrafiscal, o Código Tributário Municipal, - Lei Complementar 71/2003, dispõe que:

Art. 192. Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o Art. 182, § 4º, II, da Constituição Federal, o IPTU poderá:

I – ser progressivo em razão do valor venal do imóvel;

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel;

Também foi editado o Plano Diretor do Município – Lei Complementar nº 72 de 30/12/2003, que assim dispõe:

> *Art. 26- A propriedade imobiliária urbana cumpre sua função social quando o exercício dos direitos a ela inerentes se submete aos interesses daA propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas nesta lei.*
>
> *Parágrafo único: É assegurado o atendimento aos interesses dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes constantes na presente lei.*
>
> *Art. 27 - Consideram-se atendidos aos interesses sociais quando, simultaneamente, a propriedade imobiliária urbana atender aos seguintes requisitos:*
>
> *I - tiver aproveitamento para atividades urbanas compatíveis com os equipamentos urbanos, comunitários e serviços públicos existentes;*
>
> *II - preservar a qualidade do meio ambiente;*
>
> *III - não prejudicar a saúde e a segurança de seus usuários e da vizinhança;*
>
> *IV - não se encontrar subutilizada ou utilizada de maneira especulativa e irracional.*

Diante disso, deve ser observado se no caso em tela, o imóvel objeto de cobrança de alíquota progressiva do IPTU – lote de terreno localizado no loteamento fechado denominado "Terras do Golfe", vem cumprindo com a sua função social.

Inicialmente vale assentar que deve a propriedade ser cumpridora da função social, não se configurando esta como um limite à propriedade, pois a função social não compõe obrigação imposta ao proprietário, vez que limites e obrigação são elementos externos a qualquer instituto do direito, ou seja, são elementos que incidem sobre o sujeito ou objeto do direito.

A função social também não se confunde com os limites impostos à propriedade por força do poder de polícia do Estado ou das disposições civis do direito de vizinhança – esses são elementos externos à propriedade.

Joaquim Castro Aguiar, sobre o tema expõe:

> *"Na verdade, a função social da propriedade faz parte da essência do direito de propriedade, do seu conteúdo. A sua inserção no rol das garantias constitucionais cria a convicção de que o direito de propriedade possui, além dos poderes que lhe são inerentes, deveres comuns aos direitos patrimoniais, em proveito da sociedade. A propriedade contém poderes e deveres. O direito individual sobre as coisas impõe obrigações. O uso da propriedade há de contribuir para o bem da coletividade. Com efeito, os direitos só se justificam pela missão social que também devem ter e para a qual terão de necessariamente contribuir."(In Direito da Cidade. Rio de Janeiro: Renovar. 1996. p. 8.)*

O processo de urbanização desordenada das cidades traz algumas consequências negativas de ordem estrutural e social, como a deficiência do sistema de transportes, o congestionamento do trânsito de veículos automotores, a proliferação de habitações sub-normais, a ocorrência de inundações (causadas, p. ex., pela impermeabilização do solo e ocupação de áreas de várzea), a precariedade do saneamento básico, a "favelização" das áreas públicas invadidas e a violência.

Inspirados na má qualidade de vida urbana, gerada pela desenfreada e caótica ocupação do solo nos grandes centros, empresários do ramo imobiliário têm optado por moradias dotadas de comodidade, luxo e segurança, além do "*status*" de se morar bem. Estas são algumas das razões da proliferação de uma modalidade

de parcelamento do solo urbano, os "*loteamentos fechados*", com características especiais que os diferem dos convencionais.

No caso em concreto, o Condomínio "Terras do Golfe" foi implantado na área rural da cidade, apresenta-se cercado por muros, com suas entradas equipadas com guaritas e, de ordinário, fechadas por cancelas, vigiadas por agentes privados de segurança que controlam seu acesso mediante prévia identificação, permitindo o ingresso somente aos residentes ou às pessoas por estes autorizadas, impedindo, assim, a livre entrada e circulação de pessoas estranhas ao parcelamento.

Ora, é evidente que a implantação de um loteamento fechado ocasiona a ocupação até antecipada das áreas vazias da cidade, traz progresso e incentivo e todo o tipo de incremento empresarial, tanto no presente como no futuro, proporcionando, inclusive, a valorização de imóveis de menor custo localizados na região e, com isso, vindo a agregar valor econômico ao patrimônio das pessoas mais carentes e ao da coletividade como um todo.

Como afirma Roberto Barroso, o loteamento é, de ordinário, matriz de um novo bairro residencial da cidade, ou seja, um patrimônio da coletividade:

> *"A nova realidade urbanística resultante da implantação do loteamento, como é óbvio, afeta à Cidade como um todo, sobrecarregando seus equipamentos urbanos, sua malha viária e toda a gama de serviços públicos de infra-estrutura da cidade".*
>
> *"Por sinal que, a transcender desses direitos subjetivos dos proprietários de unidades imobiliárias dos loteamentos, deve-se reconhecer, mesmo, a existência de um direito comunitário, de todo o povo, ao desfrute do novo bairro, como unidade urbanística do todo que é a Cidade. O loteamento, sob essa visão, não é patrimônio de um conjunto de pessoas, mas, sim, núcleo urbano de interesse comum de todos". (O Município e o Parcelamento do Solo Urbano"*, RDA 194, págs. 56 e 61.)

Quanto ao fato de que não há nenhuma benfeitoria erigida no lote de terreno, critério da aplicação da progressividade do IPTU, em face da pretensa falta de cumprimento de sua função social, arraigado aos argumentos retro expendidos, deve-se considerar que se trata de loteamento fechado, com toda a estrutura necessária ao seu funcionamento, onde há o aproveitamento para atividades urbanas compatível com os equipamentos urbanos, comunitários e serviços públicos existentes, além de não oferecer risco à saúde de vizinhos ou terceiros. Apenas os proprietários dos lotes do empreendimento poderiam alegar eventual ofensa a seu direito de vizinhança, daí porque, não se pode falar em "função social" e seu descumprimento.

Também não há notícias de que o empreendimento, ou mesmo o lote objeto da cobrança do IPTU, de propriedade do apelante não esteja preservando a qualidade do meio ambiente.

Ressalte-se, ademais, que as provas apresentadas nos autos informam que as despesas de manutenção do condomínio são pagas pelos proprietários do empreendimento, inclusive coleta de lixo e manutenção das vias, fato que impõe a aplicação da alíquota mínima do IPTU, já que o imóvel encontra-se desprovido de todos os melhoramentos e serviços públicos estabelecidos por lei.

Nesse sentido a jurisprudência deste Egrégio Tribunal, *v.g.:*

> *"APELAÇÃO CÍVEL - ação declaratória cumulada com anulatória de débito fiscal – REVELIA DA FAZENDA PÚBLICA – EFEITOS MATERIAIS NÃO RECONHECIDOS – ART. 345, II, CPC – COBRANÇA DE IPTU - TERRENO NÃO EDIFICADO E NÃO BENEFICIADO COM MELHORIAS E SERVIÇOS PÚBLICOS MUNICIPAIS – ALÍQUOTA REDUZIDA - NÃO DEMONSTRADA A COBRANÇA DE TAXAS – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Em homenagem ao interesse público, veda-se a aplicação dos efeitos materiais da revelia à Fazenda Pública, o que, inclusive, encontra respaldo na hipótese geral, disposta no artigo 345, II, do CPC e, desta forma, exige o exame da veracidade das alegações trazidas na inicial. Demonstrado que não houve por parte do poder municipal qualquer melhoramento e/ou realização de serviços públicos na região do loteamento "Terras do Golfe" a fim de*

justificar a cobrança do IPTU na alíquota no importe de 3,5%, o IPTU deve incidir pela alíquota prevista no inciso III do art. 148 do Código Tributário Municipal, ou seja, no importe de 1% do valor venal dos imóveis descritos na petição inicial. Deve ser mantido o capítulo da sentença que julgou improcedente o pleito de abstenção de cobrança das "taxas municipais", uma vez que não demonstrada a sua cobrança pelo ente público. Recurso conhecido e parcialmente provido." (TJMS. Apelação Cível n. 0810852-47.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 11/11/2020, p: 12/11/2020)

"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA COM ANULATÓRIA FISCAL - IPTU PROGRESSIVO - CONDOMÍNIO HORIZONTAL, RESIDENCIAL E PARTICULAR - ARTIGO 148, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL – SERVIÇOS DE INFRAESTRUTURA SEM PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO – AUSÊNCIA DE MELHORAMENTOS REALIZADOS PELO PODER PÚBLICO – FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA MÍNIMA NA COBRANÇA DO IPTU- PRECEDENTES DA CORTE - DESPESAS CUSTEADAS PELA ASSOCIAÇÃO DE CONDÔMINOS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1- Pelas provas apresentadas nos autos as despesas são pagas pela associação dos proprietários do empreendimento provenientes da energia elétrica das áreas públicas do Loteamento; a coleta de lixo é realizada mediante pagamento da Associação à empresa de serviço particular, desde a locação de container para armazenamento provisório dos resíduos até a coleta e remoção ao local sanitário adequado, tendo a Associação que custear e tomar as providências necessárias para a correta coleta e destinação; a necessidade de pagamento das despesas de transporte dos funcionários à empresa privada, ante a ausência de transporte público, inexistindo abastecimento de água e esgoto público no Loteamento Terras do Golfe. 2- o Imposto Predial e Territorial Urbano incidiria no art. 148, inciso II, alíquota de 0,5% (meio por cento), quando o imóvel encontra-se desprovido de todos os melhoramentos e serviços públicos estabelecidos por lei, quais sejam, pavimentação e meio-fio; abastecimento de água; sistema de esgoto sanitário; rede de energia elétrica. (TJMS. Apelação Cível n. 0801198-36.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 26/06/2019, p: 28/06/2019)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA COM ANULATÓRIA FISCAL – IPTU PROGRESSIVO – CONDOMÍNIO HORIZONTAL, RESIDENCIAL E PARTICULAR – ARTIGO 148, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL – SERVIÇOS DE INFRAESTRUTURA SEM PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO – AUSÊNCIA DE MELHORAMENTOS REALIZADOS PELO PODER PÚBLICO – FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA MÍNIMA NA COBRANÇA DO IPTU- PRECEDENTES DA CORTE – DESPESAS CUSTEADAS PELA ASSOCIAÇÃO DE CONDÔMINOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1- Pelas provas apresentadas nos autos as despesas são pagas pela associação dos proprietários do empreendimento provenientes da energia elétrica das áreas públicas do Loteamento; a coleta de lixo é realizada mediante pagamento da Associação à empresa de serviço particular, desde a locação de container para armazenamento provisório dos resíduos até a coleta e remoção ao local sanitário adequado, tendo a Associação que custear e tomar as providências necessárias para a correta coleta e destinação; a necessidade de pagamento das despesas de transporte dos funcionários à empresa privada, ante a ausência de transporte público, inexistindo abastecimento de água e esgoto público no Loteamento Terras do Golfe. 2- o Imposto Predial e Territorial Urbano incidiria no art. 148, inciso II, alíquota de 0,5% (meio por cento) do valor venal de gleba não edificada e encravada dentro do perímetro urbano, quando o imóvel encontra-se desprovido de todos os melhoramentos e serviços públicos estabelecidos por lei, quais sejam, pavimentação e meio-fio; abastecimento de água; sistema de esgoto sanitário; rede de energia elétrica; escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros. 3- Recurso provido – sentença reformada." (TJMS. Apelação Cível n. 0845104-47.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 03/10/2018, p: 05/10/2018)

Na mesma esteira, considerando-se que a limpeza e tratamento dos resíduos sólidos daquele Condomínio é realizado através de contratação particular (f. 14-19), não havendo disponibilização de coleta de lixo pública,

incabível a cobrança de tributo de natureza vinculada à prestação da atividade administrativa, devendo ser afastada a cobrança da taxa de limpeza.

Por conseguinte, deve ser acolhida a pretensão inicial.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação manejado por Toshiaki Iasuda e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido inicial para o fim de:

> ***a)*** *declarar a ilegalidade da cobrança de IPTU na alíquota de 3,5% sobre o imóvel Lote 65, quadra 02, de inscrição municipal nº 30520230439 com a consequente anulação parcial dos lançamentos tributários realizados nos cinco anos anteriores à data da propositura da ação, para que seja observado o lançamento com redução da alíquota para 0,5% sobre o valor venal do imóvel.*
>
> ***b)*** *declarar a ilegalidade da cobrança de taxa de limpeza em relação ao imóvel supradescrito.*

Por consequência, ficam invertidos os ônus sucumbenciais.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Agravo de Instrumento nº 1413775-92.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO ANULATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – SUSPENSÃO/PARALISAÇÃO DE OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO E COBRANÇA DE TAXA EXTRA E DE INSTALAÇÃO DE SERVIÇO DE TROCA DO SISTEMA DA PORTARIA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO REJEITADA – IMPUGNAÇÃO DAS RAZÕES – MÉRITO RECURSAL – AUSÊNCIA DE PRÉVIA DELIBERAÇÃO ACERCA DA ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIO – ASSEMBLEIA NÃO REALIZADA – VOTAÇÃO POR URNA – MEIOS ALTERNATIVOS QUE DEVERIAM SER IMPLEMENTADOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I - Não há ofensa ao princípio da dialeticidade, porquanto se verifica que as razões da peça recursal são suficientes para atacar minimamente os fundamentos da sentença, indicando claramente a insurgência acerca da improcedência dos pedidos iniciais.

II - Ainda que não se olvide que a atual realidade do mundo impôs diversas alterações na rotina das pessoas, devido ao obrigatório distanciamento social imposto pela pandemia decorrente do Coronavírus (COVID-19), esta circunstância não pode deixar de observar a necessidade de prévia discussão acerca da administração e seus reflexos em um condomínio, especialmente quando estes impliquem em ônus aos seus proprietários, como ocorre no caso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2021

Des. Marco André Nogueira Hanson -Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Condomínio Residencial Saint Martin, qualificado nos autos, interpôs agravo de instrumento em razão da decisão proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível desta Capital, nos autos da ação anulatória c/c obrigação de fazer nº 0834406-06.2020.8.12.0001, ajuizada por Oséias dos Santos Pereira de Oliveira, a qual manteve a decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada pelo autor, determinando a suspensão e/ou paralisação do início das obras de pavimentação e respectiva cobrança extra, objeto da deliberação da Ata da Assembleia Geral Extraordinária do Condomínio Residencial Saint Martim, bem como suspenda a troca do Sistema de Portaria, tudo sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais), limitada a 30 (trinta) dias (f. 127-129/TJMS e f. 203-204/TJMS).

Aduziu que, diversamente do que afirmou o agravado, a administração do condomínio agravante, fez circular um comunicado esclarecendo que, diante do alto custo da portaria remota (R$ 4.486,00) e de inúmeras reclamações referentes as falhas com a aludida portaria, procedeu estudos e consulta de mercado, e chegou à

conclusão que a compra de equipamentos para a implantação de portaria autônoma seria a melhor opção, visto que o investimento total seria de aproximadamente R$ 30.000,00.

Defendeu que a proposta da administração e o que foi aprovada pela maioria dos votos, foi a compra da portaria autônoma, visto que com o valor pago mensalmente à empresa Represeg em apenas 06 (seis) meses, o condomínio quita todo o investimento e passa a economizar o montante de R$ 4.486,00, por mês.

Alegou que a reforma da portaria, não deve ser suspensa, sob o argumento de que há eminente risco a segurança dos condôminos, além da economia mensal de R$ 4.486,00, que refletirá na saúde financeira, beneficiando todos os condôminos.

Dispôs que a administração do condomínio, publicou um comunicado, informando que seria marcado uma assembleia para votação sobre a mudança da modalidade da portaria, bem como para a reforma das ruas internas em 28/08/2020.

Acerca da pavimentação das ruas internas, declinou que como o agravado não reside no condomínio agravante, deixa de observar a necessidade desta implementação no local, com vistas a melhorar a acessibilidade de parte dos moradores e que foi aprovada pela maioria válida dos votos dos condôminos.

Salientou que a obra de pavimentação é uma obra necessária, pois equipara-se a acessibilidade, bastando para tanto, o voto da maioria dos presentes e não de quórum qualificado, notadamente porque adveio de discussão dos moradores.

Aduziu que a votação ocorreu mediante cédulas, onde cada condômino, pode votar de forma livre e sigilosa, alegando que desde a publicação do edital, não houve sequer qualquer contestação ao método utilizado pela administração, em razão da pandemia decorrente da Covid 19.

Pleiteou a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de que seja suspensa a decisão agravada e, por consequência, determinar, de imediato, que seja dado continuidade nos referidos serviços autorizados em Assembleia realizada pelo condomínio agravante.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido (f. 225-229).

O juízo *a quo* prestou informações acerca do processo de origem (f. 234).

A parte agravada apresentou resposta ao recurso (f. 235-246), em que arguiu preliminar de não conhecimento da insurgência recursal e, no mérito, pugnou pelo seu não provimento, pleiteando a condenação da agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, Condomínio Residencial Saint Martin, qualificado nos autos, interpôs agravo de instrumento em razão da decisão proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível desta Capital, nos autos da ação anulatória c/c obrigação de fazer nº 0834406-06.2020.8.12.0001, ajuizada por Oséias dos Santos Pereira de Oliveira, a qual manteve a decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada pelo autor, determinando a suspensão e/ou paralisação do início das obras de pavimentação e respectiva cobrança extra, objeto da deliberação da Ata da Assembleia Geral Extraordinária do Condomínio Residencial Saint Martim, bem como suspenda a troca do Sistema de Portaria, tudo sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais), limitada a 30 (trinta) dias (f. 127-129/TJMS e f. 203-204/TJMS).

Preliminar contrarrecursal

A parte agravada arguiu preliminar de não conhecimento da insurgência recursal alegando que as razões recursais não impugnam de forma específica os fundamentos da decisão recorrida.

Como é cediço, o recurso interposto pela parte deve ser dialético, isto é, necessita demonstrar, de forma clara, os fundamentos de fato e de direito de seu inconformismo, atacando diretamente as razões da decisão proferida pelo Juízo singular.

Na hipótese, ao contrário do alegado, extrai-se que o presente recurso devolve de maneira suficiente a matéria impugnada, permitindo sua compreensão pela parte recorrida e também pelo julgador, consignando sua irresignação, com o objetivo de reforma da decisão de primeira instância, que concedeu a favor da parte agravada a tutela de urgência pleiteada.

Diante disso, essa arguição preliminar não deve ser acolhida.

Assim, presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste agravo de instrumento e passo à análise de seus fundamentos.

Mérito recursal

A controvérsia recursal a ser dirimida neste agravo de instrumento limita-se a apurar os requisitos para a concessão da tutela de urgência.

A decisão agravada deferiu a favor da agravada tutela de urgência, com vistas a obstar o início das obras de pavimentação e respectiva cobrança extra, objeto da deliberação da Ata da Assembleia Geral Extraordinária do Condomínio Residencial Saint Martim, bem como suspenda a troca do Sistema de Portaria, tudo sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais), limitada a 30 (trinta) dias (f. 127-129/TJMS e f. 203-204/TJMS).

Inconformado, o condomínio agravante defendeu que, diversamente do que afirmou o agravado, a administração do condomínio agravante, fez circular um comunicado esclarecendo que, diante do alto custo da portaria remota (R$ 4.486,00) e de inúmeras reclamações referentes às falhas com a aludida portaria, procedeu estudos e consulta de mercado, e chegou à conclusão que a compra de equipamentos para a implantação de portaria autônoma seria a melhor opção, visto que o investimento total seria de aproximadamente R$ 30.000,00.

Acerca da pavimentação das ruas internas, declinou que como o agravado não reside no condomínio agravante, deixa de observar a necessidade desta implementação no local, com vistas a melhorar a acessibilidade de parte dos moradores e que foi aprovada pela maioria válida dos votos dos condôminos.

Salientou que a obra de pavimentação é uma obra necessária, pois equipara-se a acessibilidade, bastando para tanto, o voto da maioria dos presentes e não de quórum qualificado, notadamente porque adveio de discussão dos moradores.

Aduziu que a votação ocorreu mediante cédulas, onde cada condômino, pode votar de forma livre e sigilosa, alegando que desde a publicação do edital, não houve sequer qualquer contestação ao método utilizado pela administração, em razão da pandemia decorrente da Covid 19.

Segundo o art. 300 do CPC, são requisitos gerais para a concessão das tutelas provisórias de urgência: a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo:

> *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. Sobre os requisitos elencados na norma supracitada, segue a doutrina:*

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido fumus boni iuris (ou fumaça do bom direito).

O magistrado precisa avaliar se há "elementos que evidenciem" a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC).

Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau e plausibilidade em torno das narrativas dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova.

Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. (Didier Jr., Fredie; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. Volume 2. 11ª edição. Salvador; Ed. Jus Podivm, 2016, pp. 608/609)

Enfim, a tutela provisória é medida necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro, razão pela qual imprescindíveis o perigo de dano e/ou risco ao resultado útil do processo.

Conforme bem declinado na doutrina *há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito.* (Marinoni, Luiz Guilherme, Arenhart, Sério Cruz, Mitidiero, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo; Ed. RT, 2016, p. 313) e sua aferição depende da constatação de que a não concessão do pedido liminar implicará ao requerente um dano que seja ao mesmo tempo: a) concreto (não hipotético ou eventual), b) atual (na iminência de ocorrer ou já em curso) e c) grave (de grande ou médica intensidade, com o condão de prejudicar ou impedir a fruição de determinado direito pela parte).

Outrossim, por "probabilidade do direito", ou *fumus boni iuris*, entende-se a plausibilidade na existência do direito alegado, cabendo ao magistrado a análise, no caso concreto, da existência dos elementos que evidenciem ou não a verossimilhança dos fatos narrados, assim como as chances de êxito do demandante.

Ademais, a lesão que se pretende evitar deve ser irreparável, isto é, aquelas cujas consequências são irreversíveis ou, ainda, de difícil reparação. Trata-se, em outras palavras, do receio de que a demora normal do processo cause à parte um dano iminente ou permita a perpetuação deste ou, ainda, implique na ocorrência de um ilícito, já praticado ou em vias de se efetivar.

Na hipótese sob julgamento, a parte agravada ingressou com pedido de tutela de urgência visando suspensão da obra de pavimentação e a cobrança de taxa extra, sob o argumento de que houve irregularidade da sessão da assembléia extraordinária realizada dia 21/09/2020 no condomínio agravante, em afronta à legislação aplicável, que resultou na cobrança de taxa extra em desfavor dos condôminos, a despeito do atual estado de calamidade ocasionado pela pandemia decorrente da Covid-19.

Na hipótese, restou evidenciada a probabilidade do direito alegado pelo demandante, ora agravado, vez que a deliberação acerca da aprovação de mudança de modelo de portaria atual, para portaria autônoma, bem como de orçamento para a reforma de pavimentação das ruas internas do condomínio, com a instituição de taxa extra, adveio de "votação realizada por meio de cédulas preenchidas pelos moradores", sem prévio debate acerca do assunto pelos condôminos.

Ressalta-se que, não obstante o atual cenário mundial, decorrente da pandemia causada pelo Covid-19, que impõe à toda a sociedade o devido distanciamento e precauções para evitar contaminação por aquele causada, mostra-se imprescindível a deliberação acerca dos temas acima declinados e deliberados por intermédio de cédulas e uma urna afixada na portaria e preenchidas pelos próprios moradores, por intermédio de uma forma alternativa, via eletrônica, conforme vem acontecendo em outras áreas, inclusive, ensino.

Desta forma, a assembleia como órgão soberano do condomínio não foi devidamente constituída, a mera votação na forma como ocorrida não demonstra ser regular e, por isso, defeso manter sua eficácia em detrimento dos condôminos.

Como bem declinou o juízo *a quo*, no caso dos autos, *não se depreende a realização de nenhuma assembleia, com discussão e deliberação a respeito de temas tão relevantes ao condomínio, mas mera votação que mais se amolda a um plebiscito, onde se formularam previamente as "propostas" (pavimentação e mudança do sistema de portaria), e os condôminos simplesmente podiam escolher entre o "sim", e o "não"!* (f. 16/TJMS).

Assim, ainda que não se olvide que a atual realidade do mundo impôs diversas alterações na rotina das pessoas, devido ao obrigatório distanciamento social imposto pela pandemia decorrente do Coronavírus (COVID-19), esta circunstância não pode deixar de observar a necessidade de prévia discussão acerca da administração e seus reflexos em um condomínio, especialmente quando estes impliquem em ônus aos seus proprietários, como ocorre no caso.

Por fim, cumpre registrar que, a despeito de o condomínio agravante defender a imprescindibilidade da realização das alterações nas estruturas físicas e funcionais já declinadas, a tutela deferida pelo juízo *a quo* limitou-se a aferir o vício formal do ato que ensejou a cobrança de taxa extra e a realização de obras de pavimentação e não a imprescindibilidade ou não destas, o que não impõe qualquer análise, neste momento processual, por este órgão colegiado.

Isto porque, ainda que se conclua que referida obra e alteração da portaria se mostrem imprescindíveis ao condomínio, esta conclusão não tem o condão de atingir o desfecho do juízo *a quo*, no sentido de que se mostra imprescindível prévia deliberação, em assembleia de moradores, para que se concretize decisões relevantes ao condomínio.

Logo, não prospera a insurgência recursal, impondo-se a manutenção da decisão recorrida como proferida.

Dispositivo

Ante todo o exposto, rejeito a preliminar suscitada em contrarrazões, **conheço** deste agravo de instrumento interposto por Condomínio Residencial Saint Martin, 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. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação Cível nº 0828613-62.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA RÉ – AÇÃO DECLARATÓRIA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPETIÇÃO DO INDÉBITO – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – ACOLHIDA DE OFÍCIO – MÉRITO – REAJUSTE DE PARCELA DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE EM FUNÇÃO DA IDADE DA BENEFICIÁRIA – PESSOA IDOSA – ABUSIVIDADE EVIDENCIADA – RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICABILIDADE DAS NORMAS DO ESTATUTO DO IDOSO POR SE TRATAR DE CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO – NORMA COGENTE E DE ORDEM PÚBLICA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO.

I - Carece de interesse recursal a parte que impugna parte da sentença que não lhe foi desfavorável.

II – Deve ser reconhecida a nulidade da cláusula que majora o valor da mensalidade, tão somente pela passagem de 60 para 61 anos de idade, porque desarrazoada e abusiva, onerando em demasia o segurado e dependente do plano de saúde.

III - Não obstante a vigência do princípio da autonomia da vontade sobre os negócios jurídicos, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando-se em conta a relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato, à luz do que dispõem o art. 6º, incisos IV e V, bem como o art. 51, do CDC.

IV - Ao caso impõe-se a aplicação das normas do Estatuto do Idoso, que, apesar de ter sido promulgado em data posterior à data de celebração do contrato *sub judice,* deve ser levado em consideração para a controvérsia sob julgamento, porque o contrato é de trato sucessivo e porque evidencia norma cogente, de ordem pública, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça.

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, conheceram em parte do recurso e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2021.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Unimed-Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda., qualificada nos autos da Ação Anulatória de Cláusula Contratual c/c Repetição de Indébito (feito nº 0828613-62.2015.8.12.0001, da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove Maria José de Albuquerque, também qualificada, inconformada com a sentença proferida em primeiro grau, interpôs recurso de apelação cível.

Arguiu, preliminarmente, prejudicial de prescrição, argumentando que o prazo para restituição de valores pagos à maior é de três anos, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Tema 610) e reafirmado pelo art. 206, §3º, VI, do Código Civil, restando prescritos, portanto, os valores pagos antes de 15/08/2012.

No mérito, alegou que o plano de saúde em questão foi firmado antes da vigência da Lei 9.656/98, portanto, não se aplica ao caso a RN 63/2003 e a referida Lei, conforme reconhecido no julgamento do Tema 123 do STJ.

Aduziu que, conforme informado nos autos, o plano de saúde não sofreu reajustes por mudança de faixa etária, somente os anuais, conforme regulamentação da ANS.

Referiu que não pode ser obrigada a restituir valores de forma simples ou em dobro, uma vez que aplicou os índices de reajuste conforme estipulado pela Agência Nacional de Saúde e em conformidade com as cláusulas contratuais, logo, não há falar em cobrança indevida.

Argumentou que "(*...) se de um lado, a Apelante está obrigada a prestar assistência médico-hospitalar em conformidade com o contrato celebrado, de outro lado, o Apelado está sujeito ao pagamento de mensalidade identificada com os serviços contratados*", sendo que o próprio Superior Tribunal de Justiça já tornou assente a possibilidade de limitar serviços e direitos.

Disse que:

> *"(...) a condenação pretendida pela parte apelada, que se encontra ausente nas condições da lei e do contrato, além de gerar danos à toda coletividade, tornando o mercado instável com gravíssimo prejuízo para os próprios consumidores, haverá violação frontal ao artigo 5º, II e XXXVI da CRFB/885, por quebra da força obrigatória do contrato e da autonomia das vontades, negando vigência à intervenção mínima do Estado, vez que só se admite a revisão de contrato pelo Estado em caráter extremamente excepcional – artigo 421, § 1º c/c artigo 421 – A, II e III e 757, todos do CC/026, artigo 54, §§ 3º e 4º do Código de Defesa do consumidor, acarretando, por sua vez, com a condenação, em verdadeira onerosidade excessiva prevista no artigo 478 do mesmo codex, diante da ausência de ato ilícito na forma do artigo 188, I do Código Civilista Brasileiro".*

Após prequestionar diversos artigos legais, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de se julgar improcedentes os pedidos iniciais ou, subsidiariamente, acolha-se a prescrição trienal para a repetição de indébito.

Intimada, a autora-apelada apresentou contrarrazões (f. 479-482), na qual rebateu os argumentos da parte contrária e pugnou pela rejeição dos pedidos recursais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, a Unimed-Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda., qualificada nos autos da Ação Anulatória de Cláusula Contratual c/c Repetição de Indébito (feito nº 0828613-62.2015.8.12.0001, da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove Maria José de Albuquerque, também qualificada, inconformada com a sentença proferida em primeiro grau, interpôs apelação cível.

Preliminar – falta de interesse recursal

O recurso não deve ser conhecido em parte.

Isso porque, embora tenha constado no apelo argumentos acerca da necessidade do reconhecimento da prescrição trienal para a repetição do indébito, nota-se que, diferentemente do que argumenta a apelante na manifestação de f. 493-494, o magistrado singular, além de analisar a aplicação do referido instituto e reconhecê-lo na fundamentação da sentença, o destacou expressamente na parte dispositiva. Senão vejamos:

> *"Isso posto, resolvendo o mérito da demanda na forma do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedentes os pedidos para: a) reconhecendo a abusividade da cláusula X do contrato firmado entre as partes, que não estabelece, de forma clara e precisa, os índices de reajuste por mudança de faixa etária previstos no contrato, declarar a ilegalidade da cobrança dos reajustes aplicados pela ré quando da mudança da faixa etária dos "De 61 a 70 anos" para a faixa dos "Mais de 71 anos"; b) determinar, por conseguinte, a apuração de índices que assegurem o equilíbrio econômico do contrato em liquidação de sentença; e c) condenar a ré a restituir a autora, na forma simples, os valores eventualmente pagos a maior, corrigidos monetariamente desde o desembolso e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação,* ***respeitado o prazo prescricional de três anos anteriores à propositura da ação.*** *Ante a sucumbência, condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da autora, os quais arbitro em 15% (quinze por cento) do proveito econômico obtido, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil."* (sem destaque no original)

Por esta razão, a apelante não possui interesse recursal, nesse ponto, pois sua pretensão foi deferida nos termos pleiteados.

Assim conheço de parte do recurso manejado pela parte ré e passo análise de suas razões na parte conhecida.

Mérito

No que tange ao mérito, a Unimed sustenta ser integralmente legais as cláusulas contratuais, inclusive aquela que reajusta a parcela da mensalidade do contrato de plano de saúde da parte autora, em função da idade do beneficiário e dependente idosos. Para tanto, invoca os seguintes fundamentos: a) incabível a aplicação do Estatuto do Idoso, sob pena de afronta ao princípio constitucional da irretroatividade; b) necessidade de respeito e observância do ato jurídico perfeito; c) ausência de reajuste abusivo por mudança de faixa etária, eis que o reajuste foi anual e não por faixa etária; d) impossibilidade de condenação fora dos ditames da lei e do contrato, sob pena de acarretar onerosidade excessiva.

A despeito dos argumentos da apelante, razão não lhe assiste. Explico.

As previsões constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido permitem que os contratos firmados antes do advento da Lei n. 9.656/98, como no caso, sejam regidos pelas regras estabelecidas em suas próprias cláusulas.

Entretanto, o reajuste vago é abusivo à luz da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Em caso análogo, o egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REAJUSTE COMPLEMENTAR DE PLANO DE SAÚDE. APLICAÇÃO DE ÍNDICE UNILATERALMENTE ESCOLHIDO. VEDAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. É abusivo o reajuste de plano de saúde pelo índice que melhor atende aos interesses do fornecedor, sem que se acorde ou se dê ao consumidor qualquer informação a respeito do critério adotado." (STJ. 3ª Turma. AgRg no Ag n. 1087391. SP. Ministro Relator Sidnei Beneti. Julgado em 16-4-2009).*

E que não destoa de precedentes deste Tribunal:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGO INDEVIDAMENTE – PRELIMINAR:*

CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – PLANO DE SAÚDE - ALTERAÇÃO DE VALORES – MUDANÇA NA FAIXA ETÁRIA – ACIMA DE 60 ANOS – POSICIONAMENTO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO 1. Cabe ao Julgador decidir pela necessidade ou não da produção da prova requerida, indeferindo as que se demonstrarem inúteis, desnecessárias ou protelatórias ou determinando a produção das que se façam necessárias ao deslinde da controvérsia. A nulidade por cerceamento de defesa só é caracterizada quando a prova requerida - e não realizada - for efetivamente necessária para o esclarecimento dos fatos, pois se os elementos dos autos continham dados suficientes para formação do convencimento do magistrado, desnecessária a produção e inexistente o cerceamento de defesa, sendo possível o julgamento antecipado da lide. 2. A Corte Superior pacificou entendimento, no julgamento do REsp 1.568.244/RJ, realizado em 14/12/2016, no sentido de que a previsão contratual que autoriza o reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, desde que atendidas as seguintes condições: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal; e, c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 3. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade", apenas inibe que o reajuste seja de modo desproporcional ao idoso, fazendo com o que este grupo mantenha seu vínculo. 4. Reajustes abusivos, in casu, mais de 100%, implicam rompimento do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, princípios elementares das relações de consumo. 5. O consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. (TJ-MS - AC: 08295812920148120001 MS 0829581-29.2014.8.12.0001, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 31/07/2018, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 02/08/2018)

APELAÇÃO CÍVEL DA OPERADORA – AÇÃO DECLARATÓRIA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPETIÇÃO DO INDÉBITO – PRELIMINARMENTE – AGRAVO RETIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADO – MÉRITO – REAJUSTE DE PARCELA DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE EM FUNÇÃO DA IDADE DO BENEFICIÁRIO E DEPENDENTE – PESSOA IDOSA – REAJUSTE SUPERIOR A 100% – ABUSIVIDADE EVIDENCIADA – RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DO ESTATUTO DO IDOSO POR SE TRATAR DE CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO – NORMA COGENTE E DE ORDEM PÚBLICA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Se a matéria e os fatos, supostamente carentes de prova pericial, são exclusivamente de direito e não dependem de conhecimento técnico para serem dirimidos, podendo solucionar-se os pontos controvertidos por meio do conjunto probatório já existente nos autos, não se há de falar em necessidade de trabalho técnicopericial ou cerceamento de defesa. II – Deve ser reconhecida a nulidade da cláusula que majora em mais de 100% o valor da mensalidade, tão somente pela passagem de 60 para 61 anos de idade, porque desarrazoada e abusiva, onerando em demasia o segurado e dependente do plano de saúde. III - Não obstante a vigência do princípio da autonomia da vontade sobre os negócios jurídicos, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando-se em conta a relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato, à luz do que dispõem o art. 6º, incisos IV e V, bem como o art. 51, do CDC IV - Ao caso impõe-se a aplicação das normas do Estatuto do Idoso, que, apesar de ter sido promulgado em data posterior à data de celebração do contrato sub judice, deve ser levado em consideração para a controvérsia sob julgamento, porque o contrato é de trato sucessivo e porque evidencia norma cogente, de ordem pública, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CÍVEL DO USUÁRIO – (...) (Apelação -Nº 0828551-56.2014.8.12.0001 - Campo Grande - Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/03/2016; Data de registro: 03/03/2016)

APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL DE CONTRATO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – REAJUSTE ABUSIVO DA MENSALIDADE – FAIXA ETÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – RESTABELECIMENTO DO CONTRATO – DEVIDO – RECURSO PROVIDO. 1. Conforme jurisprudência pacífica do e. STJ, a previsão de reajuste em razão da faixa etária é abusiva, devendo ser declarada nula. Aplicação do Estatuto do Idoso e do CDC. 2. Reajustes abusivos – in casu mais de 100% –, implicam rompimento do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, princípios elementares das relações de consumo. 3. Cabível o restabelecimento do contrato, considerando que se cancelamento se deu como consequência da cláusula nula que, legalmente, não pode gerar efeitos." (TJMS. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.000844-3/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. J. 31/01/2012)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – PLANO DE SAÚDE – DISCUSSÃO QUANTO À LEGALIDADE DE CLÁUSULA – POSSIBILIDADE – ARGUIÇÃO DE CARÊNCIA DA AÇÃO – REJEIÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

A ação de consignação em pagamento admite eventual discussão quanto à legalidade e à abusividade de cláusula constante do instrumento contratual. A pretensão de consignação em pagamento é cumulável com a pretensão de revisão de cláusulas contratuais, conforme jurisprudência pacífica. Arguição de carência da ação e arguição de falta de interesse processual, fundadas na suposta inadequação da via eleita, afastadas.

APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – REAJUSTE – APLICAÇÃO DE ÍNDICE UNILATERALMENTE ESCOLHIDO – VEDAÇÃO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO NÃO PROVIDO.

O reajuste de plano de saúde pelo índice que melhor atende aos interesses do fornecedor, sem indicação de percentual, é abusivo. APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – REAJUSTE – FAIXA ETÁRIA – VEDAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO. A previsão contratual de reajuste de mensalidade de plano de saúde, fundada na mudança de faixa etária da pessoa, é abusiva e nula." (TJMS. Terceira Turma Cível. Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2008.026560-0/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Marco André Nogueira Hanson. J. 05/04/2010)

No caso dos autos, mostra-se inequívoca a aplicação do CDC, porquanto foi instaurada entre as partes uma relação contratual de seguro de assistência médico-hospitalar (arts. 2º e 3º).

Não obstante a vigência do princípio da autonomia da vontade sobre os negócios jurídicos, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando-se em conta a relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato, à luz do que dispõem o art. 6º, incisos IV e V, bem como o art. 51, do CDC.

Nesse norte, faz-se possível a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, em função dos direitos básicos assegurados aos consumidores.

Logo, é vedada a prática ou inserção de cláusula abusiva que tenham por finalidade a promoção de desigualdade entre os contratantes, impondo-se sua revisão com vistas a amenizar eventuais distorções ou desequilíbrios.

Não fosse pela aplicabilidade do CDC, ao caso impõe-se a aplicação das normas do Estatuto do Idoso, que, apesar de ter sido promulgado em data posterior à data de celebração do contrato *sub judice,* deve ser levado em consideração para a controvérsia sob julgamento, por tratar-se de norma cogente, decorrente de ordem pública, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PERDAS E DANOS. SEGURO SAÚDE. REAJUSTE

DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 9.656/98 E DO ESTATUTO DO IDOSO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. 1. ***O surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como acontece com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso.*** *2. O consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária. 3. Em relação ao reajuste efetivado pela recorrida em período anterior à vigência da norma protetiva do idoso, a análise deve-se dar sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem no que tange à ausência de abusividade ou desproporcionalidade do reajuste, em prejuízo do consumidor, a partir da análise pontual e individualizada de cada um dos percentuais previstos no contrato antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido." (REsp 1228904/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 08/03/2013) Destaquei.*

Nesta senda, não se há de sustentar, como faz crer a operadora de plano de saúde, que houve retroatividade da lei posterior ou afronta ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Assim, imbuído dos artigos que permeiam o CDC, além das normas que regem o Estatuto do Idoso, a manutenção da sentença é medida que se impõe, porquanto a ausência de indicação prévia dos reajustes a serem aplicados nas faixas etárias impede a comparação entre eles, a fim de se apurar eventual disparidade que indique violação à boa-fé objetiva ou discriminação ao idoso, adotados pelo Superior Tribunal de Justiça como parâmetros para análise de abusividade dos reajustes no caso concreto.

Ademais, acrescente-se que outro requisito estabelecido pela Corte Superior, no julgamento do REsp 1568244/RJ, para fins de validade do reajuste por faixa etária, é sua previsão contratual, o que não foi comprovado nos autos, na medida em que os documentos de f. 357-363, indicam que os índices de reajuste aplicados se mostraram totalmente aleatórios, altos e desprovidos de qualquer base atuarial, e acarretaram, ao longo da contratualidade, substancioso aumento na mensalidade, justo na fase mais vulnerável da vida do consumidor, tal como concluiu o julgador de instância singela.

Assim, é flagrante a abusividade, que se enquadra no art. 51, IV, do CDC e malfere o art. 15, §3º, da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso.

É preciso observar que o STJ já reconheceu a legalidade do reajuste por faixa etária de 60 anos nos autos do REsp 646.677/SP, definindo que *"deve-se admitir a validade de reajustes em razão de mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado" e que, "em relação aos contratos novos, a Lei 9.656/98, em seu art. 15, determina que caberá à ANS estabelecer as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas. Assim, para os contratos firmados entre 2 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, valem as regras da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU nº 6, de 3 de novembro de 1998, que determina: observância de sete faixas etárias, de modo que o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação de valor na contraprestação não poderá atingir o usuário com mais de 60 anos que participe de um plano ou seguro há mais de dez anos";*

Por pertinente, confira-se outro precedente do STJ:

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DO IDOSO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. - O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas. - Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente. - Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada. - O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo. - Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária. - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. - Agravo Regimental improvido. (STJ. Terceira Turma. AgRg no REsp de n. 707.286. RJ. Ministro Relator Sidnei Beneti. Julgado em 17-12-2009).

Por certo, a majoração do valor da mensalidade, tão somente pela passagem da idade, afigura-se desarrazoada ou aleatória, onerando em demasia o segurado.

Portanto, não merece prosperar a pretensão recursal da parte demandada, devendo a sentença recorrida, quanto ao mérito, ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Dispositivo

Pelo exposto, conheço em parte do recurso de apelação interposto pela Unimed-Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

Diante do desprovimento deste recurso, condeno a apelante ao pagamento de honorários recursais em favor do patrono do autora/recorrida, fixados em 5% do valor da condenação, nos termos do art. 85, §11, do CPC, que devem ser pagos sem prejuízo dos honorários sucumbenciais já fixados na sentença.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Apelação Cível nº 0802925-52.2016.8.12.0005 - Aquidauana

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA PARA DESTITUIÇÃO DE SÓCIO DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – MÉRITO. DESTITUIÇÃO/AFASTAMENTO DE SÓCIO ADMINISTRADOR EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO CRIMINAL E OU INCAPACIDADE MENTAL – POSSIBILIDADE – NOMEAÇÃO DE HERDEIRO, REPRESENTANTE DO ESPÓLIO, COMO ADMINISTRADOR – INIMIGO DECLARADO DO SÓCIO MAJORITÁRIO, POSSUIDOR DE 75% DAS COTAS DA EMPRESA – NECESSIDADE DE REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA DETERMINAR A NOMEAÇÃO, COMO ADMINISTRADOR DA RÁDIO, DO CURADOR DO REQUERIDO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2020

Des. Nélio Stábile

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por Raul Martines Freixes, contra Sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, nos autos da Ação Declaratória com Pedido de Tutela de Urgência para Destituição de Sócio da Administração de Sociedade Limitada, movida contra si por Espólio de Elcíria Rita Brandes Garcia, representada pelo inventariante Thiago Garcia Oliveira, que julgou procedente os pedidos para o fim de destituir Raul Matinez Freixes da administração da empresa Rádio FM América Aquidauana, nomeando como único administrador o Espólio de Elcíria Rita Brandes Garcia, representada por Thiago Garcia Oliveira. Revogou-se a tutela de fls. 683/685, considerando que o E. TJMS suspendeu os efeitos da decisão que adjudicou as cotas do requerido ao Município de Aquidauana. Antecipou os efeitos da tutela requerida. Determinou a comunicação da Decisão à Junta Comercial/MS. Condenou a parte requerida ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa. Indeferiu a gratuidade da justiça ao requerido, posto que é sócio de uma grande empresa de radiodifusão, além de ser patrocinado por advogados, o que evidencia sua capacidade econômica.

O Apelante requereu preliminarmente, o deferimento da Assistência Judiciária, afirmando ser hipossuficiente. Afirma que a condenação criminal ou administrativa ao exercício de cargo público eletivo não autoriza presunção de que poderá levar sua empresa à falência. Aduz que a responsabilidade penal é pessoal e não pode interferir na atividade jurídica, afirmando que o art. 1.011, §1º do CC que proíbe o exercício da

administração de sociedade por pessoa condenada refere-se à sociedade simples e não sociedade limitada e que a destituição de administrador é regida pelo art. 1.063, do mesmo códex e tal ocorre pela aprovação de titulares de quotas (2/3 do capital social) ou por disposição contratual, aduzindo que possui 75% das quotas da empresa e exerce a administração desde 1986. Também afirma que a nomeação de administrador sem experiência é medida temerária e que a intervenção judicial na sociedade empresária só é admissível em casos excepcionais e de forma provisória. Transcreveu cláusulas do contrato social da Radio (f.779). Aduziu também que há muito outorgou procuração para a advogada Vanessa Arguelho administrar a emissora e que sempre a auxiliou e que é totalmente dependente financeiramente dos recursos oriundos com a administração da rádio. Quanto a "confusão patrimonial", entende que "somente poderiam ser conclusivas diante da ampla dilação probatória, possibilitando ao acusado a possibilidade de contraditório", o que teria sido cerceado em razão do julgamento antecipado do feito, o que poderia ser comprovado ante a inexistência de condenações administrativa junto a Anatel ou órgãos fiscalizadores. Não houve justa causa para seu afastamento. Também afirma não ser portador de doença mental grave e sim de depressão e síndrome do pânico, o que seria corroborado pelos laudos médicos, reafirmando a necessidade do contraditório e ampla defesa, porquanto "*a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz*". Requereu, ao final, a reforma da decisão para anular a sentença recorrida, retornando os autos à Primeira Instância para o prosseguimento do feito a partir do saneamento e organização do processo, oportunizando às partes a dilação probatória. O acolhimento do recurso a fim de determinar nova designação de audiência para a oitiva do depoimento pessoal do recorrente ora peticionário, e do requerente, e a consequente devolução dos prazos processuais, inclusive para a apresentação das Alegações Finais. Prequestiona dispositivos legais.

Em contrarrazões, o Espólio de Elciria Rita Brandes Garcia, arguiu preliminarmente ilegitimidade do recorrente. No mérito, afirma que o réu foi condenado a pena em regime inicialmente fechado e atualmente cumpre prisão domiciliar por estar em tratamento de saúde (problemas psiquiátricos e neurológicos) e enquanto durar a condenação não pode exercer cargo de administrador de rádio. Afirma que O artigo 1.063, § 1°, do Código Civil, autoriza a destituição do sócio nomeado administrador no contrato quando há aprovação dos titulares de quotas correspondentes a mais da metade do capital social e a nova distribuição do Capital Social aponta que o Apelante detem apenas 25% da sociedade, uma vez que 50% foram adjudicados pela prefeitura Municipal de Aquidauana e os outros 25% são de Thiago Garcia de Oliveira, argumentando que os acionistas Majoritários postulam pela destituição do Apelado do cargo. Postula seja negado provimento ao Recurso.

Já o Município de Aquidauana também arguiu preliminar de ausência de interesse de agir em razão da exclusão do quadro societário operada em efeito executivo, argumentando que o Apelante não faz mais parte do quadro societário da empresa, postulando pelo não conhecimento do Recurso de Apelação. No mérito, pela manutenção da Sentença.

Intimado para manifestação quanto às preliminares arguidas, o Apelante quedou-se inerte.

Houve indeferimento ao pedido de Assistência Judiciária e o preparo recursal foi devidamente recolhido.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Algumas questões pertinentes.

Por primeiro, as preliminares de ilegitimidade de parte e de falta de interesse de agir devem ser analizadas, porém, antecipo, serão rejeitadas.

É que a ação foi distribuída pelo Espólio de Elcíria Rita Brandes Garcia em desfavor de Raul Martinez Freixes. Ora, se a ação foi intentada contra Raul Freixes, ainda que no caminhar do feito tenha informações de que 50% das cotas da Empresa tenham sido adjudicadas pelo Município de Aquidauana e que ao final houve confirmação da Decisão que determinou o afastamento do Apelante da administração da rádio, por certo que aquele é parte legítima e possua interesse de agir. Aliás, os Apelados não falaram a mesma linguagem, porquanto o Espólio afirmou em contrarrazões que o Município de Aquidauana possui 50% das cotas da rádio, o Espolio 25% e o Apelado os 25% restante (f. 837), enquanto o Município, equivocadamente afirma que o Apelante não possui qualquer cota em razão da adjudicação. De lembrar que na Sentença, especificamente às f. 749, o Magistrado menciona que houve suspensão dos efeitos da decisão que adjudicou as cotas do requerido ao Município de Aquidauana e, por certo, aquele possui 75% do total das cotas.

Por ser o Apelante possuidor de cotas da empresa Rádio FM América de Aquidauana não há que se falar em falta de interesse de agir, razão pela qual rejeito as preliminares.

Mérito

O Apelado transcreveu logo na inicial de seu Recurso trecho extraído da Decisão desta Relatoria, proferida nos autos de Agravo de Instrumento 1400560-54.2017.8.12.0000 (f.773), que mencionava a impossibilidade de responsabilização pessoal de condenado em exercer atividade de pessoa jurídica. Quanto a tal, destaco que aquela Decisão foi proferida apenas quando do recebimento do Recurso, concedendo-lhe efeito suspensivo. Todavia, em razão da Sentença nestes autos, o julgamento definitivo daquele restou prejudicado, ou seja, não houve Acórdão e, portanto, aquela Decisão não tem o condão de influenciar neste, uma vez que o mérito não foi apreciado.

Já quanto aos argumentos apresentados para reforma da Sentença, entendo necessário parcial provimento.

Por primeiro, irresignou-se quanto a afirmação de má administração e afirma que houve cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado. O Magistrado assim consignou:

> *"(...) O processo em questão comporta o julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, inciso I do Código de Processo Civil, haja vista que a questão controvertida nos autos é meramente de direito, mostrando-se, por outro lado, suficiente a prova documental produzida, para dirimir as questões de fato suscitadas, de modo que desnecessário se faz designar audiência de instrução e julgamento para a produção de novas provas.*

O pleito genérico de provas, tal como foi feito pela parte requerida não merece atendimento, na medida em que não indica a pertinência dos aludidos requerimentos (CPC, art. 370, parágrafo único). O feito depende apenas de prova documental e está maduro para julgamento".

O Recorrente entende que "*as afirmações de má administração na sentença judicial atacada, somente poderiam ser conclusivas diante de ampla dilação probatória, proporcionando ao acusado a possibilidade do contraditório - artigo 5º LIV da Constituição Federal e o artigo 9º e 10º do Código de Processo Civil, o que lhe foi cerceado ante o julgamento antecipado da lide, haja vista, que não há provas tampouco julgamento e condenação administrativa junto a ANATEL, ou outro órgão fiscalizador de radiodifusão* (...)".

Não vejo qualquer desproporção na Sentença. O Magistrado, ao indeferir as provas que entende não condizentes com o propósito de solução da lide, nada mais fez do que dar cumprimento ao disposto nos artigos 370 e 371, ambos do Código de Processo Civil, que estabelecem:

> *Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*
>
> *Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (Destaquei)*

Vige em nosso sistema jurídico o princípio do livre convencimento motivado, em que o Magistrado é livre para apreciar as provas, sendo possível até mesmo indeferir os requerimentos de provas que julgue desnecessárias.

Com efeito. Se o Magistrado entendeu que as provas trazidas aos autos são suficientes ao deslinde do feito, é desnecessária a produção de mais uma prova, até porque o Apelante alega cerceamento de defesa sem explicitar exatamente no que consistiu tal cerceamento, uma vez que em análise dos autos, verifico que participou de todos os atos processuais. Em sendo suficiente o conjunto probatório trazido aos autos, determinar a produção de novas provas ou sua realização de forma diversa como aquela que o Magistrado entende necessária seria inócuo e também atentaria contra o princípio da economia processual, além de retardar o deslinde da causa desnecessariamente, processo, inclusive, que já tramita há quatro anos, mormente quando o Magistrado entende ter os elementos necessários para o julgamento do feito.

No mesmo sentido do acima esposado é a jurisprudência dominante no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça:

> *PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. AGENTE NOCIVO RUÍDO. PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. NÍVEL DE INTENSIDADE DO RUÍDO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. I - O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova, mediante a existência nos autos de elementos suficientes para a formação de seu convencimento. II - Aferir eventual necessidade de produção de prova demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, dado o óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ. III - No sistema de persuasão racional adotado pelos arts. 130 e 131 do CPC, cabe ao magistrado determinar a conveniência e a necessidade da produção probatória, mormente quando, por outros meios, já esteja persuadido acerca da verdade dos fatos. IV - Observa-se, ainda, que, em relação à alegação de que o nível de ruído o Tribunal a quo delineou a controvérsia dentro do universo fático-probatório: "O período de 01/01/2004 a 21/10/2011, por sua vez, não pode ser considerado especial, pois o ruído a que estava sujeita a parte autora era de 84,9 db, inferior ao valor máximo permitido por lei". Caso em que não há como aferir eventual violação do dispositivo infraconstitucional alegado sem que sejam abertas as provas ao reexame. V - A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste tribunal, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ. VI - Agravo interno improvido. (STJ. AgInt no AREsp nº 938.430/SP. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Francisco Falcão. Julgamento: 28.08.2017).*

Assim, quanto ao cerceamento de defesa e necessidade de "ampla dilação probatória " apenas por haver julgamento antecipado, sem razão o Apelante.

No mérito, o Recurso merece realmente parcial provimento, porém não nos exatos termos pretendidos pelo Apelante.

Destaco que a destituição de Raul Martines Freixes está correta. A condenação criminal é, sim, razão da alteração da administração e, da mesma forma, seu estado de saúde mental.

Todavia, há necessidade de esclarecimentos e correção da Sentença. É que o Apelante é possuidor de 75% (setenta e cinco por cento) das cotas da empresa Rádio FM América de Aquidauana (50% que já lhe pertenciam e 25% adquiridos por sucessão da mãe) e, ainda que nos autos conste manifestação do Município de Aquidauana a própria Sentença revogou a Tutela de Urgência outrora concedida às fls. 683/685, nos seguintes termos: "*considerando que o e. TJMS suspendeu os efeitos da decisão que adjudicou as cotas do requerido ao Município de Aquidauana*.", ou seja, há necessidade de rever a Sentença nesse ponto.

Nessa seara, tenho que, em estando correta a Sentença quando determinou o afastamento, há necessidade de estabelecer que o sócio Thiago Garcia Oliveira não pode ser nomeado como administrador da Rádio FM

América de Aquidauana. Primeiro, porque declaradamente há inimizade, animiosidade e antagonismo entre as partes e sua nomeação em nada contribuiria para regularização daquela administração. Por segundo, o sócio Thiago não representa o Apelante Raul Freixes.

Em caso de destituição ou afastamento por inaptidão (seja pela condenação criminal seja pelo problema mental apresentado), o afastado ou destituído deve ser representado e substituído por seu representante legal, ou seja, o(a) Cudador(a) que tenha sido nomeado.

O que não se admite é que o destituído, que possui 75% (setenta e cinco por cento) da empresa, fosse substituído na administração por seu flagrantemente opositor (que tem apenas 25% por sucessão da mãe). E, pior ainda, porque sabido que já houve tentativa, de forma ilícita, de venda das cotas pertencentes ao Apelante, cuja venda foi cancelada.

Em sendo assim, a Sentença deve ser parcialmente reformada para excluir a nomeação de administrador Espólio de Elcíria Rita Brandes Garcia, representado por Thiago Garcia Oliveira, como nomeado pelo Magistrado, devendo o afastado Raul Martinez Freixes ser representado pelo Curador(a), o que deverá ser realizado.

Quanto ao prequestionamento, estando suficientemente debatida e fundamentada a matéria, não há razão para manifestação expressa sobre todos os dispositivos legais, como sabido e ressabido.

Ante o exposto, conheço do Recurso de Apelação interposto por Raul Martines Freixes, rejeito a preliminar e no mérito, **dou-lhe parcial provimento**, para manter o afastamento daquele da administração da Rádio FM América de Aquidauana, porém nomeando como administrador seu Curador. Condeno o Apelado ao pagamento de honorários recursais, que fixo em 5% sobre o valor da causa.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Nélio Stábile

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Agravo de Instrumento nº 1414605-92.2019.8.12.0000 - Bonito

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE RECEBE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FALECIMENTO DE UM DOS RÉUS DA AÇÃO DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL – ATRIBUIÇÃO AO ENTÃO ADMINISTRADOR PÚBLICO DE ATO QUE AFRONTARIA A PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PENALIDADE DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO, QUE NÃO AUTORIZA A INCLUSÃO DOS HERDEIROS NO POLO PASSIVO DA DEMANDA – AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (HIPÓTESES DO ARTIGO 9º, DA LIA) OU DE ATO QUE IMPORTE PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTIGO 10, DA LIA) – ESPÓLIO NÃO PODE RESPONDER POR IMPUTAÇÃO DE ATO PERSONALÍSSIMO – INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 8º, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRECEDENTES DO STJ – AÇÃO CIVIL PÚBLICA REJEITADA EM RELAÇÃO AO AGRAVANTE – DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator..

Campo Grande, 18 de dezembro de 2020

Des. Nélio Stábile

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Espólio de Leonel Lemos de Souza Brito contra Decisão exarada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Bonito, nos autos de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa movida por Ministério Público Estadual, que recebeu a inicial da ação por entender haver justa causa para tanto.

Em suas razões, o Agravante sustenta sua ilegitimidade passiva, ante a impossibilidade de o Espólio responder por violação de princípios inerentes à Administração Pública, não sendo o caso, portanto, de oneração da sucessão.

Alega o descabimento de dano moral coletivo, diante da ausência dos requisitos ensejadores de reparação coletiva. Aduz que "*seria necessária a existência de verdadeira lesão ao erário e/ou de evidente enriquecimento ilícito a fim de se admitir a virtual condenação em danos morais coletivos, o que, in casu, não houve, como já bem reconhecido pelo próprio autor*", o que configura inépcia da inicial e inadequação da exordial.

Conclui pugnando pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso, e por fim, pelo seu provimento, a fim de cassar a decisão interlocutória que recebeu a Ação de Improbidade Administrativa contra ele Agravante.

O efeito suspensivo requerido foi deferido por Decisão de f.474/477.

O Agravado ofertou contrarrazões de f.488/496, aduzindo que o falecimento do Réu no curso da demanda autoriza a inclusão dos herdeiros no polo passivo, haja vista haver pedido de condenação em indenização por alegado dano moral coletivo. Ao final, pugna pelo desprovimento do recurso.

Em Parecer de f.500/504, a Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso, para que a ação seja rejeitada em relação ao ora agravante.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile. (Relator)

I – Estando presentes os requisitos processuais, conheço do presente Agravo de Instrumento. Analisando o processado neste Agravo e também no feito de origem, concluo que o recurso deve ser provido.

Atento aos argumentos esposados pelo Agravante, entendo que são suficientes para reforma da Decisão que recebeu a ação civil pública por improbidade administrativa, e consequente provimento do Agravo.

Por análise do quanto debatido, é possível aferir-se que as imputações dirigidas ao ora Recorrente são referentes a supostos atos que teriam atentado contra os princípios da Administração Pública, haja vista que o então Réu foi denunciado como incurso nas penas do artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que estabelece:

> *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;*

Por se tratar de ato subjetivo, que não transborda a esfera da própria pessoa que supostamente cometeu ato ímprobo, por violação a princípio da administração, não é o caso de se admitir que os herdeiros sejam chamados a suceder o então Réu na ação originária. Isso porque, se não houve enriquecimento ilícito (hipóteses do artigo 9º, da LIA), ou ato que cause prejuízo ao erário (casos do artigo 10, da LIA), não há se falar, obviamente, em sucessão na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa.

Em outras palavras, é incabível ao Espólio responder por violação a princípios da Administração Pública, o que é vedado, inclusive, pela própria Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 8º, que estabelece que *"[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"* (art. 8º, LIA). Ou seja, por exclusão, os atos como supostamente enquadrados no artigo 9º, da LIA, que se referem a atos que importem violação a princípios da Administração Pública, não são passíveis de serem imputados ou suportados pelo Espólio do Réu.

Anoto, também, que a apontada violação aos princípios administrativos decorrem, em tese, de nomeações ilegais de dois irmãos de um vereador à época para cargos na Prefeitura do Município de Bonito, do qual o falecido era Prefeito, sendo certo que as provas indiciárias apontam que um dos irmãos fora exonerado tão logo houve recomendação do *parquet* nesse sentido, ao passo que o outro estava cedido para a Prefeitura com ônus para o seu órgão de origem, o que também não justificaria o ajuizamento da ação por improbidade administrativa.

No mesmo sentido de todo o acima esposado é o entendimento dominante tanto no âmbito deste E. Superior Tribunal de Justiça, quanto neste Tribunal:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LIA. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL. TRANSMISSÃO DA SANÇÃO AOS HERDEIROS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que extinguiu o processo de improbidade administrativa, sem julgamento de mérito, haja vista o falecimento do recorrido e o caráter personalíssimo das sanções aplicadas.

2. Sobre a controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que, nos moldes do artigo 8º da Lei 8.429/1992, "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). No mesmo sentido: Edcl no REsp 1.505.356/MG, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/8/2017, DJE 13/9/2017; e AgInt no AREsp 890.797/RN, Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJE 7/2/2017.

3. 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 seu espólio.

4. No que toca à incidência do artigo 8º da Lei de Improbidade, diante das razões acima expendidas, verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com a jurisprudência do STJ, de modo que se adequa à espécie o enunciado da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

5. Recurso Especial não provido. (STJ. REsp nº 1.767.578/RS. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento: 11.04.2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE RECEBEU A PETIÇÃO INICIAL. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E DE IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DA INICIAL – AFASTADAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESPÓLIO PARA RESPONDER À AÇÃO FUNDADA NA VIOLAÇÃO AOS PRINCIPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – COLHIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não há falar em inépcia da inicial quando da leitura da peça inaugural é possível extrair os fundamentos de fato e de direito e os pedidos. A petição inicial da ação civil pública só deve ser indeferida quando, após a apresentação de defesa prévia, o julgador se convencer de plano da inexistência do ato, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. No Superior Tribunal de Justiça, entende-se que a sanção imposta em razão de ato de improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública é de caráter personalíssimo e, por isso, intransmissível aos herdeiros. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1414610-17.2019.8.12.0000. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. Julgamento: 31.03.2020).

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 IMPROBO 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.

I) 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. 8.429/1992, e passível, portanto, das sanções insculpidas no inciso III do artigo 12 do mesmo diploma.

II) 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. 8.429/1992). II) Recurso a que se dá parcial provimento para condenar apenas um dos requeridos na pena de multa civil, em parte com o parecer ministerial. (TJMS. Apelação Cível nº 0008479-54.2009.8.12.0002. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Dorival Renato Pavan. Julgamento: 05.12.2017).

Dessa forma, pelas razões acima alinhavadas, é o caso de não recebimento da petição inicial com relação ao ora Agravante, do que decorre o provimento deste Agravo de Instrumento.

II – Ante o exposto, conheço do presente Agravo de Instrumento interposto por Espólio de Leonel Lemos de Souza Brito para o fim de dar-lhe provimento, e com fundamento nos artigos 8º, 9º, 17, §8º, e demais úteis, da Lei nº 8.429/1992, reformar parcialmente a Decisão recorrida e rejeitar a inicial da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa de origem, em relação ao ora Recorrente.

É como voto.

Desembargador Nélio Stábile

Relator

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Nélio Stábile

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Apelação Cível nº 0809128-37.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – DIFERENÇA SALARIAL ENTRE OS CARGOS DE AUXILIAR JUDICIÁRIO I E O CARGO DE ANALISTA JUDICIÁRIO DO TJMS – COMPROVADO O DESVIO DE FUNÇÃO PELO PERÍODO MENCIONADO, É IMPRESCINDÍVEL A DECLARAÇÃO DO DIREITO VINDICADO NESSE SENTIDO – EM CONSEQUÊNCIA, É EVIDENTE O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE RESSARCIR O SERVIDOR QUANTO ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DO DESVIO DE FUNÇÃO, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – APURAÇÃO DO *QUANTUM* DEVIDO DEVE SE DAR POR LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA CONFORME DECIDIDO NO RESP nº 1.495.146/MG – PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de janeiro de 2021.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por Leiner Mary Pereira da Silva Correa contra a Sentença prolatada nos autos de Ação Ordinária movida contra Estado de Mato Grosso do Sul, pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido inicial, que consistia na declaração de desvio funcional entre os cargos de Auxiliar Judiciário I e Analista Judiciário, do quadro de servidores do Poder Judiciário Estadual.

Alega que ajuizou a ação em questão com o intuito de obter a declaração do desvio de função entre os cargos de Auxiliar Judiciário I e Analista Judiciário, desde o período quinquenal anterior ao ajuizamento da lide. Alega que a definição de atribuições de cargo público por Portaria (Portaria TJMS nº 1.169/2010) é meio inadequado para tanto, porquanto somente lei em sentido estrito pode fazê-lo, conforme determina o artigo 37, II, da Constituição da República. Aduz que comprovou, nos autos, que desempenhou funções afetas aos ocupantes do cargo de Analista Judiciário no período que menciona, tais como as movimentações processuais que lista, sendo patente que restou demonstrado desvio de função noticiado. Pondera que, em sendo demonstrado o desvio de função entre os cargos que menciona, lhe é devido o recebimento das diferenças remuneratórias entre referidos cargos, com seus reflexos legais. Requer, ao final, o provimento do recurso, para que seu pedido inicial seja julgado totalmente procedente.

Em contrarrazões o Apelado pugna pela mantença da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Tenho seja o caso de provimento recursal.

Vislumbro que houve demonstração do alegado desvio de função por conta dos documentos juntados pela Apelante a f.16/51, em que constam diversas movimentações judiciais feitas pela Recorrente, sendo que tais atribuições são típicas de ocupantes do cargo de Analista Judiciário, independentemente de haver Portaria do TJMS regulamentando a situação, posto que não se presta a tal desiderato, haja vista que atribuições de cargo público efetivo deve constar de lei em sentido estrito.

Assim, o Apelante evidentemente faz jus às respectivas diferenças salariais, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado e ofensa ao princípio da isonomia. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assentou, por meio da Súmula nº 378, que *"Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes"*.

Não merece guarida qualquer alegação, de ofensa ao artigo 37, II, da CRFB e ou à Súmula nº 685 do STF, considerando que não se trata de provimento do servidor em cargo público sem aprovação em concurso público, antes apenas o reconhecimento de desvio de função que configura seu direito ao recebimento da diferença remuneratória, com a respectiva progressão funcional.

No mesmo sentido de todo o acima esposado é o entendimento deste Tribunal de Justiça acerca da matéria:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – DECLARATÓRIA E COBRANÇA – AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS – DESVIO DE FUNÇÃO – ANALISTA JUDICIÁRIO – DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS.*
>
> *Servidora aprovada para o cargo de Agente de Serviços Gerais, que, após reestruturação da carreira, passou a fazer parte do quadro provisório. Comprovado exercício das funções de Analista Judiciário em desvio de função, a autora tem direito à percepção das diferenças salariais correspondentes. Recurso não provido. Sentença mantida em sede de remessa necessária. (TJMS. Apelação nº 0834019-64.2015.8.12.0001. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Vilson Bertelli. Julgamento: 28.05.2019).*
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESVIO DE FUNÇÃO C/C COBRANÇA – DESVIO DE FUNÇÃO ENTRE OS CARGOS DE OPERADOR JUDICIÁRIO E ANALISTA JUDICIÁRIO – DESVIO DE FUNÇÃO RECONHECIDO NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS – CORREÇÃO MONETÁRIA – IPCA –. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*
>
> *Se foi reconhecido, no Conselho Nacional de Justiça, a ocorrência de desvio de função entre os cargos de operador judiciário e de analista judiciário, o autor, que ingressou no quadro de servidores públicos do Poder Judiciário no primeiro cargo, faz jus às diferenças salariais, o que inclui a progressão funcional adquirida pelo tempo de serviço. O cálculo da atualização monetária das condenações judiciais da Fazenda Pública de natureza não tributária, até a expedição do requisitório, deve observar o seguinte: III) a partir de 30/06/2009, para fins de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, oriundas de relação jurídica não-tributária, até a expedição do requisitório, deve ser aplicado o IPCA-E (índice de preços ao consumidor amplo especial). (TJMS. Apelação nº 0801602-13.2015.8.12.0016. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. Julgamento: 21.03.2018).*

Assim, a Sentença deve ser reformada, para que o pedido inicial seja julgado procedente, do que decorre o provimento da Apelação, para que seja declarada a ocorrência de desvio de função em epígrafe e, ainda, condenado o ora Recorrido no pagamento de todas as diferenças salariais (nelas incluídas parcelas

de 13º salário, férias, adicionais e demais vantagens) entre os cargos de Auxiliar Judiciário I e de Analista Judiciário, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais, no período de março de 2014 a janeiro de 2017. Os respectivos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença.

Pontuo que sobre os valores a serem apurados na posterior Liquidação de Sentença deverá incidir, a título de correção monetária, o IPCA-e, sobre e desde quando cada diferença salarial deveria ter sido paga, em consonância com a tese assentada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.495.146/MG, sob a sistemática de recursos repetitivos.

No que se referem aos juros de mora, devem incidir a partir da data da citação, e nos termos do que também estabelece o REsp nº 1.495.146/MG, cuja ementa, no que se refere ao ponto que interessa aos autos, estabelece:

> *3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.*
>
> *As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos:*
>
> *(a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001;*
>
> *(b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E;*
>
> *(c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.*

Em razão do provimento do recurso, é o caso de inversão dos ônus sucumbenciais estabelecidos na Sentença de Primeira Instância, que agora devem ser suportados, portanto, pelo ora apelado.

Contudo, os honorários advocatícios devem ser arbitrados tão somente quando da liquidação do julgado, nos termos do §4º, II, do artigo 85, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, com fundamento no disposto no artigo 85, §11, do CPC, arbitro os honorários recursais em 2% sobre o valor da condenação, se aqueles não forem fixados no máximo legal, por ocasião do julgamento da liquidação de sentença ordenada no feito.

Ante o exposto dou-lhe provimento, e, em reformando a Sentença recorrida, julgo procedente o pedido inicial, para o fim de:

a) declarar o desvio de função entre os cargos de Auxiliar Judiciário I e de Analista Judiciário;

b) condenar o Réu Estado de Mato Grosso do Sul no pagamento das importâncias correspondentes de todas as diferenças salariais (nelas incluídas parcelas de 13º salário, férias, adicionais e demais vantagens) entre os mencionados cargos, no período de março de 2014 a janeiro de 2017. Sobre tais diferenças deverá incidir, a título de correção monetária, o IPCA-e, sobre e desde quando cada diferença salarial deveria ter sido paga; e, ainda, juros de mora, desde a citação, na forma em que estabelecido no REsp nº 1.495.146/MG (STJ).

Os respectivos valores deverão ser apurados em posterior Liquidação de Sentença.

Em razão do provimento do recurso, é o caso de inversão dos ônus sucumbenciais estabelecidos na Sentença de Primeira Instância, que agora devem ser suportados, portanto, pelo ora apelado. Contudo, os honorários advocatícios devem ser arbitrados tão somente quando da liquidação do julgado, nos termos do §4º, II, do artigo 85, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, com fundamento no disposto no artigo 85, §11, do CPC, arbitro os honorários recursais em 2% sobre o valor da condenação, se aqueles não forem fixados no máximo legal, por ocasião do julgamento da liquidação de sentença ordenada no feito.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins
Apelação Cível nº 0818959-12.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE EQUIPAMENTO HILAB – OFÍCIO-CIRCULAR N. 4/2019, DA ANVISA QUE RESTRINGIA O USO EM FARMÁCIAS E DROGARIAS – SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO ATO ADMINISTRATIVO – DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1016812-71.2019.4.01.0000 – RESTRIÇÃO SUSPENSA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO – SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Havendo decisão judicial que suspendeu os efeitos do Ofício-Circular n. 4/2019, da ANVISA, que restringia a utilização do equipamento Hilab em farmácias e drogarias, a concessão da segurança para determinar a devolução dos equipamentos à impetrante, bem como a abstenção de promover novas apreensões é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2021.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por São Bento Comércio de Medicamentos e Perfumaria Ltda contra a sentença proferida nos autos Do Mandado de Segurança impetrado em face dos Agentes Fiscais Sanitários do Município de Campo Grande, e Superintendente de Vigilância em Saúde do Município de Campo Grande, que denegou a segurança pleiteada.

A apelante alega, suma, que:

> *"Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença que denegou a segurança pleiteada pela Apelante para anular o Termo de Apreensão nº 14336, determinar a devolução do aparelho à Apelante e determinar que os Apelados se abstivessem de promover novas apreensões ou praticar atos que restrinjam a operação do equipamento Hilab a partir do estabelecimento da Apelante. (f.562)"*
>
> *"A restrição à utilização do HILAB a partir de farmácias e drogarias é ilegal (ato coator impugnado), considerando que: (i) O ato coator aplicou equivocadamente a RDC/ANVISA 44/2009 ao caso incorrendo em grave vício de motivação. A RDC/ANVISA 44/2009 apenas se refere à Serviço Farmacêutico, não se destinando a disciplinar todos os parâmetros bioquímicos que podem ser aferidos a partir da farmácia, como o Serviço Laboratorial Remoto prestado pelo laboratório da H I TECHNOLOGIES, através do Hilab, disciplinado pela RDC/ANVISA 302/2005); (ii) O ato coator viola o princípio da legalidade/juridicidade ao negar vigência ao conteúdo da RDC/ANVISA 302/2005, a qual autoriza expressamente*

a realização dos testes laboratoriais remotos a partir de qualquer local, o que inclui as farmácias e drogarias (estabelecimento da Apelante), bastando que o serviço esteja vinculado a laboratório devidamente licenciado (no caso, o laboratório da HI TECHNOLOGIES, licenciado pela Vigilância Sanitária de Curitiba/PR); (iii) O serviço laboratorial remoto (Hilab) é prestado remotamente pela HI TECHNOLOGIES (e não pela farmácia). Por sua vez, a Hi Technologies é devidamente licenciada para a prestação do serviço laboratorial remoto. Com isso, não há violação ao art. 61, §3º e §5º da RDC 44/2009, pois a farmácia não presta o serviço laboratorial remoto; (iv) Subsidiariamente, o ato coator aplicou a RDC 44/2009 de forma desproporcional e ilegal, pois desconsiderou que o ato material executado pelo farmacêutico na medição da glicemia capilar (autorizado pela RDC 44/2009 e pela Licença Sanitária da Apelante) e no Teste Laboratorial Remoto – TLR do HILAB é idêntico: extração de uma gota de sangue (punção capilar). A desproporcionalidade resta evidenciada pelo fato de o HILAB poder operar em unidades móveis nas ruas ou nos domicílios dos pacientes e não poder operar dentro das farmácias (ambiente que possui condições sanitárias superiores); (v) Por fim, o ato coator viola a livre iniciativa e a liberdade econômica, pois restringe/retarda a inovação tecnológica que revoluciona a atividade laboratorial e cria reservas de mercado. (fls. 562/563)"

"A liminar pleiteada foi indeferida inicialmente pelo d. juízo a quo.

Nesse interim, foi proferida decisão 6 pelo E. TRF-1 (Agravo de Instrumento nº 1016812-71.2019.4.01.0000), afastando o entendimento exarado pela ANVISA 7 acerca da suposta restrição da utilização do equipamento Hilab em farmácias e drogarias, reconhecendo-se a grande probabilidade do direito ora alegado. Nesse contexto, o E. TJMS proferiu decisão concedendo tute la provisória em sede de agravo de instrumento (de nº 1408213-39.2019.8.12.0000) porque a utilização do Hilab é regular e não representa risco à saúde, sendo que o diagnóstico é feito pelo laboratório e não pela farmácia. Reputou, assim, que o ato coator restringe o livre comércio e um produto novo que está mercado há alguns anos. (f. 564)"

"Depois da concessão da liminar, a i. PGJ proferiu parecer pelo provimento do agravo porque a utilização do Hilab não apresenta nenhum risco à sociedade, o que pode ser constatado pelo fato de que pode ser realizado nas ruas, conforme autoriza a RDC 302/2005. (f. 564)

"Apesar disso, sobreveio a r. sentença apelada com o mesmo conteúdo da r. decisão que havia indeferido a liminar. Em resumo, foi denegada a segurança porque (i) a RDC 44/2009 seria aplicável à Apelante porque se trata de farmácia; (ii) os Testes laboratoriais Remotos – TLR não poderiam ser dispensados em farmácias porque não seriam serviços farmacêuticos, uma vez que não constantes na RDC 44/2009 e no licenciamento da Apelante, bem como por possuírem objetivo diagnóstico, o que supostamente seria vedado pelo art. 69 da RDC 44/2009; (iii) a RDC 302/2005 seria inaplicável porque regula laboratórios clínicos, o que não é o caso da Apelante; e (iv) a RDC 302/2005 apenas autorizaria que a fase analítica dos procedimentos fosse feita em qualquer lugar e não a fase pré -analítica. (f. 565)"

"Por meio do HILAB, a HI TECHNOLOGIES oferece um serviço de Teste Laboratorial Remoto (TLR) ou da sigla em inglês point of care testing (POCT), de alta qualidade e eficiência, na qual os resultados são processados por análise laboratorial em local diverso do da coleta. (f. 567)"

"Nesse contexto, os Agentes Fiscais Sanitários da Secretaria de Saúde Pública de Campo Grande (Apelados) proferiram em 23/05/2019 o ato coator 26, apreendendo o aparelho leitor HILAB, além de equipamentos adicionais utilizados nos testes, que se encontravam no estabelecimento da Apelante. (f. 571)"

"De início, não se discute que a RDC 44/2009 incide sobre a atividade das farmácias. Contudo, a discussão trazida aos autos e a tese sustentada na origem é de que a RDC 44/2009 não encerra todas as possibilidades de serviços pr estados a partir da farmácia, o que já foi inclusive reconhecido pelo STF, como se demonstrará oportunamente. (f. 572)"

"Veja-se que a discussão trazida aos autos em torno da aplicação da RDC 44/2009 diz respeito à possibilidade (ou não) de se utilizar o equipamento HILAB em farmácias e drogarias, pois o ato coator realizou a apreensão do HILAB sob o fundamento de que ele estaria descumprindo a RDC 44/2009.

Contudo, a Apelante demonstrou que a RDC 44/2009 é inaplicável em relação ao HILAB. (f. 573)"

"Em primeiro lugar, a Apelante demonstrou que a operação do HILAB não é serviço farmacêutico, o que afasta a aplicabilidade da RDC 44/2009. A sentença apelada indeferiu esse argumento porque a Apelante é farmácia e isso seria suficiente para atrair a respectiva norma sanitária. (f. 573)"

"Com efeito, o que se demonstrou na origem (e que foi desconsiderado pelo juízo a quo) é que a RDC 44/2009 regula apenas os Serviços Farmacêuticos. Vale dizer, a RDC 44/2009 disciplina apenas os serviços prestados pelo farmacêutico no estabelecimento da farmácia, o que não se confunde com o serviço laboratorial remoto prestado pela Hi Technologies a partir do equipamento HILAB disponível na farmácia. (f. 573)"

"Em segundo lugar, a Apelante demonstrou que se aplica a RDC 302/2009 ao HILAB, pois se trata de serviço laboratorial remoto. Esse argumento também foi indeferido pela sentença apelada, que reputou que essa norma seria aplicável aos laboratórios e não às farmácias. (f. 573)"

"Com o devido respeito, a sentença apelada equivoca-se ao interpretar o conteúdo da RDC/ANVISA 44/2009 e ao negar vigência ao conteúdo da RDC/ANVISA 302/2005, a qual autoriza expressamente a realização dos testes laboratoriais remotos (serviço prestado pelo laboratório da HI TECHNOLOGIES) a partir de quaisquer lugares, o que inclui o estabelecimento farmacêutico da Apelante. (f. 573)"

"A Apelante não pretende afastar a aplicação da RDC/ANVISA 44/2009 a seus estabelecimentos, mas afastar a sua aplicação aos TLR's. (f. 574)."

"Logo, a aferição de parâmetro bioquímico que a RDC 44/2009 disciplina limita-se à aferição de parâmetros bioquímicos no âmbito do Serviço Farmacêutico. (f. 575)"

"Conclui-se que a RDC 44/2009 veda apenas que outros parâmetros bioquímicos compreendidos no âmbito dos Serviços Farmacêuticos sejam realizados na farmácia. (f. 575)"

"Essa disposição não afasta a possibilidade de realização dos Testes Laboratoriais Remotos a parti r da farmácia. Inclusive, o parágrafo único do art. 70 da RDC 44/2009 é expresso ao distinguir a aferição do parâmetro bioquímico de glicemia capilar dos TLR´s, os quais a própria RDC 44/2009 remete à disciplina de norma própria destinada a regulá -los (a RDC 302/2005). (f. 575)"

"Portanto, ao disciplinar os serviços farmacêuticos de aferição de parâmetro bioquímico, a RDC 44/2009 previu a possibilidade de ser realizada pela farmácia apenas a glicemia capilar, mas nada disciplinou (ou muito menos vedou) a realização dos TLR´s a partir das farmácias. (f. 576)"

"Deve-se observar que a própria Lei 5.991/1973 autoriza outros serviços além dos serviços farmacêuticos. Inclusive, o art. 18, §2º, autoriza expressamente as farmácias e drogarias a manter laboratório de análises clínicas, desde que em dependência distinta e separada e sob responsabilidade de farmacêutico. (f. 577)"

"Portanto, a ausência de previsão de TLR's na RDC 44/2009 não implica a sua proibição. No caso dos TLR's, eles estão autorizados pela RDC 302/2005, que permite sua realização a partir de qualquer lugar, o que inclui as farmácias e drogarias (estabelecimento da Apelante), demonstrando a ilegalidade do ato coator. (f. 573)"

E nem se argumente que o §5º do art. 61 da RDC/ANVISA n. 44/2009 vedaria a operação do Hilab em farmácias ao prever que " É vedado à farmácia e drogaria prestar serviços não abrangi dos por esta Resolução", como fez a sentença apelada. Isso por uma razão singela: todo o serviço laboratorial envolvido na operação do Hilab é remotamente realizado/prestado pelo laboratório da Hi Technologies em Curitiba/PR (laboratório devidamente licenciado para este fim), inexistindo qualquer análise das amostras na farmácia ou pelo profissional farmacêutico. É o que se verá seguir. (f. 579)"

"E mais: como já amplamente visto, quem presta o serviço laboratorial remoto por meio do Hilab é o laboratório clínico da Hi Technologies, e não a farmácia, razão pela qual a RDC 302/2005 é sim aplicável ao caso. (f. 585)"

"A RDC 302/2005 prevê que a execução dos TLR´s pode ocorrer a partir de QUALQUER LOCAL, bastando que esteja vinculada a um laboratório clínico (que no caso, é o laboratório clínico da Hi Technologies, situado em Curitiba/PR). (f. 586)"

"Assim, a interpretação sistematizada dos itens 6.2.14 e 6.2.15.1 da RDC 302/2005 revela que todas as fases do procedimento necessário à realização do TLR ocorrerão "nos locais de realização do TLR" (que poderão ser quaisque r lugares, como expressamente dispõe o item 6.2.14 da RDC 302/2005). Até mesmo porque, "nos locais de realização do TLR" estarão disponíveis orientações para a realização das fases pré-analítica, analítica e pós-analítica do procedimento (item 6.2.15.1 da RDC 302/2005). (f. 588)"

"Portanto, não há nenhum impeditivo para que o Hilab seja realizado a partir de farmácias, o que demonstra o direito líquido e certo da Apelante. (f. 588)"

"A inaplicabilidade da RDC 44/2009 ao Hilab e a sua sujeição à RDC 302/2005 já foi decidida pelo E. TRF1 no Agravo de Instrumento nº 1016812- 71.2019.4.01.0000). Nesse recurso, afastou-se o entendimento exarado pela ANVISA acerca da suposta restrição da utilização do equipamento Hilab em farmácias e drogarias, reconhecendo-se a grande probabilidade do direito ora alegado. (f. 588)"

"Portanto, a sentença apelada vai contra a jurisprudência que já vem se consolidando a respeito da aplicabilidade da RDC 302/2005 ao Hilab e da possibilidade da sua realização a partir de farmácias, devendo ser reformada também por esse motivo. (f. 589)"

"Por sua vez, uma interpretação sistemática da RDC 44/2009, considerando a RDC 302/2005, a Lei 13.021/2014 e à Constituição Federal, permite a conclusão de que o Teste Laboratorial Remoto pode ser realizado a partir da farmácia. Afinal, o TLR pode ser realizado em qualquer lugar, bem como é instrumento garantidor de acesso à saúde, não existindo nenhum prejuízo sanitário nessa atividade. (f. 598)"

Portanto, a interpretação adotada pelo ato coator é desproporcional e inválida. (f. 598)"

Ao final requer:

"Requer o recebimento do presente recurso e, após intimação da parte contrária para apresentar contrarrazões, o provimento do recurso para reformar a sentença apelada e julgar a ação procedente para conceder a segurança e: (i) Declarar a nulidade do Termo de Apreensão n. 14336 lavrado pelos Apelados, determinando a devolução do aparelho Hilab à Apelante e dos demais equipamentos apreendidos quando da lavratura do Termo de Apreensão n. 14336, diante da violação aos princípios da legalid ade, motivação, proporcionalidade, livre iniciativa e demais ilegalidades apontadas no mandado de segurança; e (ii) Determinar aos Apelados e ao Município de Campo Grande que se abstenham de promover novas apreensões ou praticar atos que restrinjam a operação d o equipamento Hilab a partir do estabelecimento farmacêutico da Apelante; (f. 601)"

Devidamente intimado, o Município de Campo Grande apresentou contrarrazões às fls. 694/706;

Oposição ao julgamento virtual (f. 714).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 720/728).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por São Bento Comércio de Medicamentos e Perfumaria Ltda contra a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado em face dos Agentes Fiscais Sanitários do Município de Campo Grande, e do Superintendente de Vigilância em Saúde do Município de Campo Grande, que denegou a segurança pleiteada.

A sentença atacada, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se modulada nos seguintes termos:

> *Embora a impetrante faça crer que ao caso não deve ser aplicado o RDC 44/2009, é certo que a empresa se trata de uma farmácia, e às suas atividades impõe-se a aplicação das normas atinentes a este ramo de serviços específico.*
>
> *Consta que tal Resolução dispõe sobre Boas Práticas Farmacêuticas para o controle sanitário do funcionamento, da dispensação e da comercialização de produtos e da prestação de serviços farmacêuticos em farmácias e drogarias e dá outras providências.*
>
> *Assim, é evidente a sua aplicação no que diz respeito ao funcionamento e prestação dos serviços em seu estabelecimento, sendo a norma regente limitante daquilo que pode ou não ser objeto da atividade empresarial farmacêutica (seja em farmácias, seja em drogarias).*
>
> *Cumpre salientar que restou comprovado que o serviço TRL – Teste Laboratorial Remoto não é farmacêutico e, não sendo farmacêutico, não há como concluir ser possível a dispensação deste serviço no estabelecimento (farmácia) da Impetrante.*
>
> *Não se trata de vedar o uso de inovação tecnológica, mas sim de restrição legal ao exercício de determinada atividade pela Impetrante.*
>
> *Não obstante a Impetrante afirme que a "prestação" do serviço se dê por meio do laboratório HighTechnologies, a mera dispensação de tal teste laboratorial remoto não está prevista na legislação a si aplicável, e tampouco consta de sua licença sanitária, figurando-se correto, a priori, o fundamento do ato coator utilizado pelos Impetrados, qual seja, a infringência do artigo 61, §§ 3º e 5º da RDC 44/2009.*
>
> *É que não estando prevista a coleta de amostras para o serviço de teste laboratorial remoto ou teste rápido Hilab, dentro das normas que regem a atividade das farmácias e drogarias, e inclusive, não constando do licenciamento sanitário destas, acertada foi a atitude dos Impetrados ao constatar transgressão à norma.*
>
> *Veja-se que o Impetrado trouxe aos autos orientação recente da ANVISA (de maio de 2019 – fls. 534/537), considerando o equipamento HILAB como produto para diagnóstico in vitro, classe de risco II, de uso exclusivamente profissional por profissional de diagnóstico, concluindo que existe restrição expressa na RDC 44/2009 para seu uso em farmácias e drogarias*
>
> *Embora os efeitos do referido ato tenham sido suspensos temporariamente, face decisão oriunda do TRF1 (fls. 550/553), tal circunstância não elide a conclusão acima, eis que permanece vigente a norma reguladora que veda, de forma expressa, a atividade em comento em sede de farmácias e drogarias.*

Isto porque o ato de medição de glicemia (ao qual pretende a Impetrante equiparar suas atividades) é atividade devidamente licenciada, constante como exceção expressa da norma regente para realização em farmácias e drogarias.

Neste sentido, o termo de apreensão n. 14336 (ato coator de fls. 76/77), inclui materiais utilizados para outros testes (como o Beta Hcg), ou seja, a Impetrante não estava somente medindo a glicemia dos pacientes (atividade válida e regulamentada mediante equipamentos automatizados), mas sim, prestando serviço não aplicável para a atividade de drogaria.

Ainda, conforme ressaltado na exordial, o equipamento Hilab oferta exames a preços mais acessíveis (f. 156), presumindo-se, portanto, que a Impetrante estaria dispensando (ofertando ao público o acesso e realização) de tais serviços, os quais, como já exposto, não são permitidos dentro de sua atividade empresarial, ainda mais por possuírem objetivo de diagnóstico, o que lhe é expressamente vedado, a teor do art. 69 da RDC 44/2009.

Outrossim, a própria norma dita, através do art. 70 que as medições do parâmetro bioquímico de glicemia capilar devem ser realizadas por meio de equipamentos de autoteste, descrição de equipamento que não se encaixa naquele tipo apreendido (Hilab).

Por outro lado, não cabe a tentativa de aplicação à situação fática o contido no RDC 302/2005, uma vez que este regula o funcionamento de laboratório clínicos, que não é o caso da Impetrante, que não possui licença sanitária para atuar nesta área.

Veja-se que, embora esta norma não restrinja especificamente como posto de coleta as farmácias, a RDC 44/2009 que trata especialmente delas, separa as funções de ambos os estabelecimentos, e não permite a realização de outros atos além daqueles nela previstos.

Aponte-se que não se entra, neste aspecto, na análise de serem ou não melhores as condições sanitárias dentro de seu estabelecimento (mesmo porque tal dependeria de produção probatória, vedada na seara mandamental).

De mais a mais, os sub-itens da RDC 302/2005, apontados pela Impetrante, para fazer crer ser possível a realização dos TLR's a partir de qualquer local, não são aplicáveis à espécie, visto que se inserem no item 6.2 da Resolução, da "fase analítica" do processo, ao passo que a fase que a Impetrante, supostamente, poderia se inserir, é a "fase pré-analítica", da qual constam a obtenção da amostra e solicitação da análise.

Debalde a tentativa do Impetrante de fazer ser aplicada legislação não incidente ao caso, de acordo com suas teses, é cediço que a seu estabelecimento, sendo uma farmácia, é aplicável o RDC 44/2009, e, portanto, deve ofertar e dispensar serviços e produtos autorizados por esta norma regente, não havendo que falar em "demais serviços que podem ser prestados a partir da farmácia" se naquela Resolução não estão previstos, conforme § 5º do art. 61.

Desta feita, vislumbro estarem ausentes os requisitos autorizadores para a concessão da segurança, a qual deve ser denegada.

Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem resolver o feito no mérito, para denegar a segurança buscada pela Impetrante.

Outrossim, condeno os ImpetranteS ao pagamento das custas e despesas processuais.

Sem honorários advocatícios, em atenção aos enunciados das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Encaminhe-se cópia, por ofício, à autoridade coatora (art. 13 da Lei nº 12.016/2009).

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Oportunamente, arquivem-se.

Irresignada com a sentença supratranscrita a apelante alega, em síntese, que:

> *(i) "ao disciplinar os serviços farmacêuticos de aferição de parâmetro bioquímico, a RDC 44/2009 previu a possibilidade de ser realizada pela farmácia apenas a glicemia capilar, mas nada disciplinou (ou muito menos vedou) a realização dos TLR´s a partir das farmácias" (f. 576); (ii) "todo o serviço laboratorial envolvido na operação do HILAB é remotamente realizado/prestado pelo laboratório da Hi Technologies em Curitiba/PR (laboratório devidamente licenciado para este fim), inexistindo qualquer análise das amostras na farmácia ou pelo profissional farmacêutico" (f. 582); (iii) "a sentença apelada merece reforma porque apesar de a Apelante não ser laboratório, a atividade executada pela Hi Technologies (laboratório licenciado) por meio do HILAB a partir do estabelecimento farmacêutico da Apelante é laboratorial. Por isso, incide a RDC 302/2005" (f. 585); (iv) "não há nenhum impeditivo para que os TLR's sejam realizados em farmácia, de acordo com a RDC 302/2005. Até mesmo porque tais estabelecimentos de saúde (farmácias e drogarias) possuem condições sanitárias até superiores aos domicílios dos pacientes e às unidades móveis de coleta" (f. 587); (v) "A inaplicabilidade da RDC 44/2009 ao Hilab e a sua sujeição à RDC 302/2005 já foi decidida pelo E. TRF1 no Agravo de Instrumento nº 1016812-71.2019.4.01.0000). Nesse recurso, afastou-se o entendimento exarado pela ANVISA acerca da suposta restrição da utilização do equipamento Hilab em farmácias e drogarias, reconhecendo-se a grande probabilidade do direito ora alegado" (f. 588).*

Ao final requer:

> *"O recebimento do presente recurso e, após intimação da parte contrária para apresentar contrarrazões, o provimento do recurso para reformar a sentença apelada e julgar a ação procedente para conceder a segurança e: (i) Declarar a nulidade do Termo de Apreensão n. 14336 lavrado pelos Apelados, determinando a devolução do aparelho Hilab à Apelante e dos demais equipamentos apreendidos quando da lavratura do Termo de Apreensão n. 14336, diante da violação aos princípios da legalid ade, motivação, proporcionalidade, livre iniciativa e demais ilegalidades apontadas no mandado de segurança; e (ii) Determinar aos Apelados e ao Município de Campo Grande que se abstenham de promover novas apreensões ou praticar atos que restrinjam a operação d o equipamento Hilab a partir do estabelecimento farmacêutico da Apelante (f. 601)".*

Devidamente intimado, o Município de Campo Grande apresentou contrarrazões às fls. 694-706.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo "*conhecimento e desprovimento do recurso de apelação cível interposto, mantendo-se incólume r. sentença invectivada*" (fls. 720-728).

No caso, da análise do feito e da leitura da sentença supratranscrita, verifico a existência de fundamentos que impõem a modificação da conclusão a que chegou o magistrado de piso, juiz Marcelo Andrade de Campos Silva.

Dou, portanto, provimento ao recurso.

Com efeito, objetiva a apelante a reforma da sentença combatida, a fim de que lhe seja determinada a suspensão dos efeitos do Termo de Apreensão n. 14336 do equipamento Hilab e outros objetos farmacêuticos com ele apreendidos, bem como que o impetrado Município de Campo Grande se abstenha de promover novas apreensões ou praticar atos que restrinjam a operação do equipamento Hilab pela impetrante.

Na hipótese dos autos, infere-se que a impetrante faz uso do equipamento chamado Hilab, que realiza exames laboratoriais à distância, ou seja, na farmácia há a coleta de material (pequena amostra se sangue capilar), que é inserido no dispositivo Hilab, onde o resultado é digitalizado e transmitido instantaneamente via internet para a equipe do Laboratório Central, em Curitiba-PR, onde é efetuada a análise do resultado e emissão de laudo.

O impetrado, por sua vez, baseia a apreensão dos equipamentos da impetrante no Ofício-Circular n. 4/2019 expedido pela AVISA que restringiu a utilização do equipamento Hilab em farmácias e drogarias (fls. 534-537).

Contudo, verifica-se que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1016812-71.2019.4.01.0000, proferiu decisão determinando a **suspensão dos efeitos** do ato administrativo da ANVISA (Ofício-Circular n.º 4/2019) que restringiu a utilização do equipamento Hilab em farmácias e drogarias. Confira-se:

> *Trata-se de agravo de instrumento interposto por HI Tecnologies S/A contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, no Mandado de Segurança 1012694-37.2019.4.01.3400/DF, indeferiu pedido de concessão de medida liminar pretendido para suspender os efeitos de ato administrativo da ANVISA, consistente no OfícioCircular nº 4/2019/SEI /GGTES/DIRE1/ANVISA, que restringiu a utilização do equipamento Hilab em farmácias e drogarias (Id 17073423).*
>
> *[...]*
>
> *6. Denota-se dos autos que o equipamento Hilab é definido como sendo um "laboratório de bolso". De acordo com o sítio da agravante na internet, tal sistema é assim apresentado:*
>
> *Com apenas algumas gotas de sangue da ponta do dedo, o dispositivo Hilab realiza exames laboratoriais utilizando as metodologias de Imunocromatografia e Colorimetria. E graças às tecnologias como a Internet das Coisas (IoT), Inteligência Artificial (I.A) e a parceria com a Microsoft e Intel, o Hilab consegue fazer exames em poucos minutos, a qualquer hora e em qualquer lugar.*
>
> *Após a coleta, feita com algumas gotas de sangue do dedo, o sangue é inserido no dispositivo Hilab, onde o resultado é digitalizado e transmitido instantaneamente via internet para a equipe do Laboratório Central. Lá os Biomédicos realizam a análise do resultado, emitem e assinam o laudo, tudo isso em 15 minutos. Logo em seguida, o laudo é enviado ao e-mail do paciente, mas também pode ser impresso no local onde foi feito o exame, ou neste portal.*
>
> *O Laboratório Central Hilab é o local onde ficam os especialistas responsáveis por analisar e laudar os exames. No laboratório também são executados todos os processos de qualidade de validação dos exames Hilab, ou seja, a realização de todos os processos que garantem a qualidade e precisão dos exames antes de eles irem para o mercado.*
>
> *O Hilab é um serviço de exames laboratoriais da Hi Technologies, empresa de Tecnologia em Saúde que há mais de 14 anos vem exercendo a missão de reinventar e humanizar a tecnologia médica.*
>
> *7. O ato administrativo impugnado está amparado nos arts. 61 e 63 da RDC 44/2009 da ANVISA, que assim dispõem:*
>
> *Art. 61. Além da dispensação, poderá ser permitida às farmácias e drogarias a prestação de serviços farmacêuticos conforme requisitos e condições estabelecidos nesta Resolução.*
>
> *§1º São considerados serviços farmacêuticos passíveis de serem prestados em farmácias ou drogarias a atenção farmacêutica e a perfuração de lóbulo auricular para colocação de brincos.*
>
> *§2º A prestação de serviço de atenção farmacêutica compreende a atenção farmacêutica domiciliar, a aferição de parâmetros fisiológicos e bioquímico e a administração de medicamentos.*

§3º Somente serão considerados regulares os serviços farmacêuticos devidamente indicados no licenciamento de cada estabelecimento, sendo vedado utilizar qualquer dependência da farmácia ou drogaria como consultório ou outro fim diverso do licenciamento, nos termos da lei.

§4º A prestação de serviços farmacêuticos em farmácias e drogarias deve ser permitida por autoridade sanitária mediante prévia inspeção para verificação do atendimento aos requisitos mínimos dispostos nesta Resolução, sem prejuízo das disposições contidas em normas sanitárias complementares estaduais e municipais.

§5º É vedado à farmácia e drogaria prestar serviços não abrangidos por esta Resolução.

Art. 63. A atenção farmacêutica deve ter como objetivos a prevenção, detecção e resolução de problemas relacionados a medicamentos, promover o uso racional dos medicamentos, a fim de melhorar a saúde e qualidade de vida dos usuários.

§1º Para subsidiar informações quanto ao estado de saúde do usuário e situações de risco, assim como permitir o acompanhamento ou a avaliação da eficácia do tratamento prescrito por profissional habilitado, fica permitida a aferição de determinados parâmetros fisiológicos e bioquímico do usuário, nos termos e condições desta Resolução.

§2º Também fica permitida a administração de medicamentos, nos termos e condições desta Resolução.

8. Consta ainda do Ofício-Circular nº 4/2019/SEI /GGTES/DIRE1/ANVISA que "...o equipamento Hilab se trata de um produto para diagnóstico in vitro, de classe de risco II, para uso exclusivamente profissional, e não um produto de autoteste...", o que vedaria o seu uso em farmácias e drogarias.

9. Já os dispositivos regulamentares utilizados com argumento para a disponibilização do equipamento pelas farmácias e drogarias estão assim redigidos:

9.1. RDC 302 da ANVISA:

***6.2.13** A execução dos Testes Laboratoriais Remotos – TLR (Point-ofcare) e de testes rápidos, deve estar vinculada a um laboratório clínico, posto de coleta ou serviço de saúde pública ambulatorial ou hospitalar.*

***6.2.14** O Responsável Técnico pelo laboratório clínico é responsável por todos os TLR realizados dentro da instituição, ou em qualquer local, incluindo, entre outros, atendimentos em hospital-dia, domicílios e coleta laboratorial em unidade móvel.*

9.2. RDC 36/2015:

XXVI - point of care test ing (PoCT): testagem conduzida próximo ao local de cuidado ao paciente, inclusive em consultórios e locais fora da área técnica de um laboratório, por profissionais de saúde ou por pessoal capacitado pelo Ministério da Saúde e ou Secretarias de Saúde Estaduais e Municipais;

10. Na decisão agravada, restou consignado que "...as farmácias e as drogarias só podem disponibilizar o equipamento 'Hilab' à população se forem habilitadas como posto de coleta ambulatorial, o que não foi comprovado pelo impetrante em relação a cada um dos estabelecimentos autuados pela Vigilância Sanitária local" e que o art. 18, § 2º, da Lei nº 5.991/73 "...permite a atividade laboratorial pela farmácia, desde que o laboratório seja a ela vinculada e sob a responsabilidade de farmacêutico bioquímico".

11. Contudo, em um exame preambular, o que se depreende é que aparentemente a RDC 302 não exige a realização dos TLR's em laboratórios ou postos de coleta, mas apenas que estejam a eles vinculados, e no caso do equipamento Hilab, o resultado é digitalizado e

encaminhado para o laboratório central via internet, que retorna o resultado após alguns minutos, o que em princípio atende à exigência da norma.

12. Importante ressaltar que o ato administrativo impugnado não traz como fundamento eventual risco à saúde pública com a utilização do equipamento ou com o seu manuseio em farmácias e drogarias, razão pela qual não vislumbro, em princípio, perigo de dano com a manutenção da sua utilização.

Pelo exposto, ANTECIPO a tutela recursal e suspendo os efeitos de ato administrativo da ANVISA, Ofício-Circular nº 4/2019/SEI /GGTES/DIRE1/ANVISA, que restringiu a utilização do equipamento Hilab em farmácias e drogarias. (Destaquei)

Oficie-se ao MM. Juiz a quo, encaminhando-lhe cópia da presente decisão para conhecimento e cumprimento.

Publique-se. Intime-se a agravada, para efeitos do inciso II do art. 1.019 do CPC/2015.

Brasília/DF, 27 de junho de 2019.

Desembargador Federal JIRAIR ARAM MEGUERIAN

Relator

Desta feita, estando suspenso o ato administrativo exarado pela ANVISA que previa restrição à utilização do equipamento Hilab em farmácias e drogarias, é certo que o ato coator em análise deve ser corrigido, porquanto não há razão para se manter apreendidos os equipamentos da impetrante.

Ademais, nada obstante a questão da utilização do referido equipamento por farmácias e drogarias carecer de apreciação meritória futura, extrai-se que o mesmo está regularizado junto à ANVISA e sua utilização já era permitida para alguns tipos de exames.

A utilização do equipamento, portanto, é regular e não apresenta risco à sociedade, tanto que é permitida em determinados locais, não sendo razoável, destarte, que não possa continuar sendo realizada em farmácias e drogarias, mormente porque os efeitos do Ofício-Circular n. 4/2019/SEI/GGTES/DIREI1/ANVISA estão suspensos por força de decisão judicial.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso interposto por São Bento Comércio de Medicamentos e Perfumaria Ltda, concedendo a segurança para determinar a suspensão dos efeitos do Termo de Apreensão n. 14336 do equipamento Hilab e outros objetos farmacêuticos com ele apreendidos, bem como que o impetrado Município de Campo Grande se abstenha de promover novas apreensões ou praticar atos que restrinjam a operação do equipamento Hilab.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins
Apelação / Remessa Necessária nº 0900092-73.2019.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FAUTE DU SERVICE – IMPOSIÇÃO DE MELHORIA DOS SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRELIMINAR REJEITADA – PRETENSÃO QUE NÃO VERSA SOBRE IMPOSTO OU TAXAS – CERCEAMENTO DE DEFESA E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – PREJUDICIAL AFASTADA – MÉRITO – DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS PREVISTA NO ART. 76-B DO ADCT QUE NÃO ABRANGE AS CONTRIBUIÇÕES (COSIP) – OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER – MANTIDAS – PRAZO PARA CUMPRIMENTO FIXADO DE MODO RAZOÁVEL – MULTA COMINATÓRIA EM VALOR CONDIZENTE COM O CASO CONCRETO – LIMITAÇÃO TEMPORAL DA MULTA COMINATÓRIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A disponibilização adequada e a eficaz fiscalização do serviço de iluminação pública caracteriza-se como sendo direito difuso, pelo que é estreme de dúvida a legitimidade do Ministério Público para promover a ação originária.

Não há cerceamento de defesa quando o julgador indefere produção de prova que repute desnecessária, se os demais elementos probatórios carreados aos autos já são suficientes para a resolução da demanda.

Não há falta de fundamentação quando o julgador expõe de maneira satisfatória suas razões de decidir, enriquecendo seu entendimento com previsões legais sobre o tema e posicionamento jurisprudencial pertinente, de modo que a mera insatisfação da parte apelante quanto ao resultado do julgamento não é o bastante para concluir pela nulidade da decisão.

Não há permissão constitucional para desvinculação das receitas advindas das contribuições, no caso, especificamente, a denominada contribuição para o custeio da iluminação pública (COSIP), espécie tributária que não se confunde com impostos, taxas e/ou multas.

Mantém-se a decisão que fixou prazo de 30 (trinta) dias para o cumprimento da obrigação de fazer consistente na regularização dos serviços de iluminação pública, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00, se ultrapassado o prazo fixado, esta limitada por ocasião do presente recurso a 30 (trinta) dias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de março de 2021

Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de Remessa Necessária e de Apelação Cível interposta pelo Município de Dourados contra a sentença (fls. 813-820) proferida nos autos da Ação Civil Pública em epígrafe movida pelo Ministério Público Estadual.

O município apelante recorre, alegando, em suma, que:

> *Os documentos dos presentes autos demonstram que o Poder Executivo Municipal efetua atividades contínuas na busca de entregar o melhor serviço de iluminação pública possível. (f. 835).*
>
> *Apesar de a causa necessitar de dilação probatória, tendo, inclusive, o Município de Dourados requerido a produção de provas quando apresentou sua defesa em fls. 625-657, o juízo a quo proferiu sentença sem ter oportunizado às partes, principalmente ao Município de Dourados, o direito à produção de provas, o que caracteriza ofensa à ampla defesa e contraditório, padecendo de nulidade a sentença recorrida. (f. 839).*
>
> *Por se tratar de questão eminentemente técnica, apenas laudo pericial pode efetivamente evidenciar quais são as providenciais necessárias para se averiguar a real existência ou não de falta de serviço de iluminação pública, bem como sua dimensão, principalmente considerando as peculiaridades do Município de Dourados e sua extensão geográfica. (f. 840).*
>
> *A sentença recorrida não analisou nenhum dos argumentos do Município, se limitando a afirmar que "soçobram considerações sobre o mais fundamentado pelas partes, por não terem mutação no deslinde da vexa quaestio", não sendo tal argumento suficiente para infirmar a conclusão adotada, sendo necessário que a fundamentação estivesse explicado por quais motivos os argumentos da Municipalidade não são capazes de infirmar a conclusão adotada, nos termos do art. 489, §1º, inciso IV, do CPC. (f. 848).*
>
> *O Ministério Público não tem legitimidade para ingressar com Ação Civil Pública de Natureza Tributária, devendo o feito ser extinto com fulcro no art. 485, inciso VI, do CPC, cumulado com art. 1º, parágrafo único da Lei n.º 7.347/1985. (f. 851)*
>
> *Cabe à Administração Pública Municipal definir em que locais será prestada a iluminação pública, em razão do tamanho do perímetro urbano, visto que, embora a receita da COSIP seja vinculada, não é ilimitada e, no presente caso, já há utilização de tais recursos na manutenção da iluminação pública implantada pelo Município (f. 855).*
>
> *O serviço de iluminação pública vem sendo prestado de forma adequada pela municipalidade por meio da Secretaria Municipal de Serviços Urbanos. (f. 856)*
>
> *É possível a desvinculação de parte da receita da COSIP, conforme previsão do art. 76-B, do ADCT e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual a Ação Civil Pública deve ser julgada improcedente (f. 863)*
>
> *Caso mantida a decisão, é indispensável que seja alargado o prazo para o cumprimento das obrigações, bem como seja diminuído o valor da multa diária, a qual se mostra totalmente desproporcional ao caso concreto. (f. 865)*
>
> *Não obstante ser interesse da Municipalidade a realização dos projetos de iluminação pública, não se pode olvidar que uma ordem emitida do Poder Judiciário fixando o exíguo prazo de 30 dias e sem a oitiva anterior do Apelante, fere de morte a independência dos Poderes, vez que não cabe ao Judiciário adentrar em tal patamar. (f. 869)*

Ao final, requer, preliminarmente: "a) Seja anulada a sentença, em razão de ofensa ao direito de ampla defesa e contraditório do Município de Dourados, retornando-se os autos de origem, para o fim de que seja possível ao Município de Dourados produzir provas, a fim de comprovar as suas alegações, bem como para que se possa manifestar sobre os documentos juntados por último pelo Ministério Público; b) Caso não seja acolhida a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, que seja acolhida a preliminar de ausência de fundamentação exigida pelo art. 489, §1º, IV, do CPC/2015, decretando-se a nulidade da sentença e julgando, desde já, o mérito por esse Tribunal, com espeque no art. 1.013, §3º, IV, do CPC/2015; c) Acolhida ou não a decretação de nulidade da sentença por ausência de fundamentação adequada, que seja acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público na presente ação civil pública, extinguindo o feito por ausência de legitimidade, com fulcro no art. 485, VI, do CPC/2015, c.c. art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 7.347/1985." (f. 875).

No mérito, requer que: "*a sentença seja reformada e os pedidos formulados pelo Ministério Público sejam julgados improcedentes*." (f. 876).

Contrarrazões do Ministério Público Estadual em f. 950-966 pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer em fls. 950-966 pela rejeição das preliminares, conhecimento e não provimento do apelo.

Dos autos, infere-se não ter havido oposição ao Julgamento Virtual.

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de Remessa Necessária e de Apelação Cível interposta pelo Município de Dourados contra a sentença (fls. 813-820) proferida nos autos da Ação Civil Pública em análise que lhe move o Ministério Público Estadual.

A sentença atacada, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se vertida nos seguintes termos:

> *A natureza jurídica da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública é "sui generis", revestida de especialidades que a distingue das demais espécies tributárias. O excelso Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 573.675-RG/SC, em regime de repercussão geral, assentou o entendimento de que a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública (COSIP) constitui, dentro do gênero tributo, um novo tipo de contribuição, que não se confunde com taxa ou imposto1. Não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. E ainda abrange um universo de contribuintes que não coincide com o de beneficiários do serviço. (f. 814-815)*
>
> *Consoante revela a fundamentação fática e jurídica da petição inicial, o objeto da ação em pauta, não envolve, questionamento acerca do tributo em si, isto é sua constitucionalidade, legalidade, aumento abusivo etc. Mas às consequência da faute du service de iluminação pública, em decorrência da desvinculação de 30% (trinta por cento) da receita vinculada àquele, mas aplicada como fosse receitas correntes. Esta-se, assim, "diante de uma ação de obrigação de fazer que visa, tão somente, a corrigir a má prestação de um serviço público em toda a cidade de Dourados" – f. 777 -. Rejeito, portanto, a preliminar processual suscitada pelo Município. Consequentemente, conheço diretamente do pedido na forma do art. 355, I, da Instrumental Civil de 2015, pois a questão é de direito e a documental vinda na fase postulatória deslinda pontos fundamentais da lide, dispensando, portanto, a produção de mais provas em audiência ou fora dela. (f. 815)*

A respeito do custeio do serviço e da vinculação da receita destinada à iluminação pública, é bem particularizar o seguinte. Na medida em que o art. 149-A da Constituição da República indica como justificativa da cobrança a necessidade de custear o serviço de iluminação pública disto decorrem duas consequências: (i) é preciso que exista o serviço de iluminação pública a cargo do Município. Se ele estiver a cargo de outrem não haverá fundamento para a cobrança da contribuição; e (ii) o produto da arrecadação da contribuição deverá ser obrigatória e integralmente aplicado neste custeio e não em despesas gerais da entidade política. Se isto ocorrer, ter-se-á configurada hipótese de comprometimento da continuidade da cobrança". (f. 816)

O art. 149-A possibilita aos Municípios instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (f. 816)

Trata-se de um tributo. Embora a Constituição só se refira expressamente à sujeição da CIP aos princípios da legalidade, da irretroatividade, da anterioridade do exercício financeiro e da noventena, ela está sujeita a todos os demais princípios tributários pelo fato, bastante em si, de ser um tributo. (f. 816)

A CIP é um tributo de fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica: a prestação do serviço de iluminação pública. Onde não houver esse serviço não pode ser cobrada, evidentemente. (f. 816)

Como é uma contribuição, o produto de sua arrecadação é vinculado ao custeio do serviço de iluminação pública do município e do DF. Como dito acima, inexistindo o serviço, evidentemente, a CIP não pode ser cobrada. Por isso mesmo o Supremo Tribunal Federal, no tema n. 44, assentou o entendimento de que a contribuição de iluminação pública é tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. (f. 816)

No campo específico do Município de Dourados, a LCM n. 61/2002 instituiu a Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública – COSIP e por ela ficou instituída a Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública – COSIP, destinada ao custeio do serviço de iluminação pública (art. 1º), considerando-se custeio dos serviços de iluminação pública o custo decorrente dos serviços com a instalação, manutenção, melhoramento e expansão da rede de iluminação pública além de outras atividades a eles correlatos (art. 2º).(f. 817)

Para esse fim, compõem o custo do serviço de iluminação pública as despesas com estudos, projetos, fiscalização, administração, execução, financiamento, além de outros serviços técnicos, bem como, as despesas com máquinas, equipamentos e demais elementos, e gastos necessários à realização do serviço (art. 2º, parágrafo único). (f. 817)

No caso posto em juízo, a documentação vinda demonstra uma série de problemas relacionados à prestação de serviços de iluminação pública no Município, bem como atuação deficitária da Administração Municipal para atender a demanda e promover a resolução dos problemas. Há falhas por toda cidade e existe arrecadação – f. 397/422 -. Mostra ainda que a Administração Municipal, promoveu a desvinculação de 30% (trinta por cento) das receitas da COSIP conforme EC n. 93/2016 e Decreto Municipal n. 2.741, do mesmo ano, cujos "recursos foram utilizados para as despesas com pessoal, principalmente com o 13º salário" - f. 428/435 -. Incluem-se ainda relatório mensal parcial de levantamentos da iluminação - f. 440/442 -, bem como de informações de início de regularização de serviços em alguns bairros da cidade, com ordens de serviços - f. 444/468. (f. 818)

Entrementes, o art. 76-B, do ADCT, criado pela EC n. 93 é norma de exceção. Logo, não autoriza, em momento algum, a desvinculação das receitas obtidas com a COSIP, tributo sui generis, isto é, "de seu próprio gênero" ou "de espécie única", porque constitucionalmente criado para emprego exclusivo no custeio da iluminação pública. (f. 818)

> *Conjugando-se, então, tais dados à luz das premissas maiores dantes levantadas, a pretensão ministerial é de razão. Primeiro, porque há demonstração de faltas no serviço de iluminação pública de Dourados, frente a atuação insuficiente da Administração Pública, o que acarreta em prejuízo para a sociedade em geral, notadamente à segurança dos usuários da via e passeios públicos durante a noite. Ao depois, porque a receita da COSIP é vinculada por destinação Constitucional e de Lei, ao custeio da iluminação do Município. (f. 819)*
>
> *Sobremaneira, porque sendo o art. 76-B do ADCT, criado pela EC n. 93, norma de exceção, não pode ter estendido seus efeitos, nem por Decreto Municipal, para desvincular 30% (trinta por cento) das receitas da CIP e emprega-las como fosse resultante de imposto, taxa ou multa, dado, rediga-se em louvor a clareza do pensamento, sua natureza sui generis. Enfim, porque, diante do quadro instalado, a desvinculação ferretada não pode prejudicar a qualidade do serviço público de iluminação, como pública e notoriamente permanece ocorrendo, conforme a farta documentação vinda com o inquérito civil. (f. 819)*

Irresignada com a sentença supratranscrita, a parte ré apela, alegando, em síntese, que: a) houve cerceamento de defesa, vez que não lhe foi oportunizada a produção das provas requeridas; b) a sentença não está fundamentada; c) o Ministério Público é parte ilegítima para propor Ação Civil Pública sobre tributos; d) o serviço de iluminação pública está sendo prestado de forma satisfatória; e, ainda, e) as receitas decorrentes da COSIP podem ser desvinculadas.

Ao final, requer, preliminarmente: "a) Seja anulada a sentença, em razão de ofensa ao direito de ampla defesa e contraditório do Município de Dourados, retornando-se os autos de origem, para o fim de que seja possível ao Município de Dourados produzir provas, a fim de comprovar as suas alegações, bem como para que se possa manifestar sobre os documentos juntados por último pelo Ministério Público; b) Caso não seja acolhida a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, que seja acolhida a preliminar de ausência de fundamentação exigida pelo art. 489, §1º, IV, do CPC/2015, decretando-se a nulidade da sentença e julgando, desde já, o mérito por esse Tribunal, com espeque no art. 1.013, §3º, IV, do CPC/2015; c) Acolhida ou não a decretação de nulidade da sentença por ausência de fundamentação adequada, que seja acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público na presente ação civil pública, extinguindo o feito por ausência de legitimidade, com fulcro no art. 485, VI, do CPC/2015, c.c. art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 7.347/1985." (f. 875).

No mérito, requer que: "*a sentença seja reformada e os pedidos formulados pelo Ministério Público sejam julgados improcedentes*." (f. 876).

Da análise dos autos e da leitura da sentença supratranscrita, verifico a existência de fundamentos que autorizam a parcial modificação da conclusão a que chegou o magistrado de piso, juiz José Domingues Filho.

Preliminar de ilegitimidade ativa

O apelante suscita preliminar de ilegitimidade ativa, ao argumento de que o Ministério Público Estadual não é parte legítima para propor Ação Civil Pública que tenha por objeto matéria tributária.

Sem razão o apelante.

A presente ação, com efeito, não tem por objeto a cobrança ou outra pretensão relacionada a tributo (que seria, em tese, a COSIP), o que é vedado pelo artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Em análise da inicial da ação originária é possível aferir-se que se trata de Ação Civil Pública para compelir o Município Agravante, por ele ou pela concessionária de serviço público, a prestar adequadamente o serviço de iluminação pública no território da municipalidade. Tanto é verdade que o pedido escora-se em dispositivos relativos ao Direito do Consumidor.

Além disso, a obrigação de fazer imposta à municipalidade consiste no "[...] permanente levantamento, com periodicidade mínima bimestral, documental e geográfico da situação de deficiência da rede de iluminação pública de Dourados/MS por bairros, produzindo um diagnóstico completo sobre a situação de cada um deles e o quantitativo preciso do total de postes e lâmpadas que necessitem de reparo e/ou manutenção, com apresentação de plano de atuação para atendimento e diagnóstico, em periodicidade quadrimestral, diretamente ao Ministério Público". (f. 820)

Também não é demais dizer que a disponibilização adequada e eficaz fiscalização do serviço de iluminação pública caracteriza-se como sendo direito difuso, pelo que é estreme de dúvida a legitimidade do Ministério Público para promover a ação originária.

No mesmo sentido:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR CONCEDIDA PARA DETERMINAR QUE O MUNICÍPIO FISCALIZE E PROVEJA ADEQUADAMENTE O SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AFASTADA – MÉRITO – CONSTATAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA MANUTENÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA NA ORIGEM – RECURSO DESPROVIDO. 1)* **O Ministério Público é parte legítima para promover Ação Civil Pública que verse acerca da observância da prestação do serviço público de iluminação pública, por se tratar de direito difuso e, ainda, por ser a pretensão baseada em preceitos do Direito do Consumidor. Não se trata, portanto, de matéria afeta a questão tributária. Preliminar rejeitada**. *2) Em sendo do Município, por ele próprio ou por concessionária, a responsabilidade pela prestação do serviço de iluminação pública, e presentes os requisitos de fumus bonus juris e periculum in mora, não há se falar em ilegalidade de Decisão que determina o cumprimento da lei que regulamenta a prestação do referido serviço público. 3) Recurso conhecido. Preliminar afastada. Agravo desprovido.*[1] **(grifei)**

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LOTEAMENTO URBANO – REGULARIZAÇÃO – INFRAESTRUTURA ESSENCIAL – DEVER DO MUNICÍPIO – PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, CERCEAMENTO DE DEFESA E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – AFASTADAS – MÉRITO – PEDIDO DE DILAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO – REJEITADO – MULTA DIÁRIA – VALOR MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.* **- Tem o Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública em que se busca tutelar direito difuso, como é o caso da regularização de loteamento urbano. Preliminar rejeitada**. *[...] - Recurso improvido, com o parecer.*[2] **(grifei)**

Portanto, rejeito a preliminar.

Preliminar de cerceamento de defesa e falta de fundamentação do decisum.

Aventa o apelante preliminar de cerceamento de defesa, sob o fundamento de que a sentença impugnada baseou-se unicamente em documentos produzidos de forma unilateral e, ainda, carece de fundamentação.

Igualmente, sem razão.

O ordenamento jurídico brasileiro, com amparo no artigo 371 do Código de Processo Civil, adota o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual, o juiz pode apreciar, com liberdade, as provas trazidas aos autos. Confira-se:

> *Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.*

1 TJMS. Agravo de Instrumento n. 1410576-67.2017.8.12.0000, Três Lagoas, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 22/01/2018, p: 23/01/2018

2 TJMS. Apelação nº 0802015-10.2011.8.12.0002. Órgão Julgador: Mutirão – Câmara Cível III. Relator: Des. Dorival Renato Pavan. Julgamento: 17.08.2017

Cabe ao magistrado à luz do caso concreto ponderar sobre as provas que serão imprescindíveis à solução da controvérsia, devendo deferir sua produção e, por outro lado, se for o caso, indeferir as desnecessárias e protelatórias.

Nesse contexto, não há cerceamento de defesa quando o julgador indefere produção de prova que repute desnecessária, se os demais elementos probatórios carreados aos autos já são suficientes para a resolução da demanda.

Da mesma forma, não há falta de fundamentação quando o julgador expõe de maneira satisfatória suas razões de decidir, enriquecendo seu entendimento com previsões legais sobre o tema e posicionamento jurisprudencial pertinente, de modo que, a mera insatisfação da parte apelante quanto ao resultado do julgamento, não é o bastante para concluir pela nulidade da decisão.

Por tais razões, rejeito ambas as preliminares.

Mérito

Dou parcial provimento ao recurso.

Extrai-se dos autos que o ministério público manejou Ação Civil Pública buscando a regularização e eficaz prestação dos serviços de iluminação pública do Município de Dourados, tendo a sentença julgado o pedido procedente nos seguintes termos (fls. 819-820):

> *POSTO ISSO, julgo procedente o pedido ministerial, ratificando a tutela antecipada de urgência e para o fim de compelir o MUNICÍPIO DE DOURADOS a: (I) "obrigação de NÃO FAZER, consistente em abstenção de concretude ao mecanismo de desvinculação de receitas, disposto no artigo 76-B dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, da Constituição da República de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 93/2016, no que se refere ao fundo da COSIP - CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, enquanto não revertida a situação de total precariedade do serviço de iluminação pública na cidade de Dourados/MS"; (II) que "cancele eventuais desvinculações feitas nos últimos noventa dias, providenciando o remanejamento dos valores e sua aplicação exclusivamente no custeio da iluminação pública na cidade"; (III) "obrigação de FAZER consistente permanente levantamento, com periodicidade mínima bimestral, documental e geográfico da situação de deficiência da rede de iluminação pública de Dourados/MS por bairros, produzindo um diagnóstico completo sobre a situação de cada um deles e o quantitativo preciso do total de postes e lâmpadas que necessitem de reparo e/ou manutenção, com apresentação de plano de atuação para atendimento e diagnóstico, em periodicidade quadrimestral, diretamente ao Ministério Público".*

O apelante busca destituir tais obrigações de fazer e não fazer, alegando, em suma, que o serviço de iluminação pública está sendo prestado de forma satisfatória e que as receitas decorrentes da COSIP podem ser desvinculadas.

O assunto em questão foi ponto central para instauração do Procedimento Administrativo n.º 09.2018.00002175-4, em 12.6.2018, e do Inquérito Civil n.º 06.2018.00002451-8, em 13.8.2018, os quais, no decorrer das respectivas instruções, apuraram que o município apelante não estaria fornecendo a manutenção da iluminação pública em diversas regiões da cidade, fato que, inclusive, poderia estar influenciando no aumento de crimes de roubos nas referidas localidades.

Vale frisar a ocorrência de diversas tentativas de regularização da situação, dentre as quais se inclui o encaminhamento de ofícios aos órgãos competentes e a realização de reuniões, da qual destaco a realizada em 01/10/2018, em que restou ajustado o prazo de 60 dias para levantamento e regularização das principais pendencias referentes à prestação deficitária dos serviços de iluminação pública na cidade (f. 220-222), *vide*:

DELIBERAÇÕES: 1) fica o representante da Secretaria Municipal Serviços Urbanos a apresentar, no prazo de 60 dias, a relação completa de serviços empreendidos na área urbana de Dourados para a resolução da problemática referente á iluminação pública; 2) no prazo de dez dias úteis, fica a mesma autoridade intimada a apresentar a Municipal Serviços Urbanos as atas das duas últimas reuniões do CONSELHO DA COSIP;

Ainda assim, o ente municipal se manteve inerte, tendo sido constatado em diligência noturna, realizada em março e abril de 2019 por representante da Câmara Municipal, a seguinte situação (f. 489-490):

Estivemos por três vezes na Avenida Guaicurus (12/02/2019, 06/03/2019 e 21/04/2019) e até o presente momento ainda não foi restabelecida a respectiva iluminação pública. Visitamos também outras localidades cuja iluminação está extremamente deficiente, são eles: Prolongamento da Avenida Marcelino Pires (visita em 08/04/2019), Monumento ao Colono (visitas em 23/03/2019 e 08/04/2019) e Bairro Esplanada (visita em 18/04/2019). Para se ter uma ideia da problemática, pelo menos 35% das lâmpadas existentes no bairro Chácara Califórnia estão apagadas. No Canaã II são 31%, Joquei Clube (20%), Parque das Nações II (quase 15%), Dioclecio Artuzi I (28%), Dioclecio Artuzi II (30%), Jardim Guaicurus (quase 30%), Sitioca Campina Verde (54%).

Portanto, restando inegável a constatação da precariedade da iluminação pública do município recorrente, sendo certo, ainda, que, mesmo após tratativas extrajudiciais e visitas *in loco,* nenhuma providência foi tomada para resolver a situação.

Assim, torna-se totalmente insubsistente a alegação do apelante no sentido de que vem prestando os serviços de iluminação pública de forma satisfatória, motivo pelo qual rejeito a pretensão principal de modificação da sentença.

Segue o apelante afirmando, para eximir-se das obrigações outrora impostas, ser "[...] possível a desvinculação de parte da receita da COSIP, conforme previsão do art. 76-B, do ADCT e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual a Ação Civil Pública deve ser julgada improcedente" (f. 863).

Tanto é que tal medida já havia sido implantada, ou seja, mesmo diante da precária situação de iluminação pública, o município apelante vem realizando a desvinculação de 30% das receitas da COSIP, utilizando tal percentual para pagamento dos vencimentos e vantagem de servidores públicos, com base no art. 76-B, do ADCT (f. 428).

O dispositivo em comento assim prevê:

> *Art. 76-B. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Municípios relativas a* ***impostos, taxas e multas****, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes.*
>
> *Parágrafo único. Excetuam-se da desvinculação de que trata o caput:*
>
> *I - recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e o art. 212 da Constituição Federal;*
>
> *II - receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores;*
>
> *III - transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei;*
>
> *IV - fundos instituídos pelo Tribunal de Contas do Município.* **(grifei)**

Vê-se, portanto, que o dispositivo legal prevê de forma expressa a desvinculação das receitas referentes à impostos, taxas e multa, e não das contribuições.

Assim, não há nenhum permissão constitucional que sustente desvinculação das receitas advindas das contribuições, *in casu,* contribuição para o custeio da iluminação pública (COSIP), espécie tributária que não se confunde com impostos, taxas e multas, como bem salientado pelo magistrado *a quo* (f. 818-819):

> *Entrementes, o art. 76-B, do ADCT, criado pela EC n. 93 é norma de exceção. Logo, não autoriza, em momento algum, a desvinculação das receitas obtidas com a COSIP, tributo sui generis, isto é, "de seu próprio gênero" ou "de espécie única", porque constitucionalmente criado para emprego exclusivo no custeio da iluminação pública.*
>
> *Deveras. Na dicção ipsis literis verbis do art. 78-B da CF são desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Municípios relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes.* ***E a COSIP não se enquadra no conceito de impostos, nem de taxa, tampouco de multa. Sobremais, a EC n. 93 ao incluir o art. 76-B no ADCT não autorizou a desvinculação de receita relacionada à contribuição, notadamente a COSIP que não se confunde nem se amolda à qualquer outra espécie tributária. Ao contrário, A CIP ou COSIP tem parâmetros "nela mesma" para custeio de iluminação pública, posto ser de natureza tributária única. Portanto, sobre ela não incide o permissivo excepcional enunciado naquele art. 76-B, uma vez que, norma de exceção como esta, não permite analogia nem interpretação ampliativa. (grifei)***

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já asseverou:

> *EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RECEITAS. DESVINCULAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 27 DE 2000 E Nº 42 DE 2003. ARTIGO 76 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. MODIFICAÇÃO NA APURAÇÃO DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. INOCORRÊNCIA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 29.8.2008. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que:* ***" (…) A desvinculação parcial da receita da União, constante do artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não transforma as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico em impostos, alterando a essência daquelas, ausente qualquer implicação quanto à apuração do Fundo de Participação dos Municípios.*** *Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925/DF, em que fui designado redator para o acórdão" (RE 793.564-AgR/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 1º.10.2014). Controvérsia divergente daquela em que reconhecida a repercussão geral pelo Plenário desta Casa – RE 566.007-RG/RS. Inadequada a aplicação da sistemática da repercussão geral (art. 543-B do CPC). Agravo regimental conhecido e não provido.*[3] **(grifei)**

Portanto, incabível a desvinculação de receitas.

Também insustentável o argumento do apelante no sentido de que a determinação jurisdicional configuraria afronta à independência dos poderes, visto que cabe ao Judiciário o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos, de responsabilidade do ente municipal, não vislumbrando, no presente caso, qualquer interferência indevida.

Por fim, sustenta o município que o prazo estipulado para cumprimento das obrigações é exíguo, assim como é desproporcional e desarrazoada a multa estipulada no caso de descumprimento.

3 RE 793578 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015, Acórdão eletrônico DJe-045 DIVULG 09-03-2015 PUBLIC 10-03-2015

Vê-se que, à obrigação de fazer, consistente na regularização e boa prestação dos serviços de iluminação pública foi fixado prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R$10.000,00.

Quanto ao prazo, entendo adequado, vez que, como já exposto, as medidas extrajudiciais iniciaram-se em junho de 2018 e, até a presente data (mais de dois anos depois), não há qualquer notícia de solução ou, ao menos, melhora da situação precária que assola os moradores daquela urbe.

Assim, não se tratam de meros 30 dias, mas sim de mais de dois anos na busca de melhoria da iluminação pública do Município de Dourados, motivo pelo qual mantenho intacto o prazo estipulado.

Em relação à multa cominatória, é certo que ela será fixada para impelir o responsável a cumprir com a obrigação estabelecida, de modo que plenamente cabível ao caso concreto.

No que tange ao valor (R$10.000,00 por dia de descumprimento), em análise à parte obrigada, *in casu,* Município de Dourados, entendo que plenamente razoável, notadamente por se tratar de ente público e de obrigação constitucionalmente estabelecida.

Contudo, é certo que a multa cominatória não pode ser estabelecida por prazo indeterminado, motivo pelo qual mantenho o valor de R$10.000,00 por dia de descumprimento, limitando-a a 30 dias.

Assim, somente tal ponto merece ser alterado na sentença.

Sem honorários.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município de Dourados, apenas para limitar a multa cominatória em 30 (trinta) dias.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Sérgio Fernandes Martins

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 3 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins
Apelação Cível nº 0818016-92.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PARCERIA PECUÁRIA – CONTRATO PARTICULAR ASSINADO POR APENAS UMA TESTEMUNHA – POSSIBILIDADE – MITIGAÇÃO DO ART. 784, III, DO CPC – PRECEDENTES DO STJ – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO**.**

Reforma-se a sentença que julgou procedentes os Embargos à Execução, declarando a inexigibilidade do contrato particular de parceria pecuária assinado por apenas uma testemunha, porquanto há peculiaridades excepcionais nos autos capazes de mitigar a ausência da assinatura de duas testemunhas, notadamente a comprovação de que as partes firmaram de fato o contrato, deixando de impugnar a autenticidade, eficácia e validade do título executado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator .

Campo Grande, 22 de março de 2021

Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Gaetano Ganci contra a sentença (fls. 83-88) proferida nos autos dos Embargos à Execução em epígrafe.

O apelante alega, em síntese, que:

> *No caso dos contratos particulares de parceria pecuária, não pode prevalecer a pretensão dos recorridos, visto que, os mesmos estão sim subscritos por testemunhas, apesar que uma delas. Muito embora o entendimento da MM. Juíza seja contrária ao entendimento deste recorrente, há que se reconhecer que a Justiça, conforme os vários entendimentos jurisprudenciais abaixo, posicionou-se em casos análogos, pela validade do instrumento – título executivo, apenas com uma assinatura (f. 95).*
>
> *Ao contrário do que fora defendido pelos recorridos e pelo que foi decidido nos embargos, considerando-se o fato de que a presença de uma testemunha nos títulos executivos (contrato de parceria pecuária), mostra-se bastante para considera-los como título executivo extrajudicial, com força jurídica para aparelhar a ação de execução (f. 95).*
>
> *Evidente que o fato da inexistência da assinatura da 2ª testemunha, não retira o caráter e a força executiva dos contratos colacionados à execução, até porque, é inconteste (e não negado pelos recorridos) que a dívida é existente e não paga pelos recorridos (f. 95).*

Estes Julgadores hão que considerar que a inexistência da assinatura de apenas uma das testemunhas no contrato particular, não pode invalidar os títulos executivos, pois se assim o for, estaremos coroando os inadimplentes (recorridos), pessoas das quais foram eles próprios quem sempre confeccionaram os documentos que aparelham o processo de execução e entregaram assinado para o recorrido (f. 95).

Considerando-se a tese acima suscitada de que deve ser reconhecida a validade dos contratos que aparelham a ação de execução, como títulos executivos e, considerando-se ainda, a possibilidade de não acolhimento, o que admite apenas por argumentação, denota-se a r. sentença recorrida não fixou os honorários de sucumbência de forma justa, equânime e razoável (f. 96).

Assim considerando, requer o acolhimento aqui suscitado, para que seja reduzido a verba de sucumbência fixada na r. sentença recorrida, para o mínimo de R$ 1.045,00 (um mil e quarenta e cinco reais), considerando-se a fase abreviada da ação de embargos (f. 97).

Ao final, requer "*receber o presente recurso, dando provimento ao mesmo por votação unânime, reformando na íntegra a r. sentença recorrida a fim de reconhecer como válidos os contratos como a assinatura de uma das testemunhas, e por consequência, reconhecer os mesmos como títulos executivos extrajudiciais, hábeis para aparelhar a ação de execução e por consequência, determinar o regular prosseguimento dos autos do proc. n. 0838963-07.2018.8.12.0001, invertendo-se os ônus da sucumbência. Na hipótese pouco provável de não acolhimento da tese suscitada, requer-se o acolhimento do pedido de redução dos honorários advocatícios de sucumbência fixados na r. sentença recorrido, fixando o valor da sucumbência em R$ 1.045,00, por ser medida de direito e de justiça*" (f. 97).

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contrarrazões (fls. 102-110).

Não consta oposição ao julgamento virtual.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de Apelação Cível interposta por Gaetano Ganci contra a sentença (fls. 83-88) proferida nos autos dos Embargos à Execução em epígrafe.

A sentença atacada, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se vertida nos seguintes termos:

Tratam os presentes autos de Embargos à Execução opostos por Luiz Ambrósio Ruzzon e Terezinha Ribeiro Ruzzon contra Gaetano Ganci.

[...]

Arguiram ainda os embargantes preliminar de falta de interesse de agir por inadequação da via eleita, uma vez que os contratos particulares executados não trazem a assinatura de duas testemunhas.

Insurge-se o embargado alegando ser desnecessária tal formalidade, asseverando a força executiva dos contratos que instruem a Execução.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 784 enumera os títulos executivos extrajudiciais e, especificamente no inciso III, confere força executiva ao documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas.

No caso, estão sendo executados dois contratos particulares de parceria pecuária com fiadores, ambos assinados em 31 de agosto de 2016 pelo devedor, pela fiadora e por uma testemunha. (fls. 8-20 dos autos da Execução em apenso).

Com efeito, ao contrário do quanto defendido pelo embargado com base em jurisprudência de 2004 (fl. 64), o contrato firmado por apenas uma testemunha, a teor da redação expressa do art. 784 do Código de Processo Civil, não é título executivo extrajudicial.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "O documento particular, que não contenha a assinatura de duas testemunhas, não preenche os requisitos do art. 585, II, do CPC/73, desautorizando a utilização da via executiva para a cobrança do crédito nele inscrito" (REsp 1823834/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 20/02/2020) destaquei

No mesmo sentido já havia decidido o Ministro Marco Buzzi "Consoante jurisprudência iterativa desta Corte Superior, *"o documento particular sem a assinatura de duas testemunhas não preenche os requisitos do art. 585, II, do CPC/73, desautorizando, portanto, a utilização da via executiva para a cobrança do crédito nele inscrito"* (STJ - AgInt no AREsp 881.090/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017).

Cumpre destacar que restou consignado na decisão supra ser possível a mitigação excepcional da força executiva do contrato particular não assinado por duas testemunhas. No entanto, a decisão é taxativa quanto a excepcionalidade da hipótese, exigindo a comprovação de circunstâncias excepcionais capazes de ensejar a mitigação da exigência de assinatura de duas testemunhas no documento particular.

No caso, não há sequer menção nos autos acerca de qualquer circunstância excepcional capaz de mitigar a exigência da formalidade, assinatura de duas testemunhas, que confere força executiva ao contrato particular.

Desse modo, imperativo reconhecer que os instrumentos particulares de parceria pecuária, embora assinados pelos contratantes, por conterem a assinatura de apenas uma testemunha, não constituem título hábil a aparelhar a ação de execução extrajudicial, a teor do disposto no artigo 784, III, do CPC.

Nesse sentido julgou recentemente o TJMS:

[...]

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça deste Estado já havia se posicionado ao julgar a Apelação Cível nº 0800071-14.2015.8.12.0040:

[...]

Vale destacar que entendimento semelhante vem sendo manifestado por outros Tribunais:

[....]

Outrossim, não merece acolhida a pretensão dos embargantes em verem o embargado condenado por litigância de má-fé, pois o ajuizamento da Execução em apenso, assim como os argumentos utilizados pelo exequente, não caracterizam as condutas previstas no art. 80 do CPC/2015.

Diante do exposto e de tudo mais que consta nos autos, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, resolvo o mérito da lide e julgo procedentes os presentes Embargos do Devedor opostos Luiz Ambrósio Ruzzon e Terezinha Ribeiro Ruzzon contra Gaetano Ganci, para declarar a inexigibilidade dos contratos particulares de parceria pecuária assinados em 31 de agosto de 2016 (fls. 8-20 – autos em apenso), e por consequência, declarar extinta a Execução nº 0838963-07.2018.8.12.0001

Condeno o embargado ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 4º, inciso III, do Código de Processo Civil.

Traslade-se cópia da presente decisão para os autos de Execução em apenso (nº 0838963-07.2018.8.12.0001).

Certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, com observância das formalidades legais.

Da análise dos autos e da leitura cuidadosa da sentença, constato que encontram-se presentes fundamentos que impõem a modificação da conclusão a que chegou a magistrada de piso, juíza Gabriela Müller Junqueira.

Dou, portanto, provimento ao recurso.

A controvérsia dos autos cinge-se em saber se o Contrato de Parceria Pecuária (fls. 21-25 e 26-30) celebrado entre as partes constitui título hábil a aparelhar a ação de execução extrajudicial.

Afirmam os recorridos que o título que instrui a execução não possui força executiva, uma vez que o documento acostado aos autos não foi assinado por duas testemunhas, nos termos do que prevê o art. 784, III, do CPC:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

III- o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

Como se vê, em regra, o documento particular que não contém a assinatura de duas testemunhas não autoriza a utilização da via executiva para a cobrança do crédito nele inscrito, na medida em que o Código de Processo Civil enumera, exaustivamente, os títulos dotados desta força.

Contudo, excepcionalmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a mitigação do requisito formal em questão, quando o preenchimento dos pressupostos de existência e validade do negócio jurídico puder ser demonstrado por outros elementos idôneos. Veja-se:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTIVIDADE. ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. MITIGAÇÃO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Excepcionalmente, quando a certeza acerca da existência do ajuste celebrado pode ser obtida por outro meio idôneo, ou no próprio contexto dos autos, a exigência da assinatura de duas testemunhas no documento particular pode ser mitigada. Precedentes. 2. Hipótese em que não há impugnação dos devedores quanto à autenticidade, eficácia e validade do contrato e nem quanto ao valor do débito assumido. 3. Agravo interno a que se nega provimento.[1] *(Grifei)*

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS. FALTA DE ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS NOS CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. RECURSO NÃO PROVIDO. A assinatura das testemunhas é um requisito extrínseco à substância do ato, cujo escopo é o de aferir a existência e a validade do negócio jurídico; sendo certo que, **em caráter absolutamente excepcional, os pressupostos de existência e os de validade do contrato podem ser revelados por outros meios idôneos e pelo próprio contexto dos autos, hipótese em que tal condição de eficácia executiva poderá ser suprida.** *Precedentes." (REsp 1438399/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 05/05/2015.) 2. Agravo interno não provido.*[2] *(Destaquei)*

1 STJ - AgInt no REsp: 1863244 SP 2020/0043608-9, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 31/08/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/09/2020.

2 AgInt no AREsp 1328488/PA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 18/12/2018.

No caso em comento, ainda que conste apenas uma assinatura no contrato celebrado, tal fato, por si só, não tem o condão de afastar a exequibilidade do instrumento, mormente porque em momento algum os recorridos negaram a existência do contrato e os termos do negócio jurídico celebrado, tampouco alegou-se vício de consentimento na sua formalização.

Neste contexto, inexistindo alegação no sentido de contestar o próprio conteúdo do ajuste celebrado, o apontamento de mero vício formal não é suficiente para desconstituir ou retirar a eficácia do título executivo.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL URBANO ASSINADO POR APENAS UMA TESTEMUNHA – MITIGAÇÃO DO ART. 784, III DO CPC – PRECEDENTES DO STJ – LITIGÂNCIA DE MÁ-FE - INOCORRÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a mitigação da exigência da assinatura de duas testemunhas no documento particular, quando o preenchimento dos pressupostos de existência e validade do negócio jurídico puder ser demonstrado por outros elementos idôneos. Como se vê, em regra, o documento particular que não contém a assinatura de duas testemunhas não autoriza a utilização da via executiva para a cobrança do crédito nele inscrito, na medida em que o CPC enumera, exaustivamente, os títulos dotados desta força. Apesar de constar apenas uma assinatura no contrato celebrado entre as partes, tal fato, por si só, não tem o condão de afastar a exequibilidade do instrumento, mormente porque em momento algum os agravantes negaram a existência do contrato e os termos do negócio jurídico celebrado, tampouco sequer alegou vício de consentimento na sua formalização. Se a conduta da parte recorrente não se enquadra entre as hipóteses descritas no artigo 80, do CPC/2015, não há falar em aplicação de pena por litigância de má-fé.*[3]

> *APELAÇÃO CÍVEL- EMBARGOS À EXECUÇÃO INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO POR ASSINATURA POSTERIOR REJEITADA POR MANIFESTA AFRONTA COM JURISPRUDÊNCIA DESTE SODALÍCIO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o fato de não ter ocorrido no mesmo momento as assinaturas das duas testemunhas, não há nulidade a ser reconhecida de modo a desqualificar o contrato tido como título executivo hábil ao manejo de ação executória, até porque a lei não exige sejam as firmas lançadas concomitantemente à celebração do instrumento, podendo sê-lo em momento posterior ao ato.*[4]

Destarte, sopesando a orientação jurisprudencial e o contexto fático apresentado nos autos, verifica-se que o título executivo não padece de nulidade, razão pela qual a reforma da sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto por Gaetano Ganci para julgar improcedentes os Embargos à Execução, determinando o prosseguimento do feito n. 0838963-07.2018.8.12.0001.

Outrossim, inverto os ônus sucumbenciais, os quais devem ser suportados pelos embargantes, ora recorridos, no percentual fixado na sentença.

É como voto.

---

3 TJMS. Agravo de Instrumento n. 1403464-42.2020.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 19/05/2020, p: 22/05/2020.

4 TJMS. Apelação Cível n. 0828406-58.2018.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 05/02/2020, p: 09/02/2020.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Sérgio Fernandes Martins

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 22 de março de 2021.

***

Jurisprudência Criminal



3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal nº 0001313-35.2014.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO DEFENSIVA – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ARTIGO 302 DO CTB) – PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DE COMPARTILHAMENTO DE PROVAS E DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – PROVAS IRRELEVANTES E DESNECESSÁRIAS – INEXISTÊNCIA DE COMPENSAÇÃO DE CULPAS EM DIREITO PENAL – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – REJEITADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – REFUTADO – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS CORROBORADOS POR PROVAS PERICIAIS – CULPA EVIDENCIADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

I – É consabido que compete ao Juiz, na condição de destinatário da prova, a análise dos elementos de convicção produzidos durante a instrução processual, podendo este indeferir as provas que julgar irrelevantes, impertinentes ou meramente protelatórias, conforme dicção expressa dos artigos 155 e 400, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

II – Na hipótese dos autos, não há falar em nulidade processual por cerceamento de defesa, uma vez que o julgador sentenciante, ao indeferir as diligências pretendidas pela defesa, bem fundamentou que as provas se revelavam "*impertinentes à apuração da verdade real e não ser a concorrência de culpas albergada pelo direito penal*." Por certo, constatando-se que as diligências pretendidas pela defesa não alteram o quadro probatório carreado aos autos, que evidencia a culpa na conduta do réu, a qual não pode ser compensada em direito penal, inconcebível cogitar a hipótese de cerceamento de defesa.

III – Não há falar em absolvição, pois o conjunto probatório carreado aos autos, formado por depoimentos testemunhais e laudos periciais, é robusto em demonstrar que o apelante, transgredindo seu dever de responsabilidade e de zelo pela segurança de outros veículos menores, e agindo de forma imprudente, sem a necessária atenção, invadiu a contramão da direção e interceptou a trajetória da motocicleta que a vítima conduzia, ocasionando, pois, o homicídio culposo na direção de veículo automotor.

IV – Com o parecer, preliminar de nulidade rejeitada e, no mérito, recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Elidio Cardoso Dias, em face da sentença proferida pelo d. Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas (p. 166-173), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, para condená-lo como incurso no artigo 302, § 1º, inciso IV, do Código de Trânsito Brasileiro, à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, além de proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 06 (seis) meses.

Em suas razões recursais (p. 188-194), a defesa suscita preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento de provas pelo Juízo singular. No tocante ao mérito, objetiva a absolvição do réu, ante a fragilidade do conjunto probatório carreado aos autos. Ao final, prequestiona o artigo 156 do CPP.

O representante do Ministério Público apresentou suas contrarrazões (p. 199-215), requerendo o desprovimento do apelo defensivo. Prequestiona o artigo 302, § 1º, inciso IV, do Código de Trânsito Brasileiro.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (p. 224-229), manifesta-se pelo desprovimento do recurso interposto por Elidio Cardoso Dias, para que seja mantida incólume a sentença condenatória.

É o relato do essencial.

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O representante do Ministério Público Estadual ofertou denúncia em face de Elidio Cardoso Dias, imputando-lhe a prática do delito tipificado no artigo 302, § 1º, inciso IV, da Lei n.º 9.503/97, em razão do seguinte fato (p. 01-03):

> *"(...) Consta dos autos que no dia 27 de agosto de 2013, por volta das 22h30min, na Avenida Youssef Ahmad El Jarouche, esquina com a Rua Um, Distrito Industrial, nesta cidade e comarca de Três Lagoas, o denunciado Elidio Cardoso Dias praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor.*
>
> *Restou apurado que o denunciado conduzia o veículo ônibus Volkswagen Masca, cor branca, placas NRU-1809, pela Avenida Youssef Ahmd El Jarouche, sentido Termoelétrica-Mabel, quando no cruzamento com a Rua Um, realizou conversão à esquerda, adentrando na contramão dessa via.*
>
> *Nesse momento, por não dirigir com a devida atenção e cautela, o indiciado interceptou a trajetória da motocicleta Honda, CBX 250, Twister, cor vermelha, placa CZY-3396, conduzida pela vítima Fabrício Muniz Divino, o qual trafegava regularmente Avenida Youssef Ahmad El Jarouche, mas em sentido contrário, provocando a morte do motocicleta.*
>
> *O Laudo de Exame em Local de Acidente de Tráfego de fls. 30/38 conclui que "(...) a causa determinante para o acidente ocorrido foi motivada pelo condutor do veículo V1, Elidio Cardoso Dias que, ao tentar a conversão à esquerda, adentrou totalmente a parte frontal do ônibus na contramão e colheu a motocicleta e seu condutor que trafegavam em sentido contrário da mesma via".*
>
> *Já o Laudo de Exame de Corpo de Delito Exame Necroscópico de fls. 55/58 concluiu que a vítima Fabrício Muniz Divino faleceu em virtude de "traumatismo crânio-encefálico, em virtude de agente contundente, acidente de trânsito".*
>
> *O denunciado agiu de forma imprudente, já que realizou conversão à esquerda, sem a devida atenção, atingindo a contramão de direção vindo a colher a vítima que trafegava regularmente pela referida avenida, causando-lhe o óbito, em descumprimento ao artigo 34*

da Lei 9.503/97, que determina que "o condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade".

Por ocasião do acidente, o denunciado, motorista profissional, conduzia o ônibus da empresa Rabone, no exercício de sua profissão, configurando a causa de aumento prevista no artigo 302, inciso IV, da Lei 9.503/97.

A materialidade do delito está consubstanciada pelo Boletim de Ocorrência da Polícia Civil n. 3149/2013 (fl. 08/vº), Boletim de Ocorrência da Polícia Militar n. 3092/2013 (fl. 09/10), Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito (fl. 11), Laudo Pericial n. 17.911 (fl. 30/38), Laudo de Exame de Corpo de Delito – Exame Necroscópico fls. 55/58, bem como pelos demais termos de declarações constantes nos autos. (...)"

Após regular instrução processual, o d. Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas prolatou sentença julgando procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, para condenar o réu como incurso no artigo 302, § 1º, inciso IV, do Código de Trânsito Brasileiro, à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, além de proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 06 (seis) meses (p. 166-173).

Inconformado, o sentenciado apelou a esta Corte.

Em suas razões recursais (p. 188-194), a defesa suscita preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento de provas pelo Juízo singular. No tocante ao mérito, objetiva a absolvição do réu, ante a fragilidade do conjunto probatório carreado aos autos. Ao final, prequestiona o artigo 156 do CPP.

O representante do Ministério Público apresentou suas contrarrazões (p. 199-215), requerendo o desprovimento do apelo defensivo. Prequestiona o artigo 302, § 1º, inciso IV, do Código de Trânsito Brasileiro.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (p. 224-229), manifesta-se pelo desprovimento do recurso interposto por Elidio Cardoso Dias, para que seja mantida incólume a sentença condenatória.

Pois bem. Ausentes quaisquer apontamentos preliminares, e por não vislumbrar nulidades ou irregularidades que devam ser declaradas de ofício, passo ao exame do recurso.

I – Da preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

A defesa suscita preliminar de nulidade do feito por cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento do pedido de diligências de p. 132-134, que seriam utilizadas para provas a culpa exclusiva da vítima.

O pleito não comporta acolhimento.

O apelante pugnou, na fase do artigo 402 do CPP, o traslado de cópias de depoimentos constantes dos autos n.º 0807096-09.2013.8.12.0021, a expedição de ofício à delegacia de polícia para averiguar se a vítima havia feito uso de álcool na data dos fatos e se a motocicleta possuía, ou não, faróis de acendimento automático (p. 132-134).

Em decisão devidamente fundamentada, o d. Juízo singular indeferiu as diligências requeridas, entendendo serem meramente protelatórias, nos termos que seguem (p. 142):

"1. Indefiro os pedidos de fls. 132/134. O traslado das peças dos autos 0807096-09.2013 e tal pleito denota meramente protelatório. As testemunhas Bento e Wander nada souberam informar sobre a dinâmica do acidente, de forma que juntada de seus depoimentos nada acresceria a este feito.

Igualmente é desnecessária a expedição de ofício para a autoridade responsável pela realização da perícia para esclarecer o uso de álcool pela vítima ou a existência de

dispositivo de acionamento automático do farol, pois eventual concordância de culpas não é albergada pelo Direito Penal. (...)"

Após, em sede de alegações finais, a defesa suscitou preliminar de cerceamento de defesa, objetivando a reconsideração de decisão de p. 142, a fim de que fosse determinada a realização das diligências requeridas pela defesa, cujo pedido foi indeferido pela autoridade judiciária de primeiro grau, com fulcro nos seguintes fundamentos (p. 166-167):

"(...) Impende mencionar, inicialmente, que no sistema processual vigente o juiz é o destinatário da prova e pode recusar a realização daquelas que se mostrarem irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, conforme previsão do art. 400, §1º, do Código de Processo Penal.

Como ensinam Douglas Fischer e Eugênio Pacelli, "a ampla defesa não pode ser confundida com a possibilidade de a defesa escolher a forma que entender mais adequada para a prova, mesmo que sem qualquer utilidade prática. Ampla defesa não é o que a defesa quer, mas o que pode fazer à luz da concretização de todos os princípios constitucionais no processo penal. Portanto, não está em jogo apenas a ampla defesa, mas também o devido processo legal (que é devido para ambas as partes), em que um dos princípios reguladores também é a celeridade processual" (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 693).

Assim, cabe ao julgador aferir quais são as provas desnecessárias para a formação de seu convencimento, de modo que não há ilegalidade no indeferimento das diligências que a defesa pretendia, notadamente por serem impertinentes à apuração da verdade e não ser a concorrência de culpas albergada pelo direito penal.

Ademais, o processo cível do qual se postulou a prova emprestada não possui nenhum liame subjetivo com este feito, de modo que resta inviabilizado seu aproveitamento. Caso fosse imprescindível a oitiva das testemunhas, a defesa deveria tê-las arrolado na resposta à acusação.

Diante disso, não há falar em cerceamento de defesa, pois as provas são absolutamente desnecessárias. (...)"

A decisão proferida pelo magistrado sentenciante, como se vê, encontra-se devidamente fundamentada, desmerecendo qualquer reparo.

Como cediço, compete ao Juiz, na condição de destinatário da prova, a análise dos elementos de convicção produzidos durante a instrução processual, podendo este indeferir as provas que julgar irrelevantes, impertinentes ou meramente protelatórias, conforme dicção expressa dos artigos 155 e 400, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

Nesse pórtico, é assente na doutrina e jurisprudência nacionais que o indeferimento fundamentado da prova pelo magistrado não gera constrangimento ilegal ou nulidade por cerceamento de defesa. A propósito:

"EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DE JOSYANE – EXTORSÃO MAJORADA – PRELIMINARES – CERCEAMENTO DE DEFESA DECORRENTE DA NÃO REALIZAÇÃO DA PROVA REQUERIDA PELA DEFESA – DESCABIMENTO – INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – PRAZO NÃO TRANSCORRIDO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS – PREFACIAIS REJEITADAS. I – ***O requerimento de produção de provas deve ser submetido ao juízo de ponderação e necessidade do magistrado, já que é destinatário dos elementos de convicção, de modo que eventual indeferimento mediante decisão adequadamente fundamentada não representa cerceamento de defesa****. (...)" (TJMS; Apelação Criminal n. 0013460-90.2013.8.12.0001 – Campo Grande; Rel. Des. Emerson Cafure, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 29/07/2019) – destaquei.*

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR - ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVAS - CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. ***Se não há pertinência na produção de prova requerida pela defesa, pois as informações pretendidas já estão nos autos, mostra-se acertada a decisão do juiz que indefere o pedido sem que com isso gere o cerceamento de defesa. Preliminar afastada****. (...)" (TJMS; Apelação Criminal n. 0000791-39.2018.8.12.0030 – Brasilândia; Rel. Des. Jonas Hass Silva Júnior, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 12/02/2019) – destaquei.*

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EM FACE DE DECISÃO DE PRONÚNCIA DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE IMPRONÚNCIA – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – AFASTADO – NEGADOS – PLEITO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E DO MOTIVO FÚTIL – PRETENSÃO REJEITADA – RECURSO DESPROVIDO. I – ***Nos termos do o artigo 155, "caput", primeira parte, do CPP, e com base no princípio do livre convencimento motivado, compete ao julgador avaliar a necessidade ou não da produção de provas, devendo desconsiderá-las, quando reputadas inúteis ou meramente protelatórias, não caracterizando o cerceamento de defesa, tendo em vista a existência de elementos suficientes nos autos para a formação do convencimento do magistrado****. II – Inexistem justificativas reais e idôneas que justifiquem a realização das diligências pleiteadas, razão pela qual não há que se falar em cerceamento de defesa. (...)" (TJMS; Recurso em Sentido Estrito n. 0000053-09.2013.8.12.0036 – Inocência; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 18/06/2018) – destaquei.*

Em recente pronunciamento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu da mesma forma, consoante teor do Informativo 615, *in verbis*:

"(...) o deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo, não caracterizando, tal ato, cerceamento de defesa, como ocorreu no caso. Finalmente, vale ressaltar ser pacífica a jurisprudência das Cortes Superiores no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullite sans grief, consagrado no art. 563 do CPP - o que não fora demonstrado na presente hipótese." (RHC 79.834-RJ, Rel Min. Felix Fischer, julgado em 07/11/2017, DJe 10/11/2017).

Com efeito, a juntada de prova requerida pela defesa, na hipótese em epígrafe, revela-se desnecessária, uma vez que as testemunhas Bento e Wander nada souberam informar sobre a dinâmica do acidente, de forma seus relatos nada acresceria a este feito.

Da mesma forma, tem-se que as diligências periciais pretendidas pela defesa não alteram o quadro probatório carreado aos autos, mormente porque, segundo restou atestado pelo Laudo Pericial de Exame em Local de Acidente de Trânsito de p. 36/44, a causa determinante do acidente foi atribuída ao apelante.

Ademais, conforme destacado pelo d. Julgador singular, as discussões em comento perdem relevância, na medida em que não se admite a compensação de culpas no direito penal.

Logo, em atenção ao disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal, inexiste nulidade quando não há comprovação de prejuízo para defesa e, desta forma, não há nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Logo, rejeito a preliminar em questão.

II – Do pedido de absolvição.

A despeito do esforço argumentativo da defesa, o pleito absolutório não resiste ao farto conjunto probatório carreado aos autos.

Com efeito, a materialidade delitiva restou comprovada por meio do Boletim de Ocorrência (p. 12-13 e p. 14-16), Auto de Apreensão (p. 17), Auto de Entrega (p. 25-26), Laudo em Local de Acidente de Trânsito (p. 36-44), Laudo de Exame de Corpo de Delito – Exame Necroscópico (p. 61-64) e da prova oral colhida no curso da persecução penal.

De igual sorte, a autoria é certa e recai sobre o réu Elidio Cardoso Dias, o qual, durante a fase policial, confirmou, ter ocasionado o acidente por falta de atenção ao conduzir o veículo. Vejamos (p. 46-47):

> *"(...) que no dia dos fatos quando trafegava pela Av. Youssef Ahmad El Jaruche e foi fazer a conversão a esquerda, não viu a motocicleta conduzida pela vítima, e não se recorda se o farol desta estava ligado ou não, e viu apenas a pancada; QUE, o interrogando afirma que na conversão que fazia na via, acabou por ultrapassar um pouco a faixa do meio, e por isto então, a parte do ônibus que colidiu com a vítima estava na contramão; QUE, o interrogando se arrepende veementemente pela falta de atenção no decorrer dos fatos, que provocou o acidente e cominou na morte da vítima. (...)"*

Em juízo, o apelante relatou que pretendia fazer uma conversão à esquerda e, como um carro se aproximava no sentido oposto ao seu, ele parou, deu seta, esperou o carro passar, olhou no retrovisor, olhou para os dois lados, e, só então, deu início à conversão. Logo após ter começado a manobra, não percebeu a aproximação da motocicleta conduzida pela vítima, tendo notado tal fato somente quando ocorreu a colisão (p. 131).

Ana Rita Muniz Divino, em declarações prestadas em juízo (p. 131), esclareceu que seu irmão estava a caminho da empresa onde trabalhava para buscar um carregador de celular e, no caminho, foi interceptado pelo ônibus conduzido pelo réu. Soube da notícia e foi direto para o hospital. Afirma que em nenhum momento o réu procurou a família para auxílio, nem a empresa onde ele trabalhava entrou em contato. Indagada, relata que, momentos antes do fato, esteve com a vítima na lanchonete de sua mãe, recordando-se que ele pegou um lanche e saiu do local próximo ao horário do acidente. Esclarece que a motocicleta tinha acabado de passar por revisão e estava em bom estado.

O policial militar Roger de Araújo Pereira disse que foram acionados via COPOM para atender uma ocorrência com vítima. No local, foi constatado que o ônibus e a motocicleta seguiam em sentidos opostos, sendo que o ônibus seguia sentido Kid Mabel. No cruzamento com a rua 1, o motorista do ônibus informou ter intenção de virar à esquerda e vinha um carro em sentido oposto e atrás desse veículo vinha o condutor da motocicleta. Então, o motorista do ônibus disse ao depoente que quando o carro passou ele não visualizou o condutor da motocicleta. Afirma que ele iniciou a entrada na rua à esquerda e colidiu com o condutor do ciclomotor. Relata que quando a guarnição chegou a equipe de socorro já estava no local. O apelante realizou o teste de etilômetro e deu negativo. Questionado, afirma que era noite e de céu limpo e que no local existia iluminação pública, mas não era muito boa. Por fim, acrescenta que o réu entrou na contra-mão de direção para fazer a conversão e, então, atingiu a vítima.

A corroborar a prova testemunhal, o laudo pericial de exame em local de acidente de tráfego (p. 36-45), esclareceram que ambos os veículos estavam em movimento e que "*a causa determinante para o acidente ocorrido foi motivada pelo condutor do veículo V1, Elidio Cardoso Dias que, ao tentar a conversão à esquerda, adentrou totalmente a parte frontal do ônibus na contramão e colheu o veículo motocicleta e seu condutor que trafegavam em sentido contrário da mesma via*".

O laudo de exame necroscópico atestou que Fabricio Muniz Divino faleceu em decorrência de *traumatismo cranioencefálico por ação contundente (colisão moto x ônibus)* (p. 61-64).

Conforme se observa, os elementos de convicção carreados aos autos são robustos em demonstrar que o apelante agiu de forma culposa na direção de veículo automotor porque deveria certificar-se, antes de iniciar a manobra de conversão, que a via em sentido opostos estava livre de transeuntes e outros motoristas.

Essa conduta de cautela, aliás, era exigível do apelante, motorista profissional (p. 20) e que, no momento do acidente, conduzia veículo de maior porte e, inclusive, com transporte de passageiros.

A propósito, cumpre destacar que o Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 29, § 2º, dispõe que é dever dos condutores de veículos de maior porte zelar pela segurança dos veículos menores. Vejamos:

> *"Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres. "*

Não se descuida, ainda, que o mesmo diplomar legal preconiza que "*o condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que poderá executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e velocidade*. "

Por certo, um motorista profissional, que conduz veículo de grande porte, inclusive com transporte de pessoas, sabe que não pode realizar manobras sem ter a certeza da inexistência de veículos ou pessoas na via. Provocar acidente nestas condições, como no caso, é agir de forma imprudente.

Ao discorrer sobre a imprudência, o jurista Cleber Masson adverte que "é a forma positiva de culpa (*in agendo*), consistente na atuação do agente sem observância das cautelas necessárias. É a ação intempestiva e irrefletida. " (*in*Código Penal comentado. 3ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 147).

O caso não revelou situação diversa, pois é nítido que o recorrente transgrediu seu dever de responsabilidade e de zelo pela segurança de outros veículos menores, à medida que, agindo sem a devida atenção e com imprudência, invadiu a contramão da direção e interceptou a trajetória da motocicleta que a vítima conduzia em sentido contrário da via, em inobservância ao disposto no artigo 28 do CTB[1].

Nesse pórtico, pertinente a conclusão exarada pelo sentenciante (p. 170):

> *"O acusado agiu sem a necessária cautela, transgrediu o dever de cuidado objetivo e deu causa ao resultado previsto no tipo penal em comento, embora não pretendido pelo agente, daí a natureza de delito na forma culposa.*
>
> *Não é demasiado ressaltar que a manobra de conversão requer cuidado redobrado do motorista, com exigência de singular grau de prudência, justamente pelo fato de o condutor cruzar a pista de rolamento. "*

Sob outro aspecto, muito embora o réu tenha imputado ao condutor da motocicleta a culpa exclusiva pelo acidente automobilístico, não há nos autos qualquer elemento de prova capaz de demonstrar que ele tenha sido culpado pelo evento, menos ainda que tenha sido o único culpado.

Em verdade, o conjunto probatório produzido não deixa dúvidas de que o apelante agiu de forma imprudente ao realizar manobra sem a atenção necessária, interceptando a trajetória preferencial da vítima.

Portanto, comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, incabível o pleito absolutório.

---

1 Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

III – Dos pronunciamentos finais.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade processual e, no tocante ao mérito, nego provimento ao recurso interposto por Elidio Cardoso Dias, para manter incólume a sentença condenatória.

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais, em razão da *vexata quaestio* se confundir com o mérito.

É como voto, com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal - nº 0022384-80.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, *CAPUT,* DA LEI N. 11.343/06) – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – ACOLHIDO – MODULADORAS DA CONDUTA SOCIAL, DA PERSONALIDADE E DOS MOTIVOS DO CRIME INDEVIDAMENTE SOPESADAS – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO INCIDÊNCIA – ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INCABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Afirmações genéricas e abstratas acerca de aspectos inerentes a todo e qualquer crime, sem particularizar as características subjetivas do sentenciado, não devem justificar a valoração negativa da personalidade e da conduta social, por serem incapazes de demonstrar o comportamento do agente perante o meio em que está inserido ou eventual índole moral maculada.

II – A intenção de auferir vantagem ilícita, às custas do sofrimento e vício alheios, é elemento inerente ao próprio tipo penal de tráfico de drogas, não podendo fundamentar a exasperação da pena-base a título de motivos do crime.

III – Incabível o reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado, pois as circunstâncias aferidas no caso concreto, em especial a quantidade considerável e a natureza perniciosa da droga (796g de cocaína), apreendidas em local indicado como "boca de fumo", aliada aos demais elementos de prova, demonstram, indubitavelmente, a dedicação do apelante ao tráfico ilícito de entorpecentes.

IV – Embora a reprimenda aplicada seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, observa-se que a natureza altamente perniciosa e a quantidade da droga apreendida – 796g de cocaína –, as quais, inclusive, foram consideradas como elemento indicativo da dedicação do réu ao tráfico, revelam que o regime inicial fechado é o mais adequado à prevenção e reprovação da conduta, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

V – A quantidade de pena aplicada (superior a quatro anos) impede a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito, nos termos do artigo 44, incisos I e III, do Código Penal.

VI – Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido, apenas para redimensionar a pena-base.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Maksmelones Domingues Nunes, em face da sentença que o condenou como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em suas razões recursais (p. 420-428), a defesa objetiva, em síntese, a redução da pena-base ao mínimo legal, o reconhecimento do privilégio encartado no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06 e, consequentemente, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Ao final, prequestiona os artigos 33, 44 e 59, todos do Código Penal e o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

O representante do Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões (p. 433-451), pugnando pelo provimento parcial do recurso interposto, a fim de que seja operada a redução da pena-base ao mínimo legal e abrandado o regime prisional para o semiaberto. Por sua vez, prequestiona os artigos 33, 44 e 59, todos do Código Penal e o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (p. 460-472), manifesta-se pelo desprovimento do recurso interposto por Maksmelones Domingues Nunes, para que seja mantida incólume a r. sentença condenatória. Ratifica os prequestionamentos apresentados.

É o relato do essencial.

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O representante do Ministério Público Estadual ofertou denúncia em face de Luan Pereira Soares, Maksmelones Domingues Nunes, Rafael Silva dos Santos e Robert Regis da Silva, imputando-lhes as seguintes condutas criminosas (p. 01-06):

> *"(...)* 1º Fato*: Consta do incluso Inquérito Policial – Ocorrência nº 5798/2019-DEPAC-PIRATININGA – que no dia 07 de maio de 2019, por volta das 17h30min, na Rua Jabuti, nº 221, Bairro Jardim Canguru, nesta Comarca, os denunciado MAKSMELONES e LUAN guardavam para vender, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar* 30 (trinta) porções da substância *BENZAILMETILECGOMINA* (COCAÍNA), pesando no total de 796g, segundo Laudo Preliminar de Constatação de Natureza e Quantidade de Droga nº 1031/2019-DENAR (fls. 50/52).
>
> 2º Fato*: Também na data dos fatos, os denunciados RAFAEL, ROBERT e o adolescente ***** colaboraram, como informantes, com grupo destinado à prática do crime de tráfico de drogas*.
>
> 3º Fato*: de mesmo modo, os MAKSMELONES, LUAN, RAFAEL, ROBERTO e o adolescente ***** associaram-se para o fim específico de cometer crimes de tráfico de drogas*.
>
> 4º Fato*: consta ainda que o denunciado MAKSMELONES facilitou a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal e induzindo-o a praticá-la.*
>
> *Conforme o referido Inquérito Policial, na data dos fatos, os policiais militares foram notificados por meio de fonte anônima acerca de um indivíduo conhecido como "MAKS", posteriormente identificado como MAKSMELONES, seria um grande fornecedor de entorpecentes, fazendo uso de jovens como olheiros, ficando estes posicionados na padaria ao lado de ponto de venda de drogas, localizado na casa de MAKSMELONES.*

*Chegando no local, os policiais conseguiram constatar a veracidade da denúncia, encontrando RAFAEL, ROBERTO, LUAN e o adolescente ***** na padaria da esquina auxiliando como olheiros e, em seguida, ingressaram na residência de MAKSMELONES.*

*Na casa de MAKSMELONES foram encontrados (trinta) invólucros de cocaína, um tablete da marca Hyndai, uma balança de precisão, cerca de R$350,00 (trezentos e cinquenta reais) em dinheiro e um celular pertencente a LUAN, o qual admitiu auxiliar "MAKS" na manutenção do ponto de venda. Além disso, foram achados também R$20,00 (vinte reais) com o adolescente *****, R$20,00 (vinte reais) com LUAN, R$22,50 (vinte e dois reais e cinquenta centavos) com ROBERT e R$15,00 (quinze reais) com RAFAEL, além dos celulares dos denunciados.*

Diante da Autoridade Policial, LUAN (fls. 16/17) e MAKSMELONES (fls. 32/33), confessaram o cometimento da prática delitiva*, enquanto ROBERT (fl. 21), RAFAEL (fl. 27) e* negaram a autoria delitiva. *(...)"*

Após regular instrução processual, o d. Juiz da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande prolatou sentença julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, para absolver os acusados Rafael Silva dos Santos, Roberto Regis da Silva e Luan Pereira Soares das imputações que lhes foram feitas, e condenar o réu Maksmelones Domingues Nunes como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformado, o sentenciado Maksmelones apelou a esta Corte.

Em suas razões recursais (p. 420-428), a defesa objetiva, em síntese, a redução da pena-base ao mínimo legal, o reconhecimento do privilégio encartado no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06 e, consequentemente, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Ao final, prequestiona os artigos 33, 44 e 59, todos do Código Penal e o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

O representante do Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões (p. 433-451), pugnando pelo provimento parcial do recurso interposto, a fim de que seja operada a redução da pena-base ao mínimo legal e abrandado o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto. Por sua vez, prequestiona os artigos 33, 44 e 59, todos do Código Penal e o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (p. 460-472), manifesta-se pelo desprovimento do recurso interposto por Maksmelones Domingues Nunes, para que seja mantida incólume a r. sentença condenatória. Ratifica os prequestionamentos apresentados.

Pois bem. Ausentes quaisquer apontamentos preliminares, e por não vislumbrar nulidades ou irregularidades que devam ser declaradas de ofício, passo ao exame do mérito recursal.

Inicialmente, cumpre destacar que a autoria e a materialidade delitivas restaram fartamente comprovadas nos autos, inclusive pela confissão do apelante sob o crivo judicial, tanto que não foram objetos de debate nas razões recursais.

I – Do pedido de redução da pena-base.

Como visto, o recorrente objetiva a redução da pena-base ao mínimo legal, sob o argumento de que houve equivocada valoração negativa da moduladora relativa à natureza da droga.

Razão não lhe assiste.

Para exata compreensão da *quaestio*, transcrevo trecho da sentença no tocante à dosimetria penal (p. 306-307):

"(...) 1. Passo a dosar a pena do acusado.

> *A sua culpabilidade* é normal a espécie; os *antecedentes* são bons (STJ – súmula 444); sua *conduta social* é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão (o acusado não possui trabalho lícito); fato este que demonstra ter *personalidade* propensa a prática criminosa, pois dotado de periculosidade, e, também, evidencia a insensibilidade moral para com eventuais vítimas, face o potencial lesivo da droga; que o *motivo*, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que não trabalha honestamente para prover a sua subsistência, mas busca auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem; as *circunstâncias* e as *consequências* são normais a espécie; 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 06 (seis) anos de reclusão e multa de 600 (seiscentos) dias-multa. (...)"

Conforme se observa, foram valoradas negativamente na sentença as moduladoras da conduta social, da personalidade e dos motivos do crime, razão pela qual a pena-base do crime de tráfico foi exasperada em 01 (um) ano de reclusão e 100 (cem) dias-multa, restando fixada em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

A insurgência defensiva comporta acolhimento.

Como cediço, a circunstância judicial atinente à conduta social se traduz num verdadeiro exame do papel do agente na comunidade em que está inserido, no contexto da família, do trabalho, da escola e da vizinhança (STJ, HC 404304/PE).

Ao definir a referida moduladora, o jurista Ricardo Augusto Schmitt[1] ensina que:

> *"(...) Trata-se da avaliação do comportamento do sentenciado, basicamente por meio de três fatores que integram a vida de qualquer cidadão: convívio social, familiar e laboral.*
>
> *A conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do acusado no meio em que vive, perante a comunidade, a família e seus colegas de trabalho. Diz respeito à integração do agente em seu meio, portanto, o juiz sentenciante deverá valorar o relacionamento familiar do condenado, sua integração comunitária e sua responsabilidade funcional. Essa circunstância judicial servirá para aferir a relação de afetividade do sentenciado com os membros da sua família ou o desprezo e a indiferença que nutre por seus parentes (...)"*

Com efeito, a fundamentação lançada na sentença não se coaduna à exegese da referida moduladora, pois não evidencia o comportamento do réu perante a sociedade em que está inserido.

A propósito, colho elucidativo precedente do STJ:

> *"A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). " (EREsp 1688077/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2019, DJe 28/08/2019)*

Em relação a moduladora da personalidade, Cléber Masson sintetiza que "*é o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não caráter voltado à prática de infrações penais*. " (*in* Código Penal Comentado. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 336).

A jurisprudência do e. STJ é exatamente no mesmo sentido:

1 Sentença Penal Condenatória – 12 ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 151

> *"A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, independentemente de perícia. " (HC 472.150/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 13/11/2018)*

No caso em epígrafe, verifica-se que a fundamentação utilizada pelo julgador *a quo* não demonstra o verdadeiro perfil psicológico ou eventual índole moral maculada do apelante, na medida em que faz alusão a aspectos genéricos e inerentes a todo e qualquer delito, sem particularizar as características subjetivas do sentenciado.

Ademais, ressalto que os fundamentos adotados pelo sentenciante no tocante aos vetores da conduta social e da personalidade vêm sendo reiteradamente afastados por esta Corte de Justiça.

Nesse sentido, cito trecho do acórdão proferido por esta 3ª Câmara Criminal, no julgamento da Apelação Criminal n. 0015111-50.2019.8.12.0001 (julgado em 07/05/2020), de relatoria do Des. Jairo Roberto de Quadros, *in verbis*:

> *"(...) No tocante à* conduta social*, o magistrado sentenciante alinhou que "é das mais reprováveis, posto o péssimo convivo familiar (autos 0073509-05.2010 - Vara da Violência Doméstica), além de fazer do crime o seu meio de vida, como uma profissão (o acusado não possuí trabalho licito); fato este que demonstra ter personalidade acentuadamente propensa a pratica criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na prática delituosa, e, também, evidencia a insensibilidade moral para com a vítima, face o potencial lesivo da conduta*".
>
> *Consabido que a análise da conduta social deve levar em conta o comportamento do agente no meio social em que vive, na família e no trabalho. Não devem a tanto ser consideradas atividades supostamente criminosas, pois tais concernem a outras moduladoras.*
>
> *Discorrendo sobre a matéria, Ricardo Augusto Schmitt giza que "a conduta social a ser apreciada difere-se dos antecedentes e da reincidência, pois estes estão ligados à prática de um delito que mereceu sanção definitiva do Estado. A conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita*." (Sentença Penal Condenatória Teoria e Prática, 8ª edição, Editora Podium, p.129).
>
> *E acrescenta: ..."Quando não revelar bom comportamento social, pois deixa de pagar alimentos aos filhos, possui histórico de despedidas por justa causa, não possui amor e afeto por sua família, é pessoa com pouca ou nenhuma aceitação na comunidade onde vive, etc*."
>
> *Destarte, tendo em vista que a fundamentação utilizada pelo sentenciante não aponta, concretamente, nenhuma peculiaridade apta a negativar a conduta social do réu, porquanto calcada em conceito genérico, vago e abstrato, que sequer descarta a duplicidade e a valoração daqueles que integrem o próprio tipo penal, neutra deve ser considerada a circunstância em tela.*
>
> *Ao valorar negativamente a* personalidade *do acusado, o sentenciante consignou que é "acentuadamente propensa a pratica criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na pratica delituosa, e, também, evidencia a insensibilidade moral para com a vítima, face o potencial lesivo da conduta*;"
>
> *Como cediço, a personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito (STJ, HC nº 89321/MS, Relatora Min. Laurita Vaz, Dje 06/04/2009), ou seja, cenário incompatível com a fundamentação utilizada na dosimetria, devendo ser tida como neutra a moduladora. (...)"*

Portanto, as moduladoras da conduta social e da personalidade devem ser neutralizadas.

No que tange aos motivos do crime, Ricardo Augusto Schimitt ensina que:

"No exame dessa circunstância judicial, o juiz sentenciante deverá indagar qual a natureza e qualidade dos motivos que levaram o agente a praticar a infração penal. Não se trata, portanto, de analisar a intensidade de dolo ou grau de culpa – que é restrito à circunstância judicial da culpabilidade – mas de descobrir se a qualidade da motivação no agir do agente merece mais ou menos reprovação.

(...)

Os motivos diversos dos normais à espécie delitiva é que poderão (e deverão) ser valorados pelo julgador. Portanto, deverá o juiz sentenciante averiguar a existência de motivo que se revele como sendo um plus a motivação integrante do próprio tipo, sob pena de restar impossibilitada a sua valoração" (Ricardo Augusto Schmitt, Sentença Penal Condenatória, 11ª ed., Ed. JusPodivm, 2017, p. 164 e 165).

Na hipótese, não há como se afastar da conclusão de que o Julgador *a quo*, para negativar a moduladora judicial dos motivos, utilizou-se de critério que não justifica a exasperação da reprimenda, asseverando que "*é injustificável, vez que não trabalha honestamente para prover a sua subsistência, mas busca auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem*".

Como cediço, a ausência de emprego ou de ocupação lícita, por si só, não pode conduzir necessária e automaticamente à elevação da pena, pois tais fatores constituem um problema mais abrangente em nosso país.

Da mesma forma, a intenção de auferir "*vantagem ilícita*" em prejuízo alheio constitui elemento inerente aos crimes patrimoniais, não representando fundamento idôneo para o recrudescimento da resposta penal, sob pena de indevido *bis in idem*.

A propósito:

> *E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS – PENA-BASE – MODULADORAS DA CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO – NEUTRALIDADE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – PENA DE MULTA – SIMETRIA COM O SISTEMA TRIFÁSICO DA REPRIMENDA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA TENTATIVA – ITER CRIMINIS QUASE TODO PERCORRIDO – FRAÇÃO MÍNIMA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 2. Inviável a consideração negativa da conduta social e da personalidade quando a fundamentação utilizada pelo sentenciante se resume a valorações meramente genéricas, subjetivas e concernentes à moduladora diversa. 3. **A ambição ilícita e o ganho fácil, sem trabalho honesto, é inerente aos crimes patrimoniais e não podem ser considerados como motivos do crime para exasperar a pena-base do roubo**. (...). 9. Recurso parcialmente provido. Em parte com o parecer. (TJMS; Apelação Criminal n. 0009666-50.2017.8.12.0800 – Campo Grande; Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 26/09/2019) – destaquei*

Portanto, afastada a valoração negativa das moduladoras da conduta social, da personalidade e dos motivos do crime, impõe-se a redução da pena basilar ao mínimo legal.

II – Do privilégio encartado no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06.

A defesa objetiva, ainda, o reconhecimento do privilégio encartado no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06, com a consequente redução da reprimenda no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

A pretensão não comporta acolhimento.

Para a consideração da referida causa especial de diminuição de pena é indispensável o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, elencados no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, a saber: *a)* ser o agente

primário; *b)* portador de bons antecedentes; *c)* não se dedicar às atividades criminosas; e *d)* não integrar organização criminosa.

Vejamos o teor do referido artigo de lei, *verbis*:

> *"Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)."*

Sob essas balizas, revela-se incabível o reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado, uma vez que emerge cristalino dos autos que o apelante vinha se dedicando ao tráfico de drogas.

Ressalta-se, inicialmente, que a abordagem realizada pela polícia militar foi motivada por informações anônimas que apontavam o apelante, conhecido pela alcunha "Maks", como sendo um grande fornecedor de cocaína para diversas áreas de Campo Grande.

Em diligências na residência de Maksmelones, a guarnição logrou êxito em localizar 30 (trinta) invólucros do entorpecente conhecido como "cocaína", pesando 796g (setecentos e noventa e seis gramas), uma balança de precisão, um *tablet* e a quantia de R$350,00 (trezentos e cinquenta reais) em espécie.

O próprio apelante, ao ser interrogado na fase policial, confessou que "*vendia cocaína a diversos usuários moradores do Jardim Canguru e imediações; QUE o interrogando vendia cada porção de cocaína pelo valor de R$10,00 (dez reais)*", bem como que "*ao vender todas as porções, totalizaria R$3.750,00 (três mil, setecentos e cinquenta reais)*" (p. 41).

Luan Pereira Soares, quando ouvido perante a autoridade policial (p. 25), afirmou que o apelante Maksmelones, após sair da prisão, passou a vender drogas em sua residência.

O policial militar Douglas Farias Ortigoza confirmou, em juízo (p. 202), a apreensão do entorpecente na residência do recorrente, cujo local já vinha sendo apontando como "boca de fumo", bem como ratificou a traficância por ele desenvolvida no local.

Conforme se observa, os elementos de convicção carreados aos autos revelam que a incidência do réu no crime de tráfico não foi eventual ou esporádica, restando comprovado, ao contrário, que se dedicava, de forma contínua e habitual, ao comércio ilícito de entorpecentes.

A própria quantidade e nocividade da droga apreendida e os altos valores movimentados, indubitavelmente, demonstram a prática do tráfico em larga escala e a dedicação do apelante a este tipo de atividade.

Por certo, um traficante de primeira viagem ou iniciante no mundo do crime, a quem a lei visa beneficiar com a causa especial de diminuição de pena, jamais teria a disposição, para a venda, em local apontado como "boca de fumo", 30 (trinta) porções de cocaína**,** pesando 796gr (setecentos e noventa e seis gramas), tampouco realizaria negociações ilícitas envolvendo transações financeiras de elevada monta.

Desta feita, o recorrente não deve ser beneficiado com o privilégio em questão, em razão das circunstancias do caso concreto e da reprovabilidade acentuada da conduta, as quais evidenciam tratar-se de agente que se dedica à prática de atividade criminosa relacionada ao tráfico de drogas.

A propósito, o e. STF já se pronunciou:

> *TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTUM DA PENA. (...) 2.* ***Se as circunstâncias concretas da prática do crime ou outros elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa, não tem lugar o benefício do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, de todo inexigíveis outras condenações criminais.*** *(...).” (STF, 1ª T., HC 109172, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 25/09/2012)” – destaquei.*

A jurisprudência desta Corte é no mesmo sentido:

> *EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS - ALMEJADA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11343/06 – BENESSE NEGADA - RECURSO IMPROVIDO.*
>
> ***Não estando presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais enumerados em âmbito do artigo 33, § 4º da Lei 1.343/206, torna-se inadmissível a incidência da causa de redução de pena do intitulado tráfico privilegiado.***
>
> ***A Embargante dedicava-se a atividades criminosas, eis que comercializava substância entorpecente com habitualidade, não se justifica a concessão do privilégio.***
>
> *Com o parecer, recurso improvido. (TJMS; Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0017397-11.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande; Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Seção Criminal, Julgado em 09.01.2014). – destaquei.*
>
> *EMENTA - APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – TESE AFASTADA – EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES SOBRE A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA – APLICAÇÃO DA ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – TESE DESACOLHIDA – APELANTES QUE ERAM DEDICADOS A ATIVIDADES ILÍCITAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. Não há falar em absolvição, se os elementos de convicção coligidos durante toda a persecução penal sinalizam no sentido de confirmar a autoria e a materialidade delitiva, de forma a subsidiar a manutenção da condenação.*
>
> *2. Mesmo que o apelado tenha se retratado posteriormente, a confissão na fase policial constituiu elemento para concretizar a fundamentação da sentença condenatória, razão pela qual a atenuante ser mantida.*
>
> ***3. A incidência da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado está adstrita ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais estampados no art. 33, § 4º da Lei 1.343/06. No caso, há indicativos de que a apelante é dedicada ao exercício de atividades ilegais, o que afasta a possibilidade de concessão desse privilégio.*** *(TJMS; Apelação Criminal n. 0001501-71.2013.8.12.0018 - Paranaíba; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, 1° Câmara Criminal, Julgado em 18.08.2014). – destaquei.*

Desta feita, incabível o reconhecimento do privilégio ao apelante Jonilson Correia da Silva.

III – Da retificação da dosimetria penal.

Feitas tais considerações, passo à retificação da dosimetria penal.

Na primeira fase, como visto, afastadas as moduladoras da conduta social, da personalidade e dos motivos do crime, reduzo a pena-base para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda etapa, incide a atenuante da confissão espontânea (artigo 65, inciso III, *d*, do CP), mas, em observância à Súmula 231 do STJ, a pena deve ser mantida no patamar mínimo legal.

No último estágio da dosimetria penal, não há causas de aumento ou de diminuição de pena, razão pela qual torna-se definitiva a pena de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

III – Do regime prisional e da substituição da pena por restritivas de direito.

Por fim, objetiva o abrandamento do regime prisional e a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Tais pretensões, no entanto, não merece prosperar.

O Código Penal brasileiro, ao disciplinar as regras para a fixação de regime prisional, estabelece o seguinte:

> *"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*
>
> *a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
>
> *b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*
>
> *c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*
>
> *§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código." – destaquei.*

Conforme se observa, para a fixação do regime prisional adequado, três aspectos devem ser considerados, quais sejam, a quantidade de pena aplicada, eventual reincidência do sentenciado e as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei n.º 11.343/06.

Na hipótese dos autos, embora a reprimenda aplicada seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, observo que a natureza altamente perniciosa e a quantidade de droga apreendida, as quais foram utilizadas como elemento indicativo da dedicação do réu ao tráfico, revelam que o regime inicial fechado é o mais adequado à prevenção e reprovação da conduta, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Assim, mantém-se o regime inicial fechado aplicado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Por fim, considerando a pena definitiva aplicada (superior a 4 anos de reclusão) e a presença de circunstância judicial desfavorável (natureza da droga), incabível a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, ante o óbice previsto no artigo 44, incisos I e III, do Código Penal.

IV – Dos pronunciamentos finais.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Maksmelones Domingues Nunes, apenas para redimensionar a pena-base.

No tocante aos prequestionamentos aventados, esclareço que as matérias foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais, em razão da *vexata quaestio* se confundir com o mérito.

É como voto, em parte contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal nº 0047532-64.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO E FALSA IDENTIDADE – PLEITO MINISTERIAL – INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º, DA LEI N.º 13.654/2018 – NÃO RECONHECIDA – OBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS LEGISLATIVOS INERENTES – DISPOSITIVO REVOGADOR PRESERVADO DESDE O INÍCIO DO PROJETO DE LEI DO SENADO – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE – ART. 307 DO CP – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – CONDUTA PRATICADA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL – AUTODEFESA – INEXISTÊNCIA – SÚMULA 522 DO STJ – TIPICIDADE – CONDENAÇÃO DEVIDA – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA – PRELIMINAR REJEITADA E, NO TOCANTE AO MÉRITO, RECURSO PROVIDO.

A previsão expressa da revogação do inciso I, do §2º, do artigo 157, do Código Penal, reproduzida no artigo 4º, da Lei n.º 12.654/2018, já constava *ab ovo* no Projeto de Lei do Senado n.º 149/2015, sendo certo que em nenhum momento, tanto nas duas Casas de Leis quanto ao tempo do sancionamento, a referida redação foi objeto de veto ou modificação, motivo pelo qual não há falar em vício de constitucionalidade formal no tocante ao trâmite legislativo.

Também resta afastada a tese de inconstitucionalidade material da referida lei, pois o tema tratado foi objeto de discussão e aprovação no âmbito do Legislativo, em regular tramitação formal, e não pretendeu a descriminalização ou o abrandamento desproporcional do roubo com emprego de arma diversa da arma de fogo, mas sim prever, de maneira específica, causa de aumento para este último.

Incontroverso nos autos que o acusado declinou o nome de seu irmão perante a autoridade policial, ao ser preso em flagrante pela prática do crime de roubo, inafastável é a conclusão no sentido da consumação do delito do art. 307 da Lei Penal.

Preliminar rejeitada e, quanto ao mérito, recurso provido para condenar o apelado como incurso no artigo 307 do Código Penal e, diante da pena aplicada, declarar extinta a punibilidade ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do artigo 107, inciso IV, c/c art. 115, ambos do Código Penal.

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, rejeitaram a preliminar, deram provimento ao recurso e, de ofício, declararam a extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença (p. 258-267) que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, a fim de condenar Igor Mateus Lima da Costa pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, absolvendo-o no tocante à prática do crime previsto no art. 307 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Preliminarmente, o *Parquet* pede seja declarada a inconstitucionalidade da revogação do inciso I, § 2º do artigo 157 do Código Penal, a fim de que seja aplicada a causa de aumento de pena referente ao emprego de arma branca. Objetiva, ainda, a condenação do apelado pela prática do delito descrito no art. 307 do Código Penal (p. 283-304).

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (p. 307-313).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo provimento do apelo ministerial (p. 325-334).

É o relatório. À revisão.

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O Ministério Público Estadual denunciou Igor Mateus Lima da Costa pela prática dos delitos previstos no art. 157, § 2°, I, (1° Fato) e 307 (2° Fato), ambos do Código Penal, em concurso material, porque, segundo narrou na inicial acusatória:

> 1° Fato: *Consta no incluso I. P. n°. 0047532-64.2017.8.12.0001, que no dia 12 de dezembro de 2017, por volta das 20 h. e 40 min., na R. Marambaia, 1376, B. Coophavila II, nesta Capital, o denunciado IGOR MATEUS LIMA DA SILVA subtraiu para si mediante grave ameaça exercida com emprego de faca um aparelho celular IPHONE 7, de propriedade de ALINE NANTES SANTOS, avaliado em R$2.700,00 (dois mil e setecentos reais) cf. Auto de fl. 17.*
>
> 2° Fato: *Consta ainda que no mesmo dia, no momento da abordagem policial e na DEPAC-Piratininga, nesta Capital, o denunciado IGOR MATEUS LIMA DA SILVA, por ocasião de lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito atribuiu a si falsa identidade, utilizando a qualificação de seu irmão 'LUIZ GUSTAVO DE LIMA CAPISTRANO', visando obter vantagem em proveito próprio, em prejuízo da Administração da Justiça.*

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença (p. 258-267) que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, a fim de condenar Igor Mateus Lima da Costa pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, absolvendo-o no tocante à prática do crime previsto no art. 307 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado em parte com a sentença, o Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso, com o qual busca a reforma do *decisum*.

Preliminarmente, o *Parquet* pede seja declarada a inconstitucionalidade da revogação do inciso I, § 2º do artigo 157 do Código Penal, a fim de que seja aplicada a causa de aumento de pena referente ao emprego de arma branca. Objetiva, ainda, a condenação do apelado pela prática do delito descrito no art. 307 do Código Penal (p. 283-304).

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (p. 307-313).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo provimento do apelo ministerial (p. 325-334).

Malgrado os argumentos sustentados pela acusação, no tocante à alegação de inconstitucionalidade, a insurgência não deve ser acolhida.

Observa-se da sentença recorrida, que o julgador *a quo* deixou de reconhecer a majorante do emprego de arma (faca), tendo em vista que "*a novel Lei 13.654, que alterou e deu nova redação ao artigo 157, § 2º do CP, suprimiu a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, dando nova redação e exasperando a pena do roubo cometido com emprego de arma de fogo (que não é a hipótese dos autos).*"

Asseverou o sentenciante, também, que aludida alteração *"não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade, quer material, quer formal, tendo, neste último aspecto, seguido, regularmente, todas as etapas de tramitação legislativa exigida para tanto*" (p. 259).

Pois bem. Conforme consulta ao sítio do Senado Federal[1], tem-se que o Projeto de Lei do Senado n.º 149/2015 manteve o propósito de alteração do texto penal normativo referente ao crime de roubo, estabelecendo que a pena aumenta-se de dois terços se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo, e se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, com a consequente revogação expressa do então vigente inciso I, do §2º, do artigo 157, do Código Penal.

Isso porque quando o referido projeto de lei foi inicialmente protocolado em 24 de março de 2015, o seu conteúdo foi publicado no Diário do Senado Federal[2] n.º 036, página 62, de 25 de março de 2015, no seguinte formato:

> *"PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 149, DE 2015*
>
> *Altera o Código Penal para prever aumento de pena para o crime de roubo praticado com o emprego de arma de fogo ou de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum.*
>
> *O CONGRESSO NACIONAL decreta:*
>
> *Art. 1º O art.157 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940 – Código Penal, passa a viger com as seguintes alterações:*
>
> *"Art. 157. .....*
>
> .....
>
> *§ 3o A pena aumenta-se de dois terços:*
>
> *I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;*
>
> *II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato aná-logo que cause perigo comum.*
>
> *§ 4o Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a dezoito anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa." (NR)*
>
> *Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

1 SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n° 149, de 2015*. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120274. Acesso em 20 de março de 2019.

2 SENADO FEDERAL. *Diário do Senado Federal nº 36 de 2015*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?-codDiario=19380&paginaDireta=00062#diario. Acesso em 20 de março de 2019.

Art. 3º Fica revogado o inciso I do § 2o do art. 157 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940. " – destaquei

Após os devidos trâmites e com adendo da emenda n.º 01 – aditivo este, diga-se de passagem, que **não** visou alterar a redação original –, o referido projeto então passou pela aprovação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, nos conformes do Parecer (SF) n.º 141/2017, de relatoria do senador Antonio Anastasia.

Quando da publicação do referido parecer, no entanto, ao invés de constar lançado o conteúdo normativo integral aprovado, acabou por omitir o dispositivo que originalmente previa a revogação do inciso I, do §2º, do artigo 157, do Código Penal. Porém, quando encaminhado para a Coordenação de Redação Legislativa, procedeu-se então a publicação nos conformes deliberados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Encaminhou-se posteriormente à Câmara dos Deputados, mediante Projeto de Lei n.º 9.160/2017, restando aprovado pela Casa com a inclusão de artigo referente à inutilização de cédulas de moeda constantes no interior dos caixas eletrônicos – portanto, **sem** alteração substancial do projeto originário aprovado –, retornando ao Senado Federal para aprovação em plenário e, por fim, encaminhado à presidência federal, onde finalmente foi sancionada em 23 de abril de 2018, e consequentemente promulgada.

Logo, vê-se que a previsão expressa da revogação do inciso I, do §2º, do artigo 157, do Código Penal, reproduzida no artigo 4º, da Lei n.º 12.654/2018, já constava *ab ovo* no Projeto de Lei do Senado n.º 149/2015, sendo certo que em nenhum momento, tanto nas duas Casas de Leis quanto ao tempo do sancionamento, a referida redação foi objeto de veto ou modificação, motivo pelo qual não há falar em vício de constitucionalidade no tocante ao trâmite legislativo.

Este posicionamento é, inclusive, o adotado pela Corte Cidadã:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ***SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 13.654/2018. REVOGAÇÃO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA BRANCA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO MAIS SE SUBSUME ÀS MAJORANTES DO DELITO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.654/2018. COMPETÊNCIA DO STF.*** *AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, revogou o inciso I do artigo 157 do CP, de modo que o emprego de arma branca não se subsume mais a qualquer uma das majorantes do crime de roubo. Assim, uma vez que o caso dos autos é de roubo com emprego de arma branca (faca), impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para que a pena seja reduzida na terceira fase da dosimetria, em observância ao princípio da retroatividade da Lei Penal mais benéfica. 2. "Não compete ao STJ, em Recurso Especial, o exame inaugural da inconstitucionalidade da Lei nº 13.654/2018, por vício formal, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal" (AgInt nos EDCL no RESP 1687565/MS, Rel. Ministro NEFI Cordeiro, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg-AgRg-AREsp 1.275.927; Proc. 2018/0082746-1; DF; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Julg. 18/10/2018; DJE 24/10/2018; Pág. 3284) – destaquei*

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ***ROUBO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.654/2018.*** *MATÉRIA A SER ANALISADA PELA SUPREMA CORTE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA.* ***LEI Nº 13.654/2018. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REDUÇÃO DA PENA.*** *AGRAVO IMPROVIDO. 1. Não compete ao STJ, em Recurso Especial, o exame inaugural da inconstitucionalidade da Lei nº 13.654/2018, por vício formal, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 2. Incabível, na via eleita, o exame de violação a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, cuja competência é reservada ao STF, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal. 3. Com o advento da Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo*

157 do CP, o emprego de arma branca, embora possa eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora, não se subsume a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, impondo-se, portanto, a redução da pena na terceira fase da dosimetria, em observância ao princípio da retroatividade da Lei Penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República (HC 449.410/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018.) 4. Agravo regimental improvido. (STJ; AgInt-EDcl-REsp 1.687.565; Proc. 2017/0189191-0; MS; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 18/09/2018; DJE 25/09/2018; Pág. 1824) – destaquei

O entendimento desta egrégia Corte não destoa:

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – ROUBO – ABSOLVIÇÃO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL AMPARADA POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. RECURSO DESPROVIDO. I - A confissão extrajudicial tem validade, em especial quando vem confirmada pelas declarações dos autores da prisão, testemunhas presenciais e, ainda, sem qualquer indicativo de que tenha sido viciada, tornando impositiva a condenação. II – Recurso a que, com o parecer, nega-se provimento. A ***PELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ROUBO - EMPREGO DE FACA – APLICAÇÃO DA NOVA LEI – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - AUSÊNCIA DO ALEGADO VÍCIO.*** *PRETENSÃO CONDENATÓRIA DE CORRÉU – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Rejeita-se a alegação de inconstitucionalidade formal do art. 4º da Lei nº 13.654/18 se para sua aprovação foram atendidos os procedimentos e trâmites regulares previstos no âmbito legislativo. Ademais, ainda que doravante tal vício venha a ser reconhecido, os crimes cometidos mediante emprego de arma branca entre a data da publicação da Lei n. 13.654/2018 e a da publicação da decisão que declare a inconstitucionalidade formal do seu art. 4º, estarão acobertados pelos efeitos da Lei mais benéfica, já que a revogação posterior não poderá repristinar o texto revogado, inclusive porque isso implicaria certamente em violação ao princípio da reserva legal. II - A teor do disposto pelo artigo 155 do CPP, a convicção do juiz deve formar-se pela livre apreciação das provas produzidas sob a égide do contraditório judicial. Inconsistente a negativa de autoria quando o conjunto das provas aponta induvidosamente no sentido de que o acusado praticou o fato delituoso a ele imputado, notadamente em razão de haver confissão extrajudicial de um deles reconhecendo a autoria e apontando a autoria de seu comparsa e que mantém coerência com outros elementos de prova existentes nos autos. III – Recurso a que, em parte com o parecer, dá-se parcial provimento. (TJMS. Apelação Criminal n. 0000907-46.2012.8.12.0033, Eldorado, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 31/07/2020, p: 10/08/2020) – destaquei*

APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA – ROUBO MAJORADO TENTADO – CAUSA DE AUMENTO DO ***EMPREGO DE ARMA BRANCA – MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA PELO ART. 4º DA LEI 13.654/2018 – AFASTADA A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA PELA SENTENÇA*** *– RECONHECIDA A ABOLITIO CRIMINIS – PENA READEQUADA – ABRANDAMENTO DE REGIME PRISIONAL – RECURSO PROVIDO. Tratando-se de roubo cometido mediante o emprego de faca, impossível a aplicação da majorante, uma vez que a aplicabilidade se restringiu à prática de crime com arma de fogo, ante o reconhecimento da constitucionalidade do art. 4º da Lei n. 13.654/2018. Nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, o regime mais adequado ao caso é o aberto, porquanto a pena restou inferior a 4 anos de reclusão e as circunstâncias do art. 59 do CP são favoráveis. (TJMS. Apelação Criminal n. 0008679-57.2016.8.12.0021,Três Lagoas, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 16/06/2020, p: 19/06/2020) – destaquei*

De minha relatoria:

EMENTA-AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – ***INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DO ARTIGO 4º, DA LEI N.º 13.654/2018 – NÃO RECONHECIDA*** *– OBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS LEGISLATIVOS INERENTES – DISPOSITIVO REVOGADOR PRESERVADO DESDE*

O INÍCIO DO PROJETO DE LEI DO SENADO – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A previsão expressa da revogação do inciso I, do §2º, do artigo 157, do Código Penal, reproduzida no artigo 4º, da Lei n.º 12.654/2018, já constava ab ovo no Projeto de Lei do Senado n.º 149/2015, sendo certo que em nenhum momento, tanto nas duas Casas de Leis quanto ao tempo do sancionamento, a referida redação foi objeto de veto ou modificação, motivo pelo qual não há falar em vício de constitucionalidade formal no tocante ao trâmite legislativo. 2. Também resta afastada a tese de inconstitucionalidade material da referida lei, pois o tema tratado foi objeto de discussão e aprovação no âmbito do Legislativo, em regular tramitação formal, e não pretendeu a descriminalização ou o abrandamento desproporcional do roubo com emprego de arma diversa da arma de fogo, mas sim prever, de maneira específica, causa de aumento para este último. 3. Recurso conhecido e desprovido. CONTRÁRIO AO PARECER (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0043302-42.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 28/03/2019, p: 01/04/2019) – destaquei

Relevante destacar, de outro lado, que a alteração também não padece de inconstitucionalidade material, pois o tema tratado no referido projeto de lei foi objeto de discussão e aprovação pelo Legislativo, representante por excelência da vontade do povo, em regular tramitação formal, e não pretendeu a descriminalização ou o abrandamento desproporcional do roubo com emprego de arma diversa da arma de fogo, mas sim prever, de maneira específica, causa de aumento para este último.

Em outras palavras, o princípio da proibição de proteção deficiente, que *consiste em não se permitir a ineficácia da prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais*[3], contrapeso ao princípio da proibição do excesso, somente deve tomar espaço quando ficar latente o intento do legislador em afastar a hipótese de crime de roubo com emprego de arma, o que não é o caso, podendo o julgador, inclusive, exasperar tal circunstância na fase inaugural da pena, pois o tipo penal comporta pena abstrata de 04 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão.

Ademais disso, atualmente encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados[4] o Projeto de Lei n.º 10541/2018, onde visa modificar o Código Penal para reestabelecer a causa de aumento de pena do emprego de arma, de natureza própria ou imprópria, para o crime de roubo, devendo o Legislativo exercer o seu papel em deliberar sobre o tema em questão.

Nesse viés, por não se tratar de lei inconstitucional, é de se reconhecer o seu caráter de *novatio legis in mellius*, devendo esta também alcançar os fatos criminais pretéritos, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, do Estatuto Repressivo, e artigo 5º, inciso XL, da Carta Magna, como bem fez o magistrado singular na sentença objurgada.

No tocante ao delito de falsa identidade, segundo narra a exordial acusatória, no dia e hora mencionados, a vítima Aline Nantes Santos retornava para sua residência, em companhia de sua filha de oito anos de idade, quando o acusado ameaçou-a com uma faca no pescoço, e exigiu que ela entregasse o aparelho celular, fugindo em seguida na posse dele. A ofendida solicitou ajuda de populares, que lograram capturá-lo, quando recebeu voz de prisão.

Infere-se que, durante a abordagem policial e na Delegacia de Polícia, o acusado identificou-se como seu irmão "Luiz Gustavo de Lima Capistrano", buscando ocultar sua maioridade, mas após a colheita de suas impressões digitais foi esclarecida a sua real identidade.

Extrai-se que o sentenciante considerou a conduta materialmente atípica (p. 265), *in verbis*:

3 ESTEFAM, André. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. 5. ed. – São Paulo:Saraiva, 2016. Pag. 145.

4 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2181145. Acesso em 30 de novembro de 2020.

Em suma: a mera atribuição de falsa identidade no curso de abordagem policial decorrente de prisão em flagrante do agente, com o único intuito de preservação da liberdade, e cuja verdade é revelada por ele (flagrado) antes (ou no momento) de sua primeira qualificação oficial e oitiva por autoridade do Estado (no caso pela autoridade policial), ou logo após fazê-lo, é materialmente atípica, posto não ofender, ou ao menos não o fazê-lo com relevância na seara penal, o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 307 do CP.

Interrogado em audiência, Igor (arquivo audiovisual de p. 252), declarou ter sido preso pelos guardas municipais e quando conduzido à Delegacia de Polícia, se apresentou com o nome falso, pertencente ao seu irmão – *porque eu queria ficar como menor* [de idade]. Acrescentou que depois de ter confessado o delito, colheram suas digitais e descobriram seu nome verdadeiro.

Eder Neves Alves, guarda municipal, declarou judicialmente que o acusado, quando preso em flagrante, afirmou que era menor de idade, deu nome diverso, mas forneceu data de nascimento contraditória. Conduzido à Delegacia de Polícia, declarou que se chamava Luiz Gustavo de Lima Capistrano. Acrescentou que o acusado estava atribuindo a si parte do seu nome e parte do nome de seu irmão, bem como parte de sua data de nascimento e da de seu do irmão. Ressaltou que após muito tempo a Delegada teve que chamar o papiloscopista, somente assim descobriram o verdadeiro nome e data de nascimento do recorrente (p. 246).

Estabelece o preceito primário do artigo 307 do Código Penal: "*Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.*"

Assiste razão ao *Parquet*.

Destarte, nos termos do enunciado da Súmula 522 do Superior Tribunal de Justiça, "*A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.*"

Nessa linha, vejam-se os precedentes que concluíram pela tipicidade da conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa:

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. AUTODEFESA. INEXISTÊNCIA. TIPICIDADE. PROVIMENTO DO RECLAMO. 1. A orientação atual do STJ, sedimentada pela Terceira Seção nos autos de recurso especial representativo de controvérsia, é a de considerar típica a conduta de atribuir-se falsa identidade, perante a autoridade policial, ainda que para frustrar a eventual responsabilização penal, não estando ao abrigo do princípio da autodefesa. 2. ***Sendo incontroverso nos autos que o ora recorrido declinou o nome de seu irmão ao ser preso em flagrante pela prática de outros crimes diversos, inafastável é a conclusão no sentido da consumação do delito do art. 307 da Lei Penal Substantiva****. 3. Recurso especial a que se da provimento para restabelecer a condenação pelo delito de falsa identidade, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal recorrido para que prossiga no exame da apelação defensiva quanto à pena respectiva. (STJ - REsp: 1472373 RJ 2014/0196553-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 20/11/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2014). – Destaquei*

A propósito, colho precedente da 2ª Seção Criminal desta Corte de Justiça:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL (ART. 307 DO CP) – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – SÚMULA 522 DO STJ – PRETENSÃO REFUTADA – RECURSO DESPROVIDO. I - O acolhimento da pretensão recursal encontra óbice no Enunciado Sumular n. 522 do STJ: "A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa." II - Na vertente situação, o embargante, ao ser preso, identificou-se com nome diverso do seu, usando o do seu irmão, porquanto estava em gozo do livramento condicional e pelo fato de este possuir ficha criminal menos extensa que a sua, incorrendo na conduta típica descrita no art. 307 do CP. Não há pois que se falar em atipicidade da conduta, vez que é evidente a conclusão no sentido

da consumação de falsa identidade, não havendo que se cogitar de exercício legítimo de autodefesa no caso, devendo ser mantida a condenação pelo crime de falsa identidade. (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0033625-61.2013.8.12.0001, Campo Grande, Seção Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 26/01/2016, p: 02/02/2016)

Na hipótese dos autos, o acusado, ao ser preso em flagrante, identificou-se com nome diverso do seu, e conduzido para a Delegacia de Polícia pelo guarda municipal, se apresentou com nome diverso do seu, usando o do seu irmão, "Luiz Gustavo de Lima Capistrano", buscando ocultar sua maioridade. Ressalta-se que sua verdadeira identidade foi descoberta após a Delegada de Polícia solicitar um papiloscopista e com a colheita de suas impressões digitais foi esclarecida a sua real identidade.

Assim, Igor Mateus Lima da Costa incorreu na conduta típica descrita no art. 307 do Código Penal, pela qual resta condenado.

Passo à dosimetria.

Culpabilidade normal à espécie. O acusado não tem antecedentes criminais. Sem elementos para analisar personalidade e conduta social. Os motivos são inerentes ao tipo. Circunstâncias do delito são neutras. Na primeira fase, fixo a pena-base em 03 (três) meses de detenção. Na segunda fase, sem agravantes, mas presente a atenuante da confissão, contudo, deixo de diminuir a pena diante da súmula 231 do STJ. Na terceira fase, inexistem causas de aumento e diminuição, motivo pelo resta a pena estabelecida em 03 (três) meses de detenção.

Fixo o regime aberto para início do cumprimento de pena, com fundamento no o art. 33, § 2º, "c" e § 3º do CP.

Da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Realizada a individualização da reprimenda corporal do apelado e considerando que, nos termos do art. 119 do Código Penal, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente, deve ser reconhecido no tocante ao desacato que a pretensão punitiva estatal encontra-se fulminada pela prescrição.

Na hipótese, o apelado foi condenado definitivamente à pena de 03 (três) meses de detenção, cujo prazo prescricional correspondente é de 03 (três) anos, nos termos do artigo 109, inciso VI, do Código Penal.[5]

Outrossim, o deve ser reduzido de metade o prazo de prescrição, pois Igor era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos – nascido em 26/09/1998 (p. 51), nos termos do art. 115 do CP.

Portanto, considerando que a sentença absolutória não interrompe o prazo prescricional, deve ser reconhecido que entre o recebimento da denúncia (09/01/2018, p. 59-67) e a presente data transcorreu lapso temporal superior ao necessário, restando caracterizada, desta feita, a prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Ante o exposto, rejeito a preliminar aventada e, quanto ao mérito, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, para condenar o apelado Igor Mateus Lima da Costa como incurso no artigo 307 do Código Penal, à pena de 03 (três) meses de detenção, declarando, no entanto, a extinção da punibilidade em relação a este delito somente, ante o advento da prescrição da pretensão punitiva estatal, com fulcro no artigo 107, inciso IV, c/c. 109, inciso VI, todos do Código Penal.

É como voto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

---

5 Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
(...) VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar, deram provimento ao recurso e, de ofício, declararam a extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Recurso em Sentido Estrito/recurso Ex Officio nº 0003007-05.2019.8.12.0008 - Corumbá

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINARES NULIDADE DO PROCESSO POR ILICITUDE DE PROVAS ESTRANGEIRAS – PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*- NULIDADE NO CUMPRIMENTO DA DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO E NO AUTO DE APREENSÃO – PARCIALMENTE CONHECIDA PELA PRECLUSÃO E REJEITADA – NULIDADE DE REPRODUÇÃO SIMULADA DO HOMICÍDIO POR FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA ACOMPANHAR A REALIZAÇÃO DO ATO – REJEITADA – NULIDADE DE LAUDO PERICIAL DE DVD-R – NÃO CONHECIDA PRECLUSÃO- EXCESSO DE LINGUAGEM DA PRONÚNCIA – ACOLHIMENTO PARCIAL.

Não se conhece sobre a questão dos documentos estrangeiros juntados nos autos, pois a questão está acobertada pela preclusão *pro judicato*, uma vez que já decidida e efetivamente julgada pela 1ª Câmara Criminal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

"Nos termos do artigo 571, inciso I, do Código de Processo Penal, as máculas ocorridas no decorrer da instrução criminal dos processos de competência do júri devem ser arguidas em sede de alegações finais, sob pena de preclusão. Precedentes. (STJ; EDcl-HC 589.547; Proc. 2020/0143916-6; CE; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 01/09/2020; DJE 16/09/2020)".

A ausência de assinatura de testemunha civil no cumprimento de mandado de busca e apreensão é mera irregularidade.

Rejeita-se a preliminar de nulidade da reprodução simulada do homicídio, uma vez que não comprovado que na data em que realizada o acusado tinha defesa técnica constituída para atuar no inquérito policial, além de não haver prejuízos, pois cita o laudo resultante da reprodução em seu benefício na peça recursal.

Acolhe-se parcialmente a preliminar de excesso de linguagem da pronúncia para determinar que se risque (rasure) trecho mínimo da pronúncia onde gá excesso de linguagem, não havendo nulidade por estar a decisão preservada.

MÉRITO- HOMICÍDIO QUALIFICADO E CRIME CONEXOS COMETIDOS EM TESE POR DELEGADO DE POLÍCIA- PRONÚNCIA MANTIDA COM AS QUALIFICADORAS – RECURSO IMPROVIDO

As provas colhidas ao longo do caderno processual permitem a pronúncia pela prática de homicídio qualificado e pelos crimes conexos de coação à testemunha e fraude processual, uma vez que comprovada a materialidade dos delitos e revelado indícios de autoria.

Nenhuma das qualificadoras se mostra manifestamente improcedente, cabendo ao Conselho de Sentença verificar se o delito foi cometido por motivo torpe (vingança) e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO DEFENSIVO – TRIBUNAL DO JÚRI- CRIMES CONEXOS COAÇÃO À TESTEMUNHA E FRAUDE PROCESSUAL PRATICADOS EM TESE POR INVESTIGADOR DE POLÍCIA JUDICIÁRIA SUBORDINADO À DELEGADO DE POLÍCIA PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO E OUTROS DELITOS-

COMPROVAÇÃO DE MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA- ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO REVELADA- RECURSO IMPROVIDO.

Mantida a pronúncia do crime conexo de coação a testemunha e fraude processual, face a comprovação de materialidade do delito e indícios de autoria.

As teses defensivas serem sustentadas em Plenário, uma vez que há duas versões nos autos e a versão da acusação encontra amparo nas provas dos autos, não havendo como absolver o agente.

PROVIDÊNCIA *EX OFFICIO*- DETERMINAÇÃO DE DATA PARA O JÚRI- APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

Considerando que um dos agentes está preso cautelarmente, determina-se que o júri seja realizado até 30 de abril de 201, considerando que "*A pendência de recursos especial e extraordinário, que tenham sido interpostos contra a decisão de pronúncia, não é óbice à realização do julgamento pelo Tribunal do Júri. Precedentes. 5. Embargos rejeitados.* (STF. HC 169641 AgR-ED, Relator (a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 02-09-2019 PUBLIC 03-09-2019)".

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, nos termos do voto da Relatora:

I) Não conheceram da preliminar de ilicitude de provas;

II) Conheceram parcialmente da preliminar de nulidade no cumprimento da diligência de busca e apreensão e no auto de apreensão e, na parte conhecida, rejeitaram a preliminar arguida.

III) Rejeitaram a preliminar de nulidade de reprodução simulada dos fatos;

IV) Não conheceram da preliminar de nulidade de laudo pericial;

V) Acolheram parcialmente a preliminar de excesso de linguagem da pronúncia.

VI) No mérito, negaram provimento aos recursos em sentido estrito interpostos;

VII) De ofício, fixaram prazo máximo para julgamento do Tribunal do Júri.

Campo Grande, 4 de março de 2021.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de recursos em sentido estritos interpostos por F. A. C. J (f.2.976-3.046), pronunciado para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri como incurso nas sanções do artigo 121,§2º, incisos I e IV, artigo 344 e artigo 347, *caput,* todos do Código Penal e E.N.C.L(f.3.047-3.048/3.057-3.073), pronunciado para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incurso nas sanções dos crimes descritos nos artigos 344, do Código Penal; e no artigo 347, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal (f. 2.830-2.846).

Como razões de seus recurso, F.A.C.J suscita as seguintes preliminares: a) nulidade do processo devido à ilicitude das provas oriundas da Bolívia por terem sido obtidas de forma clandestina, sem observância dos meios legais e das vias diplomáticas; b) nulidade de diligência na fase policial, consistente no cumprimento do mandado de busca e apreensão, por inobservância das formalidades legais, ausência de acompanhamento de testemunha civil, apreensão de objetos não relacionados com o crime (1.700 dólares, 3.300 reais e aparelho DVR); c) nulidade da reprodução simulada do homicídio por falta de intimação da defesa para acompanhar, ferindo o princípio do contraditório; d) nulidade de laudo pericial de material que não consta no rol de bens apreendidos, qual seja, DVD-R de marca "Plaston" e necessidade de desentranhamento; e) nulidade da pronúncia por excesso de linguagem, um vez que contém afirmações entre elas, que esfaqueou a vítima.

No mérito, aponta que não há indícios suficientes de autoria a autorizar a pronúncia, sendo que em nenhum momento participou do "*evento ocorrido na Bolívia e, da mesma forma, não teve nenhuma participação nos fatos ocorridos no Brasil e narrados na denúncia"*.

Aponta que *"a testemunha A. H. K. I. afirmou que A. R. 'não disse nada sobre quem seria o autor das facadas', ou seja: nada disse sobre a autoria dos fatos ocorridos na Bolívia"* e *"Inevitável constatar que o descrito na denúncia, com base no Relatório de Investigação, não possui nenhum nexo com o que foi narrado pela própria vítima à testemunha A. H. K. I., pois conforme este a vítima teria interferido em uma briga entre duas pessoas e por isso foi esfaqueada, enquanto a denúncia narra uma discussão envolvendo a vítima e a esposa do réu. Assim as facadas recebidas pela vítima não foram decorrentes da discussão havida entre ela e a esposa do réu"*.

Caso mantida a pronúncia, as qualificadoras não encontram sustentáculo nos autos, uma vez que, em relação ao motivo torpe, há mera suposição de que esfaqueou a vítima na Bolívia, bem como, não há provas da discussão da vítima com sua esposa de modo a acarretar o *"espírito de vingança"*, havendo uma tentativa de agravar sua conduta e que *"tendo em vista suposto desentendimento pretérito entre o Acusado e a vítima, além da falta de provas idôneas, impossível caracterizar o fato do crime ter sido praticado por motivo torpe, devendo, pois, ser afastada referida qualificadora"*.

Discorre sobre a ausência da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, expõe que *"se o acusado desfere golpes de faca após uma discussão com a vítima em que ele (acusado) e sua família sofrem ameaças de morte, diante de todos os presentes e inclusive dos seguranças da vítima, não há qualquer intenção em cercear sua defesa, tampouco debilita-lo para em seguida se aproveitar da situação e encontrar alguma facilidade, essa seria a única hipótese no caso concreto para a incidência da qualificadora, mas, ao contrário, a acusação parece ser no sentido de que os disparos ocorrem tão somente para consumar e alcançar o resultado frustrado no início da execução"*.

Entende que *"não se pode qualificar o crime apenas em razão de a vítima ao final da execução estar debilitada em decorrência de golpes sofridos no início da execução. Entendimento diverso implicaria em admitir que um homicídio só será simples se praticado em um único ato, uma única ação, pois, havendo mais de um, sempre o primeiro debilitará a vítima*. [...] *Assim sendo, o suposto homicídio atribuído ao Acusado, não se caracteriza pela surpresa ou recurso que dificultou a defesa da vítima, eis que, em virtude dos fatos pretéritos era de se esperar tal desfecho"*.

Sobre os crimes conexos, assevera que *"TODAS as testemunhas negaram expressamente terem sofrido qualquer tipo de coação e, acerca da acusação de Fraude Processual, diante da inexistência de materialidade já que tudo se baseia em conjecturas amparadas unicamente em conversas de aplicativo, necessário um mínimo juízo de admissibilidade. O Órgão Ministerial não se desincumbiu do ônus da prova acerca dos crimes previstos nos artigos 344 e 347, caput, Parágrafo único do Código Penal. Com efeito, não foram produzidas provas de que o Acusado teria coagido testemunhas e tampouco praticado o crime de fraude processual"*.

Ao final, requer que "*seja conhecido e provido o presente recurso em sentido estrito e preliminarmente: - Desentranhamento de todos os documentos de origem estrangeira que não tenham sido apostilados, em especial os de folhas 1455- 1481, que sequer constam do acervo encaminhado pela polícia boliviana; Decretação da*

nulidade da Busca e Apreensão realizada na residência do acusado, com o desentranhamento de todos os documentos relacionados com essa diligência, bem como a devolução de todos os objetos apreendidos; - Desentranhamento do Laudo Pericial nº 143.408 de págs. 2105-2135; - Anulação da Sentença de Pronúncia por excesso de Linguagem; Por fim, a IMPRONUNCIA DO ACUSADO, reformando-se, assim, a r. sentença, afastando as qualificadoras constantes na denúncia (incisos I e IV, § 2º do artigo 121, do Código Penal, por falta de provas da autoria do crime contra a vida, conforme o art. 414 do CPP, bem como absolver o Acusado dos crimes conexos, art. 344, 347, caput, parágrafo único do Código Penal, por ser medida que se impõe em homenagem ao direito e à JUSTIÇA!!!"

Em seu recurso, E.N.C.L esclarece que *"diante da fundamentação lançada que o Magistrado Sentenciante não adentrou ao mérito, relatando que no Celular de F. há indícios de autoria e materialidade, Vejamos Excelência, não há provas no celular de E. e nem qualquer vínculo com ele, isso porque, todas as testemunhas ouvidas em juízo negaram que foram ameaçadas por E. N. Ademais, ressalta-se que as testemunhas ouvidas na Delegacia pela Corregedoria, também já naquela ocasião, negaram que tenham sido ameaças por E. N., como também restou demostrando que a suposta inovação artificiosa ocorrida na caminhonete, também ocorrera em data que E. N. não estava na cidade de Corumbá / MS, restando portanto evidente que o recorrente não tenha qualquer vínculo com nenhum dos delitos descritos na exordial".*

Aponta que *"A MATERIALIDADE DO DELITO aqui imputado encontra-se nebulosa e falha, consubstanciado em conversas de WhatsSapp entre os dois corréus, que foram totalmente refutadas pelas testemunhas do juízo. No dia 20 de setembro de 2019, na sala do juízo, a testemunha que o Ministério Público Estadual diz que E. ameaçou, A. H. K. I., foi ouvida em juízo e refutou todas as acusações contra E., uma vez que nem conhece essa pessoa, conforme assim questionado".*

Afirma que as testemunhas foram uníssonas no sentido de que não foram ameaçadas ou tiveram depoimento induzido, bem como, nunca teve qualquer processo ou envolvimento com o crime.

Defende que a conduta é atípica, pois *"Impossível criminalizar uma conduta de um policial civil entrar na repartição de uma delegacia, não sendo portanto crível que esse juízo, ou qualquer ator desse processo imagine que é crime, um policial civil entrar nas dependências de uma delegacia, ora se não é justamente esse o local que os policias entram, delegacias. Excelência, ouvidas em juízo, as testemunhas policiais, sem mais delongas, indicam que não há em qualquer delegacia, sala com a informação de proibida a entrada, e o fato de E. abrir uma porta, não diz que este cometeu um crime. Ainda questionados sé é comum policiais civis, na cidade de Corumbá – MS, irem de uma delegacia a outra, esses dizem, 'sim é comum'. E ainda questionados se E. foi cobrar o boletim de ocorrência, as testemunhas que estavam na delegacia refutaram 'cobrar não'. Portanto, mesmo se houvesse cobrado, ainda assim não é crime, mas nem isso o réu fez.*

Expõe que F. pediu que alterasse seu veículo, mas não o fez e "*na data mencionada, que supostamente a caminhonete teria alterado as suas características, E. N. nem estava na cidade de Corumbá, estava na cidade de Coxim – MS, motivo que inclusive o livrou da prisão no primeiro momento" e "Há um pequeno equívoco no relatório, pois nessa data, supostamente F. já havia modificado a caminhonete, e E. nem estava na cidade de Corumbá – MS, tanto é verdade que o relatório diz que F. fará as modificações, porém logo adiante ele diz 'já tirei os adesivos' conforme folhas 505".*

Sustenta que *"as provas judicilializadas são completamente frágeis e infecunda para o delito de Ameaça a Testemunhas e Fraude Processual, haja vista que o titular da ação Penal não conseguiu arregimentar uma única voz, isenta e confiável que depusesse contra o acusado pra incriminá-lo".*

Ao final, requer que, *seja conhecido e provido presente RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, para que haja a devida reforma da r. Sentença, decretando-se a absolvição do acusado do delito a ele imputados na denúncia, crimes previstos nos artigos 344 e 347, caput, e parágrafo único, ambos do Código Penal, pois no decorrer da instrução criminal foi devidamente provado sua inocência. Agindo assim, Considerando que E. N. ficou preso, inicialmente 47 (quarenta e sete dias) pelo suposto crime de homicídio que nem sequer foi*

denunciado, e após, mais 04 (quatro) meses preso no mesmo processo, sem nada dever, Vossas Excelências estarão, mais uma vez praticando a mais lídima e verdadeira Justiça nas Decisões".

Contrarrazões do Ministério Público Estadual, às f.3.083-3.111, pelo improvimento dos recursos.

Decisão mantida em juízo de retratação, às f.3.112-3.113.

F. A. C. J não se opõe ao Julgamento Virtual, conforme f.3.187.

Oposição de E.N.C.L ao Julgamento Virtual, às f.3.191-3.193.

Comunicação de ordem do STJ para desentranhamento de documentos às f.3.188.

Prisão preventiva de F. A. C. J mantida, nos termos do art. 316, parágrafo único, do CPP, nos Autos n. 0001646-50.2019.8.12.0008 (f.3.194-3.196).

Por esta relatora, determinado o cumprimento da ordem do STJ, às f.3.197.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 3.201-3.217, pelo improvimento dos recursos e mantença da pronúncia.

Por esta relatora, às f. 3.219-3.223, levantada a preliminar de não conhecimento do pedido de *"Desentranhamento de todos os documentos de origem estrangeira que não tenham sido apostilados, em especial os de folhas 1455- 1481, que sequer constam do acervo encaminhado pela polícia boliviana;" (f. 3.045)",* formulado pelo recorrente F. A. C. J*,* devido à *preclusão pro judicato.*

A defesa técnica de F. A. C. J rememora os documentos juntados sem se manifestar sobre a preliminar, conforme f.3.225-3.227.

Ordem do STJ cumprida pela origem (certidão de f. 3.228).

Ciência da Procuradoria-Geral de Justiça, sem manifestação, às f.3.232.

É o relatório. Peço dia.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de recursos em sentido estritos interpostos por F. A. C. J (f.2.976-3.046) e E. N.C.L (f.3.047-3.048/3.057-3.073).

Passo à análise dos recursos de forma separada.

Recurso de F.

Das Preliminares

a) nulidade do processo devido à ilicitude das provas oriundas da Bolívia por terem sido obtidas de forma clandestina, sem observância dos meios legais e das vias diplomáticas.

Sem maiores, delongas, como explicitado às f.3.219-3.223, a questão está acobertada pela preclusão *pro judicato*, uma vez que já decidida e efetivamente julgada pela 1ª Câmara Criminal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito. A defesa técnica de F. impetrou *habeas corpus* em 3/2/2020 alegando referida nulidade, repetindo a questão nas as alegações finais apresentadas em 14/2 2020 (f.1.951-1999).

Desta forma, decidido pela 1ª Câmara Criminal:

> *" HABEAS CORPUS AÇÃO PENAL CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA E CRIMES CONEXOS JUNTADA DE DOCUMENTOS ESTRANGEIROS POR PARTICULAR DESBUROCRATIZAÇÃO DA PROVA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE OU ILEGALIDADE ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *Considerando a desburocratização da colheita da prova internacional no processo penal, não há empecilho para a juntada de documentos estrangeiros, originais ou cópias com carimbo de autêntico, por particulares, mormente porque respeitado o contraditório e a ampla defesa durante todo o processo. É necessário, contudo, que os documentos originais/ autenticados sejam vertidos ao idioma português, nos termos do artigo 13, da CF, do artigo 236, do CPP, e do artigo 192, do CPC (aplicado subsidiariamente ao processo penal). (TJMS; HC 1400917-29.2020. 8.12.0000; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Elizabete Anache; DJMS 04/03/2020; Pág. 116)"*
>
> *Após referida data, houve nos autos a juntada de diversos documentos (f. 2.014-2.105 / 2.185-2.211), imagens da casa do apelante (f.2.212) laudos periciais (f.2.107-2.137/ 2.139-2.151/2.156-2182) e relatório de diálogos contextualizados (f.2.497-2.608).*
>
> *Temos ainda juntada de cópia de documentos bolivianos, às f. 2.213-2.484, em 21/2/2020, qual seja, o Ofício enviado pelo Diretor Nacional Fuerza Especial de Lucha contra El Crimen sobre Caso N. FELCC-PS-013/2019 (f.2.213-2.218), informando a remessa do projétil e do Caderno de Investigações.*
>
> *Como constou no acórdão do HC 1400917-29.2020. 8.12.0000, "De início,* ***destaco que o processo penal, com fincas na desburocratização, simplificação e redução de formalidades, não obsta a juntada de documentos de origem estrangeira, ainda que por particulares. No caso, os documentos originais e/ou autenticados encartados nos autos de origem não são ilícitos ou ilegais, tanto que a juntada na ação penal não acarretou qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa do paciente".***

Referido acórdão foi atacado através de Recurso Ordinário:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO, COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO E FRAUDE PROCESSUAL. CONVENÇÃO DE PALERMO. NÃO APLICAÇÃO. RELAÇÃO COM CRIME ORGANIZADO, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. CONVENÇÃO SOBRE ELIMINAÇÃO DE EXIGÊNICA DE LEGALIZAÇÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS. ACORDO SOBRE ASSISTÊNCIA JURÍDICA MÚTUA EM ASSUNTOS PENAIS ENTRE PAÍSES DO MERCOSUL, BOLÍVIA E CHILE. OBTENÇÃO DE DOCUMENTOS. AUTENTICAÇÃO E TRADUÇÃO. DISPENSA. AUTORIDADE CENTRAL. INTERMEDIAÇÃO. NÃO EXIGÊNCIA. PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. DOCUMENTOS APRESENTADOS POR PARTICULARES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. A Convenção de Palermo, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.015/2004, está focada no combate ao crime organizado, na lavagem de dinheiro e na corrupção, não abrangendo o homicídio qualificado, a coação no curso do processo e a fraude processual fora de tais situações, quando servirá, no máximo, como forma de interpretação ou integração das normas jurídicas próprias.*
>
> *2. A Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 8.660/2016, dispensa a via diplomática para a obtenção de documentos produzidos no exterior e, embora a princípio exija o apostilamento (espécie de autenticação), também o libera se as leis, regulamentos ou costumes no Estado requerente assim o fizerem.*

3. A cooperação internacional entre Brasil e Bolívia no sistema de justiça penal está regulada especialmente pelo Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, promulgada pelo Decreto n. 8.331/2014, o qual prevê uma espécie de auxílio direto que dispensa qualquer forma de autenticação e tradução dos documentos obtidos pelo Estado requerente, mas não autoriza que tal obtenção seja feita diretamente por particulares.

4. O Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, promulgado pelo Decreto n. 8.331/2014, dispensa a obtenção de documentos pelo Estado requerente por meio das chamadas autoridades centrais, mas neste caso exige necessidade de apostilamento ou autenticação da documentação.

5. *Não há que se falar em nulidade de prova documental oriunda de outros países, ainda que eivada de vícios formais, sem demonstração concreta de prejuízo pela parte interessada, por força do art. 563, do Código de Processo Penal, e precedentes deste Tribunal Superior, ressalvada a documentação diretamente apresentada por familiares da vítima, em face da menor credibilidade do seu conteúdo.*

6. Recurso parcialmente provido, determinando o desentranhamento dos documentos indicados nas linhas 1, 2 e 3 da tabela integrante da fundamentação do voto. Sem prejuízo de a referida documentação poder voltar aos autos da ação pelas vias legais. (STJ. RHC 127.038/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020)"

Temos, então a seguinte Tabela:

	DOCUMENTOS	RESPONSÁVEL PELA ENTREGA	NATUREZA
1	Grupo 1 (fls. 98/169)	Familiares da vítima	Cópia
2	Grupo 1 (fls. 170/171)	Familiares da vítima	Original
3	Grupo 2 (fls. 657/658)	Familiares da vítima	Original
4	Grupo 2 (fls. 659/661)	Familiares da vítima	Cópia
5	Grupo 2 (fls. 662/680)	Sem indicação	Original carimbado e assinado
6	Grupo 2 (fls. 681/682)	Sem indicação	Cópia
7	Grupo 2 (fl. 683)	Sem indicação	Original carimbado e assinado
8	Grupo 3 (fls. 743/744)	Sem indicação	Originais
9	Grupo 3 (fls. 745/748)	Sem indicação	Originais em português
10	Grupo 3 (fl. 749)	Sem indicação	Originais
11	Grupo 3 (fl. 750)	Sem indicação	Originais em português
12	Grupo 4 (fls. 1455/1481)	Sem indicação	Originais ou cópias autenticadas
13	Fl. 628 (não refutado)	Familiares da vítima	Sem indicação
14	Fls. 630/653 (não refutado)	Familiares da vítima	Sem indicação
15	Fls. 712/717 (não refutado)	Familiares da vítima	Sem indicação

Cumpre lembrar que o Caderno de Investigações às f.98-169 estava nos autos, sendo entregue pelo advogado Juan Pablo Peña Martinez, a pedido de familiares da vítima, sendo que o mesmo foi, agora remetido através de ofício pela autoridade boliviana e juntado aos autos, satisfazendo as exigências do STJ.

Observe-se que, pela origem, foi cumprida a ordem do STJ, conforme certidão de f. 3.228.

Temos agora no recurso novo pedido de nulidade de juntada dos documentos bolivianos, mas "à luz da legislação processual, tanto a anterior quanto a vigente, a preclusão *pro judicato* impede novo pronunciamento judicial acerca de matérias novamente alegadas, mesmo as de ordem pública, por se tratar de matéria já decidida, ainda que em autos ou recurso diverso, mas relativos à mesma causa. Precedentes. (STJ. AgInt no REsp 1595313/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 26/08/2020)".

Atente-se ainda ao seguinte: pela hierarquia, não tem com a 1ª Câmara Criminal rever questão decidida em acórdão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, mormente quando assinalada a ausência de prejuízo.

Portanto, não conheço do referido pedido devido.

Temos, agora, uma série de nulidades anteriores ao recebimento da denúncia: b) nulidade de diligência na fase policial, consistente no cumprimento do mandado de busca e apreensão, por inobservância das formalidades legais, ausência de acompanhamento de testemunha civil, apreensão de objetos não relacionados com o crime (1.700 dólares, 3.300 reais e aparelho DVR); c) nulidade da reprodução simulada do homicídio por falta de intimação da defesa para acompanhar, ferindo o princípio do contraditório; d) desentranhamento de laudo pericial de material que não consta no rol de bens apreendidos, qual seja, DVD-R de marca "Plaston", e) nulidade da pronúncia por excesso de linguagem, um vez que contém afirmações entre elas, que esfaqueou a vítima.

Pois bem. O sistema de nulidades é atrelado a dois fatores.

O primeiro é o temporal, uma vez que "*nos termos do artigo 571, inciso I, do Código de Processo Penal, as máculas ocorridas no decorrer da instrução criminal dos processos de competência do júri devem ser arguidas em sede de alegações finais, sob pena de preclusão. Precedentes. (STJ; EDcl-HC 589.547; Proc. 2020/0143916-6; CE; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 01/09/2020; DJE 16/09/2020)".*

O segundo é de ordem material, ou seja, para haver a nulidade deve estar comprovado o prejuízo e, ainda que de forma, a ausência do ato ou sua renovação teria condão de beneficiar o acusado.

Faço tais distinções, porque apontadas nulidades da fase policial e, como é de conhecimento geral, nulidade no inquérito policial não tem o condão de macular a ação penal, bem como, ninguém pode ser pronunciado com base *exclusivamente* com os elementos informativos colhidos nesta fase.

Em relação à ausência de formalidades no mandado de busca e apreensão e auto de apreensão foram arguidas:

a) a ausência de exibição e leitura do mandado e ausência de cumprimento do Manual de Procedimentos da Polícia são questões acobertadas pela preclusão, uma vez que não foram arguidas até as alegações finais (f.1047-1.050/1.279-1.284/1.729/1.766-1776/1.787-1.797/1.951-1.999/2.643-2652/2.666-2.670/2.694-2.698/2.732-2.733/2.784-2.786).

b) "*De outra parte, a circunstância de não constar no termo de busca e apreensão a assinatura de testemunhas, especificamente designadas para tal fim, conforme dispõem os arts. 245, § 7º [...] não tem o condão de ensejar a nulidade da diligência sub judice, por se tratar de mera irregularidade formal. (STJ. RMS 31.050/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 13/10/2011).*

Atente-se que os policiais que participaram da diligência assinaram como testemunhas, não havendo comprovação de impedimento ou prejuízo.

No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima[1] aponta que *"A ausência de testemunhas presenciais ao cumprimento da diligência de busca domiciliar é considerada mera irregularidade".*

c) Eventual agressão sofrida pela esposa do recorrente, além de não ter sido matéria arguida no tempo oportuno, havendo preclusão, deve ser objeto de procedimento autônomo.

Aliás, temos no Sistema Integrado de Gestão Operacional-SIGO:

(...)

1 LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado.* 4ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2019 p.700.

Temos o registro de lesão corporal dolosa (vítimas R. M. S. e Delegado F. P.), desobediência, resistência e ameaça supostamente praticado por S. A. I., esposa do recorrente F. em 29 de março de 2019[2] durante o cumprimento do referido mandado de busca e apreensão (Registro 1670, do Sistema Integrado de Gestão Operacional -Sigo), sendo, ainda que S. registrou uma ocorrência da suposta prática de lesão corporal dolosa e de exercício arbitrário das próprias razões (Registro 1683, do Sistema Integrado de Gestão Operacional -Sigo).

Assim, referida questão sequer deveria integrar o recurso, por ser alheia aos fatos envolvendo F.

c) apreensão de objetos que não constavam no mandado de busca e apreensão: questão acobertada pela preclusão, uma vez que não arguidas até as alegações finais (f. 1047-1.050/1.279-1.284/1.729/1.766-1776/1.787-1.797/1.951-1.999/2.643-2652/2.666-2.670/2.694-2.698/2.732-2.733/2.784-2.786).

Registro apenas que, caso a defesa técnica entenda oportuno, deve entrar com pedido de restituição de bens.

Nulidade da reprodução simulada de homicídio ante a ausência de intimação da defesa para acompanhar a realização do ato.

Para análise da referida preliminar, mister fazer uma linha temporal, sobre a defesa técnica de F.

Inicialmente, o recorrente foi ouvido sobre os fatos, na Delegacia de Polícia, em 12 março de 2019, sem advogado (f.44):

Termo de Depoimento (...)

Nada foi mencionado sobre defensor constituído.

Há registros de conversa por *whatsapp* de F. com um advogado chamado "Dr. C." após tal data (f.578-592), sendo que o recorrente envia cópias de documentos do inquérito policial (depoimentos) e conversam sobre, em tese, suposto desvio do foco da investigação. Sendo que o relatório com tal conteúdo foi elaborado em 17 de maio de 2019 (f.594).

F. foi preso no dia 29 de março de 2019, conforme informações do Sistema Integrado de Gestão Operacional -Sigo e a reprodução simulada ocorreu no dia 8 de abril de 2019 (f.778-817).

Em 01 de abril de 2019, nos Autos n. 0001646-50.2019.8.12.0008 - Pedido de Prisão Temporária, foi juntada procuração da defesa técnica de F. para obter acesso aos autos.

O recorrente outorgou procuração aos advogados Dr. C. M. C. A. da S. (OAB/MS ***) e Dr. T. P. M. (OAB/MS ***) que não praticaram nenhum ato no processo e, em 9 de maio de 2019, informaram à renúncia ao mandato com o seguinte teor:

Termo de renúncia (...)

Daí se extrai o seguinte: a atuação era restrita aos pedidos de prisão cautelar e não houve comunicação no inquérito policial.

2 "*Comparece nesta delegacia Comunicante/vitima relatando que nesta data e horario supra estava na companhia de sua equipe de trabalho (policiais lotados na DEH) bem como com policiais civis lotados no GARRAs, todos com a missão de cumprir mandado de busca e apreensão bem como prisão temporária (autos 0001646-50.2019.8.12.008) expedido pela 1ªVara Criminal de Corumbá, na residência do Delegado de Polícia F. A. C.,[...] . QUE as equipes policiais já estavam no interior da residência devidamente identificados, bem com já havia sido informado ao Delegado F. sobre a situação, oportunidade em que o mesmo comunicou sua espos*a S. A. I., ora autora, tendo a mesma também tomado ciência da situação [...] QUE no momento desta abordagem, a autora passou a oferecer resistência, se negando a acompanhar o comunicante vítima, além de proferir xingamentos, sendo necessário que o comunicante/vitima a segurasse pelo braço retirando-a do interior do veículo onde ela tentava embarcar, isso ao mesmo momento em que ela estava com uma criança no colo, oportunidade em que a autora passou a morder o comunicante/vitima causando lesões no braço direito. Que diante da situação gritou por apoio aos colegas que já vinham em seu auxilio (os nominados acima)os quais também foram ofendidos sendo o Delegado P. também lesionado com mordidas na mão direita;[...]"

F. foi interrogado, na fase policial, em 24 de maio de 2019, acompanhado do Dr. R. S., OAB/MS *** (f.702-706).

Nos Autos n. 0001646-50.2019.8.12.0008 apresentada a procuração de F. outorgada ao Dr. R. S., OAB/MS *** Dr. H. S. OAB/MS *** (f.1.145) em 12 de abril de 2019 apenas em 12 de junho de 2019 (f.1.126).

Assim, conforme temos nos presentes autos (f. 880), F. outorgou procuração aos seus novos advogados, Dr. R. S. e Dr. H. S. em 12 de abril de 2019 (f.881), data posterior à reprodução simulada do homicídio, que aconteceu no dia 8 de abril de 2019 (f.778-817).

Apenas o laudo pericial foi confeccionado no mês de maio/2019.

O que temos é que não há provas que na data de 8 de abril de 2019 F. tinha defesa técnica constituída para atuar no inquérito policial, com as devidas comunicações.

Ficou bem claro que os primeiros advogados constituídos foram contratados apenas para atuarem na questão das prisões de natureza cautelar, apresentando procuração apenas em juízo, com renúncia e sem qualquer atuação.

Quanto à intimação do acusado, na data dos fatos, F. estava preso em Campo Grande-MS e, nada iria colaborar com a referida reprodução, pois: a) negou estar com o referido veículo nos dia dos fatos, tendo emprestado a caminhonete do sogro; b) negou ter praticado o crime e estar no local.

Se tal não bastasse, não há comprovação de prejuízo, tanto que o laudo é utilizado no recurso como base para decote de qualificadora, conforme f.3.035-3.036: "Também no Laudo de Reprodução Simulada (Pag. 795/796): 'No que diz respeito ao fato da ambulância haver trafegado o percurso com a porta destravada, o que facilitou a ação do atirador, este primeiro signatário informa que momentos antes de realizar a reprodução simulada indagou ao acadêmico se ele sabia o porquê, sendo informado que o estudante também indagou ao motorista a mesma dúvida, obtendo como resposta que seria o temor a alguma emboscada e que se acaso isso ocorresse ao menos o atirador não dispararia sem ter a certeza de quem deveria matar, ou seja, não dispararia a esmo.' Não resta dúvida de que TODOS sabiam que a execução continuaria até a consumação do crime, desde os familiares até o motorista da ambulância, por isso a vítima foi retirada do hospital e a ambulância trafegava com as portas destravadas. Tudo isto torna impossível concluir que o atirador (seja lá quem tenha sido) agiu de inopino".

Assim, rejeito a preliminar arguida.

Nulidade de laudo pericial de DVD-R

Em relação ao laudo pericial do DVD-R, da marca Plaston R a preliminar está acobertada pela preclusão, uma vez que não foi arguida até as alegações finais (f. 1047-1.050/1.279-1.284/1.729/1.766-1776/1.787-1.797/1.951-1.999/2.643-2652/2.666-2.670/2.694-2.698/2.732-2.733/2.784-2.786).

Tal fato é fácil de constatar por ausência de decisão na pronúncia (f. 2.830-2.846).

Excesso de linguagem

Aponta a defesa técnica que a decisão de pronúncia padece de nulidade, uma vez que traz "*trechos carregados do prejulgamento que acompanha o magistrado desde o início do processo, não por outro motivo o excesso de linguagem vem sendo questionado desde a conversão da prisão temporária em preventiva*".

Aqui, faço uma observação.

Por essa Câmara Criminal e pelo Superior Tribunal de Justiça rechaçaram referida alegação de excesso de linguagem no decreto de prisão cautelar no julgamento do Habeas Corpus n. 1408318-16.2019.8.12.0000 e no RHC n. 116.560 (2019/0237340-7).

Para facilitar a análise da referida preliminar, transcrevo parte da pronúncia, com destaques ao trechos apontados como excessivos na linguagem e, logo a seguir, a conclusão:

> *"No caso vertente, a materialidade é inconteste e está demonstrada pelo Boletim de Ocorrência nº 1035/2019 (f. 16-17), pelo laudo de exame em veículo de f. 973-981, pelo laudo necroscópico de f. 2270-2276, bem como pela prova oral produzida nos autos, mormente o depoimento da testemunha presencial Abdel Hafes Kaed Ibayrat.*
>
> *Quanto à autoria , em que pese o acusado ter negado, tanto na fase policial quanto em juízo, qualquer envolvimento no delito, a realidade dos autos indica existir indícios suficientes de ter sido Fernando Araújo da Cruz Júnior o autor dos disparos de arma de fogo que vitimaram Alfredo Rengel Weber , especialmente pelo teor das conversas extraídas do Whatsapp do aparelho celular do próprio acusado, bem como pela oitiva em juízo da testemunha Abdel Hafes Kaed Ibaytat, corroborado pelo depoimento na fase policial das testemunhas Silvio Montero Marcos e Lourival Matias da Silva.*
>
> *Note-se que quando ouvido perante o juiz a testemunha Abdel Hafes Kaed Ibaytat relata que estava trabalhando em um Hospital na Bolívia e foi o profissional da área de saúde designado para acompanhar a transferência de uma pessoa esfaqueada para o Pronto Socorro de Corumbá/MS. Aduziu que estava dentro da ambulância quando, durante o trajeto de deslocamento para este Município, já em território brasileiro, a ambulância fez uma parada e na sequência foi aberta a porta do compartimento de trás, onde o depoente, a vítima e seus dois familiares estavam. Neste momento, a pessoa que a abriu a porta do veículo perguntou ao depoente o que estava acontecendo, tendo o depoente respondido: 'estamos levando uma pessoa ferida' e, enquanto olhou para o paciente, já foram efetuados os disparos de arma de fogo contra o ofendido. Destaca o depoente que durante o deslocamento, a vítima estava muito nervosa, falando de uma briga envolvendo um homem e uma mulher no evento em que ele estava e por discordar como a mulher foi tratada, interferiu na briga deles e acabou esfaqueada. Afirmou o depoente que não pode reconhecer o autor dos disparos, mas que seria uma pessoa jovem, alta, branca com cabelos curtos e que se utilizou de uma arma prateada para efetuar os disparos. Por fim, destacou que também foi ouvida na Bolívia e a polícia daquele país lhe solicitou para fazer o reconhecimento fotográfico do autor dos disparos, e eles lhe mostraram três fotografias, sendo que uma delas era do acusado Fernando (depoimento audiovisual de f. 1426-1427).*
>
> *Por sua vez, a testemunha Silvio Montero Marcos, o motorista da ambulância que conduzia a vítima, quando ouvido na fase policial afirmou que: [...] que em razão de ter sido informado que o esfaqueado seria transportado para Corumbá/MS, o depoente passou a preparar a ambulância (uma Toyota Hilux), ou seja, os equipamentos necessários ao socorro; Que o esfaqueado foi acomodado na ambulância, sendo que uma irmã de nome Elvira e uma filha da vítima (cujo nome não sabe), além do médico interno Abdel Hafes Kaes, acompanharam o transporte estando no compartimento onde estava o paciente (na cabine de direção do veículo estava somente o depoente); Que saiu rumo ao Brasil com a sirene e luzes de emergências acionadas, sendo que, ao entrar no Brasil, passou pelo lado direito do prédio da receita federal (local onde passam ônibus) afirmando que naquela data estavam vários homens do exército, porém não foi abordado ou parado, eles retiraram os cones antes mesmo do depoente parar, acreditando que fora em razão de estar com a sirene e luzes de emergência ligadas; Que não chegou a ver se estava sendo seguido por algum outro veículo; Que seguiu trajeto, passou o pátio onde ficam os veículos apreendidos, o posto da PRF onde tem duas lombadas e, ao passar na frente do cemitério, onde tem duas alças de acesso (uma de cada lado), viu que um veículo saiu da alça de acesso do lado direito (de quem vem do Brasil para Bolívia), sendo que tal veículo interceptou a trajetória do depoente que seguia pela rodovia obrigando-o a parar; Que como o automóvel parou na frente da ambulância (atravessado na frente), o depoente pode ver que se tratava de uma caminhonete Chevrolet S10, de cor escura, (não sabendo precisar exatamente a cor ou se era cabine simples ou dupla); Que não viu a placa da caminhonete, mas pelo que viu da mesma acredita que era brasileira, pois há bem poucas caminhonetes S10 na fronteira boliviana (há muitas toyotas), bem como as caminhonetes bolivianas são mais adornadas; Que desta caminhonete desceu um homem do*

lado do motorista, passou pela frente da caminhonete de que desceu, e veio pelo lado direito da ambulância, passando a cabine da ambulância e continuou caminhando, sendo que logo em seguida ouviu os disparos (cerca de quatro disparos), tendo o depoente se assustado engatado a marcha (não chegou a desligar o motor) saindo pelo lado direito, desviando da caminhonete, pegando a pista novamente logo à frente;[..] [...] Que não tem condições de reconhecer aquele homem, pois alega que não olhou para ele e sim ficou olhando para a caminhonete que estava na sua frente; Que viu apenas que era um jovem, alto, branco, magro/forte, não tendo mais nenhum detalhe a informar sobre tal homem[...] (depoimento de f. 65-68)

Já a testemunha Lourival Matias da Silva relatou, quando ouvida na fase inquisitorial, que: [...] Foi presidente da 'Associacion de Ganaderos de Puerto Suares' por uma vez, entre os anos de 2017 e 2018. Que a eleição para a presidência da associação foi em 23/02/2019 e o declarante concorreu à reeleição, tendo deixado a presidência pouco antes para se desimcompatibilizar a fim de poder concorrer; Que o candidato com quem disputou a eleição em 23/02/2019 foi Assis Aguilera Petzold. Que a eleição aconteceu pela manhã daquele dia, tendo o resultado sido anunciado por volta das 16:00h. Que o depoente perdeu a eleição, tendo sido eleito como presidente Assis Aguilera Petzold. Que após o resultado anunciado o depoente retirou-se da associação e foi para sua casa, acompanhado de sua filha e sua namorada; Que ficou em sua casa em Puerto Suarez até o dia seguinte, tranquilamente, até que, pela manhã, funcionários do declarante foram procurá- lo e disseram que haviam ouvido sobre uma briga ocorrida na associação de ganadores onde um associado havia sido morto e pensaram que seria o depoente; Que só então foi buscar algumas informações sobre o ocorrido e ouviu que o associado Alfredo Rangel, conhecido pelo apelido de Ganso, teria sido esfaqueado na associação e, quando foi socorrido para o Brasil, a ambulância foi interceptada e alguém o teria matado a tiros. Que houve vários comentários na região de Puerto Suarez de que o autor das facadas e dos disparos teria sido o genro de Assis Aguilera, o delegado de polícia brasileiro Fernando. Que durante a eleição o depoente viu e cumprimentou a filha de Assis, de nome Silvia Aguilera e o marido dela, o delegado Fernando [...] depoimento de f. 335-337.

Os indícios de autoria são reforçados pelas imagens das câmeras de segurança localizadas na Rodovia Ramon Gomes, que liga esta cidade com a Bolívia, e especialmente pelos diversos diálogos extraídos do aplicativo do Whatsapp do aparelho celular do acusado Fernando.

Pelas imagens das câmeras de segurança localizadas na Rodovia Ramon Gomes é possível verificar o momento que a ambulância com a vítima passa pela rotatória próximo à Agesa e, logo atrás, segue uma camionete S10, cor escura, cabine simples, provavelmente o veículo utilizado na prática do crime.

Esta camionete modelo S10 foi, em tese, utilizada pelo acusado para realizar a abordagem da ambulância na Rodovia Ramon Gomes, conforme informações contidas no relatório de investigação policial de f. 81- 97.

Merece destaque ainda que, conforme relatado pela testemunha Valdenir Ortiz, a partir da segunda-feria após o delito, o acusado Fernando não foi mais visto utilizando a sua camionete S10, tampouco o veículo foi visualizado no estacionamento da Delegacia (depoimento de f. 327-327).

Ainda, das periciais realizadas nos objetos apreendidos nos autos, o aparelho celular do acusado Fernando foi o que apresentou maiores elementos de provas para a investigação.

Das diversas conversas gravadas no aplicativo do Whatsapp do celular do réu, merece destaque e corroboram os indícios de autoria do crime em tela os diálogos que o réu Fernando manteve com a sua esposa Silvia, com investigador Emmanuel (também denunciado nos autos) e com o Coronel Medina, comandante da FELCC, na época dos fatos.

O réu Fernando manteve várias conversas pelo aplicativo do Whatsapp com o investigador/acusado Emmanuel, nas quais é possível verificar que Fernando, em tese,

solicita ajuda do investigador para modificar instrumentos do crime, como levar armas para a Bolívia para que estas fossem alteradas. Pode se observar que eles supostamente conversam sobre o crime e sobre as testemunhas que presenciaram estes

fatos, bem como sobre o incômodo com as pessoas que estariam ajudando nas investigações, inclusive conversas com teor de ameaças de colocar granada nas residências destas pessoas e na Delegacia. Também existem diálogos entre Fernando e Emmanuel em que eles planejam, em tese, criar maneiras de dificultar os trabalhos da investigação, com a criação de informações falsas do autor das facadas, conhecido como contrainteligência.

Já com a sua esposa Silvia, o acusado Fernando possui conversas em que supostamente tratam sobre as imagens das câmeras de segurança do local onde a vítima foi inicialmente esfaqueada, sobre a identidade do motorista da ambulância e a maneira como ele deveria depor na Bolívia.

Quanto ao Coronel Medina, responsável pela FELCC, responsável na época pela força policial mantida pela República da Bolívia, vinculada ao Executivo Federal daquele País, observa que Fernando relata, em tese, como ocorreram os fatos e pede ajuda para atrapalhar as investigações que ocorriam na Bolívia.

Todos estes elementos indiciários constam no Relatório de Análise de Dados juntado aos autos às f. 453- 594. Calha mencionar que há outros Relatórios de Análise de Dados juntados aos autos e que também apontam indícios de autoria do crime de homicídio ao acusado Fernando Araújo da Cruz Júnior.

Por fim, calha mencionar que o acusado Emmanuel ao ser interrogado em juízo, nega ter prestado qualquer auxilio ao acusado Fernando, contudo, confirma ser verdadeiro o teor das suas conversas travadas pelo aplicativo do Whatsapp com Fernando, assim como os pedidos feitos por Fernando.

Destarte, considerando que há prova da existência do fato e indícios suficientes de autoria do delito, rejeita-se o pedido de impronúncia e, via de consequência, impõe-se a pronúncia do réu Fernando da Araújo da Cruz Júnior.

II.II – Das Qualificadoras

Quanto às qualificadoras, vale lembrar que o afastamento delas somente pode ocorrer quando forem elas 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 indicam a presença da qualificadora, porquanto o crime em comento, em tese, foi cometido por vingança, uma vez que, segundo consta, o acusado não aceitava o fato de ter ocorrido uma anterior discussão com o envolvimento de sua esposa Silvia, ocorrida na associação de criadores de gado na Bolívia, local em que a vítima foi inicialmente esfaqueada pelo réu.

Note-se que a testemunha Abdel Hafes Kaed Ibayrat, responsável da área de saúde que estava com a vítima na ambulância, tendo relatado afirmado na Delegacia e confirmado em juízo que a vítima durante o trajeto falava sobre o que teria acontecido e: [...] narrou algo sobre um evento social no qual estava e sobre uma discussão entre duas pessoas, possivelmente um homem e uma mulher, na qual ele (o paciente) teria interferido por discordar da maneira como uma dessas pessoas (a mulher) foi tratada. Teria dito ao envolvido na briga algo como 'Na minha frente você não fará isso' Que o paciente dizia em espanhol algo como que "Não aceitava aquelas ofensas, que se tal pessoa dissesse aquilo a ele (o paciente) iria pegá-lo[...]

Assim, existe vertente de prova no sentido que o crime foi praticado por sentimento de vingança, em face de discordâncias pretéritas.

Tem-se entendido que a vingança, dependendo das suas particularidades, pode configurar a qualificadora do motivo torpe, logo, cabe ao Tribunal do Júri analisá-la.

A denúncia ainda faz menção à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, a qual vem descrita no inciso IV do § 2.º do art. 121 do Código Penal, e dispõe 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, há presença de elementos de prova acerca da configuração da aludida qualificadora, pois há indícios de que o acusado, em tese, surpreendendo a vítima, que se encontrava ferida dentro de ambulância e em busca de ajuda médica, desferiu disparos de de arma de fogo contra ela, sem que o ofendido pudesse esboçar reações defensivas (depoimento da testemunha Abdel Hafes Kaed Ibayrat e Silvio Monteiro Marcos).

Dessa forma, a qualificadora em questão deve ser avaliada pelo Conselho de Sentença.

Conforme §1º, do artigo 413, do Código de Processo Penal, " *"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".*

Este é o limite da pronúncia que, de forma alguma, pode invadir a competência do Conselho de sentença e apontar o acusado como autor do fato (juízo de certeza), uma vez que estamos em juízo de prelibação.

Assim, extrai-se das Teses do Superior Tribunal de Justiça[3] sobre o Tribunal do Júri o seguinte:

"TESE 10) A sentença de pronúncia deve limitar-se à indicação da materialidade do delito e aos indícios de autoria para evitar nulidade por excesso de linguagem e para não influenciar o ânimo do Conselho de Sentença.

Como vimos nos comentários à tese nº 8, a sentença de pronúncia deve ser proferida em linguagem sóbria e limitada à indicação dos elementos relativos à materialidade e à autoria do crime. Isto ocorre porque na fase da pronúncia não se esgota o mérito, mas apenas se analisa a existência de elementos mínimos para que o crime seja submetido a julgamento pelos jurados. E, para evitar a indevida influência dos juízes leigos, que podem se impressionar com a fundamentação por demais extensa e eloquente da sentença, a lei impõe que o juiz se restrinja a aspectos mais evidentes e a eles se refira de maneira contida. A análise sobre eventual excesso é, evidentemente, casuística:

"(...) 3. Não há que se falar em excesso de linguagem na decisão de pronúncia, isso porque o magistrado em nenhum momento afirmou juízo de certeza acerca da autoria delitiva, mas apenas indicou as provas, em especial testemunhais, que davam suporte à sua conclusão acerca da existência dos indícios em desfavor do recorrente. 4. A existência de dúvida razoável acerca da ocorrência de disputa automobilística, denominada "racha", em alta velocidade e após aparente ingestão de bebidas alcoólicas autoriza a prolação de decisão de pronúncia, cabendo ao Tribunal do Júri a análise não só do contexto fático em que ocorreu o fato, mas também o exame acerca da existência de dolo ou culpa, uma vez que o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, é de competência do Tribunal do Júri." (AgRg no AREsp 1.456.542/PR, j. 15/08/2019)

"(...) 2. O magistrado, ao pronunciar o réu, deve ser imparcial, mencionando os indícios de autoria e a prova de materialidade, analisando, ainda, as teses levantadas por ocasião das alegações finais. Não pode, todavia, exceder da adjetivação, sob pena de invadir

3 In: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/09/11/teses-stj-sobre-o-tribunal-juri-2a-parte/

o campo do subjetivismo e a competência do Tribunal do Júri para apreciar os crimes dolosos contra a vida, nos termos do previsto no art. 5º, XXXVIII, "d", da Carta Magna. 3. No caso, o Magistrado ao afirmar que "a autoria recai indiscutivelmente sobre a pessoa do réu" e "as testemunhas foram uníssonas em apontar o acusado como autor do fato delituoso", avançou além dos limites que lhe são deferidos, emitindo exame crítico e valorativo dos elementos probatórios dos autos, externando comprovação incontroversa da prática criminosa, encerrando consideração capaz de exercer influência no ânimo dos integrantes do Conselho de Sentença." (HC 403.088/PB, j. 22/08/2017)

TESE 11) É possível rasurar trecho ínfimo da sentença de pronúncia para afastar eventual nulidade decorrente de excesso de linguagem.

Não é raro que sentenças de pronúncia se excedam na linguagem e exagerem nas adjetivações contra o réu, com fundamentação contundente, extravasando os limites a que já nos referimos. Neste caso, a tendência é que se decrete a nulidade da sentença, mas, para evitar isso, é possível rasurar pequenos trechos cuja extração seja suficiente para que a sentença cumpra sua função:

"Conforme entendimento desta Corte Superior, se ocorrer excesso de linguagem em pequeno trecho da decisão de pronúncia, diante do princípio da celeridade processual, admite-se que se proceda à rasura do trecho maculado, sem a necessidade de se anular todo o decisum." (HC 324.689/SP, j. 26/02/2019)"

Questiona a defesa o fato do juiz singular ter afirmado que o veículo que aparece nas imagens é uma S10, modelo de veículo do recorrente F., fato que contesta, pois entende que não comprovado.

Nesse trecho não há excesso de linguagem, pois há duas versões nos autos, tendo o juiz pronunciado o recorrente com base na versão da acusação que encontra amparo no suporte probatório dos autos.

Na denúncia constou que o veículo que interceptou a ambulância seria uma caminhonete GM/S10 (f.02), o que encontra respaldo nos autos, conforme depoimento de L. A. S. em juízo (f.1429).

No Relatório de Análise de Dados, temos, ainda (f.2017-2019):

(...)

(...)

Observe-se ainda que em nenhum momento é afirmado que a caminhonete S-10 era de propriedade ou dirigida por F.

No trecho 02, aponta a defesa técnica que afirmado F. pediu ajuda para "*atrapalhar as investigações"*.

Ocorre que tais palavras foram tiradas do contexto, onde temos: "*Quanto ao Coronel M., responsável pela FELCC, responsável na época pela força policial mantida pela República da Bolívia, vinculada ao Executivo Federal daquele País, observa que F. relata, em tese, como ocorreram os fatos e pede ajuda para atrapalhar as investigações que ocorriam na Bolívia"*.

Portanto, não foi feita uma afirmação absoluta na pronúncia, uma vez que registrado que "*em tese*".

Expõe ainda a defesa que tal trecho é *devaneio* do juiz singular.

Na fase policial, há registro de comunicação entre o recorrente e Coronel G. M. (f.456) e, às f.460, que F., supostamente estaria utilizado estratégia na Bolívia para atrapalhar investigações, em tese, com a colaboração do referido militar boliviano, tendo, inclusive, ao que parece, ido conversar com ele em Santa Cruz de La Sierra (f.550).

Temos ainda às f.548 que o Coronel G. M. foi preso na Bolívia e destituído do cargo por suposto envolvimento com narcotraficantes.

No Relatório de Análise de Dados há o registro de conversas entre F. e sua esposa (fase judicial-f.2031):

> *"Momentos depois S. evidencia a estratégia adotada por F. e sua família, de cooptar os atores do sistema de justiça criminal boliviano com o fim de livrá-lo da imputação pelo crime de homicídio tentado contra A. R. W., referente às facadas desferidas na sede da Associaclón de Ganaderos de Porto Suarez. Em suas próprias palavras: 'a polícia já tá com nós o problema é o ministério público'".*

E, de acordo com as conversas:

> *"Porque imagina se o M. descobre"* (f.2039)
>
> *"mas ninguém feis caso pra ordem do M.*" (f.2.040)
>
> *"porque estão vendo a oportunidade do dinheiro*" (f.2040)
>
> *"então... O M. não é burro e também não vai brigar de frente... Deixa sair dessa e depois recuperamos"* (f.2.041)

Chegamos ao último trecho, "No caso dos autos, os elementos de provas indicam a presença da qualificadora, porquanto o crime em comento, em tese, foi cometido por vingança, uma vez que, segundo consta, o acusado não aceitava o fato de ter ocorrido uma anterior discussão com o envolvimento de sua esposa S., ocorrida na associação de criadores de gado na Bolívia, local em que a vítima foi inicialmente esfaqueada pelo réu."

Aqui podemos fazer a interpretação que o julgador singular se referiu que "*em tese"*, o que já abarcaria todo o parágrafo.

Contudo, tenho que a melhor solução é riscar da pronúncia a frase "local em que a vítima foi inicialmente esfaqueada pelo réu".

Desta forma, o primeiro parágrafo da f.2.842 deve ficar da seguinte forma:

> *"No caso dos autos, os elementos de provas indicam a presença da qualificadora, porquanto* o crime em comento, em tese**,** *foi cometido por vingança, uma vez que, segundo consta, o acusado não aceitava o fato de ter ocorrido uma anterior discussão com o envolvimento de sua esposa S., ocorrida na associação de criadores de gado na Bolívia, "*

Ressalto que a mesma providência foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da HC n. 107.554-MC

> *Como consignou o relator, Ministro Joaquim Barbosa, deve se excluir da pronúncia trechos que contém "valoração e sopesamento de provas, competência exclusiva do Tribunal Popular, que deve ter liberdade para apreciar todos os elementos de convicção constantes dos autos, sem sofrer influência do órgão julgador. A exclusão deverá ser feita riscando ou cobrindo os trechos [...] de modo tal que não possam ser lidos pelos jurados nem de qualquer forma atribuídos ao órgão julgador durante a sessão de julgamento (STF. MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 107.554 ESPÍRITO SANTO RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 25/03/2011 Publicação: 31/03/2011)".*

Desta forma, acolho parcialmente a preliminar.

CONCLUSÃO SOBRE AS PRELIMINARES

I)Não conheço da preliminar de ilicitude das provas oriundas da Bolívia devido a preclusão *pro judicato.*

II)Conheço parcialmente da preliminar de nulidade no cumprimento da diligência de busca e apreensão e no auto de apreensão e, na parte conhecida, rejeito a preliminar arguida.

III)Rejeito a preliminar da nulidade de reprodução simulada do homicídio por falta de intimação da defesa para acompanhar a realização do ato.

IV)Não conheço da preliminar de nulidade do Laudo Pericial n.143.408 referente ao DVD-R da marca Plaston e necessidade de seu desentranhamento pela preclusão.

V)Acolho parcialmente a preliminar de excesso de linguagem da pronúncia e determino que seja riscado do o primeiro parágrafo da f.2.842 a frase "local em que a vítima foi inicialmente esfaqueada pelo réu", de forma que não possa ser mais lido.

No mérito, busca F. a despronúncia, uma vez que não há indícios de autoria.

Temos o seguinte quadro fático que necessita ser repisado: F. é Delegado de Polícia em Corumbá-MS, cidade que faz fronteira com a Bolívia, tendo se casado com S., filha de A. A. P., que é alcaide (prefeito) do município boliviano E. C. R. T.

Anteriormente, S. manteve relacionamento amoroso com O. S. C., que está preso de 2016 em razão de tráfico de drogas e outros delitos.

A., genitor de S., no dia 23 de fevereiro de 2019, concorreu à Presidência "*Associacion de Ganaderos de Puerto Suarez*", evento ocorrido na sede da referida entidade, em Puerto Suarez-Bolívia, sendo que o brasileiro L. M. S. concorria à reeleição.

No evento também estava A. R. W., vulgo "G.", fazendeiro na Bolívia e pessoa envolvida com o narcotráfico[4].

Conforme f. 83, havia comentários entre populares no sentido de que, em tese, A. também seria envolvido com o narcotráfico e que, também em tese, a criação de gado seria meio utilizado para lavagem de dinheiro, estratégia também empregada por A.

A. foi o vencedor do certame, havendo um churrasco comemorativo, sendo que A. esteve no local até o final da apuração dos votos.

Na *"Associacion de Ganaderos de Puerto Suarez*", A. foi esfaqueado e, devido à gravidade de seu estado de saúde e à falta de recursos na cidade, precisou ser transferido para um hospital com mais recurso, sendo Corumbá-MS a cidade mais próxima.

Desta forma, A. foi colocado em ambulância, sendo acompanhado de profissionais da saúde e familiares com destino à Corumbá-MS, sendo que após atravessar a fronteira, em plena rodovia, a ambulância foi interceptada e parada por um veículo, aparentemente uma S-10 preta.

Do referido veículo desceu um homem que abriu a porta da ambulância e efetuou disparos de arma de fogo contra A., sendo a vítima atingida e levada a óbito, tendo a ambulância retornado para Bolívia.

A família da vítima não registrou a ocorrência, chegando ao conhecimento da autoridade policial pela imprensa (f.16/34).

Dias após o homicídio passou a circular em Corumbá-MS, nas palavras da Delegada de Polícia T. Z. e S., *"muitos comentários e até 'memes' circulando no whatsapp, dando conta que o autor do homicídio ocorrido na ambulância seria o Delegado de Polícia Civil F. A."* (f.35).

4 Condenado por tráfico de cocaína em Santa Catarina APR 1344 SC 1996.000134-4.

G. C. N. S., investigador de polícia judiciária, contou que "*chegou a ouvir de pessoas que estudam na Bolívia ou que eventualmente passaram pelo país vizinho e residem em Corumbá, que o delegado F. estava envolvido na morte do homem na ambulância"* (f.40).

Iniciadas as investigações, podemos sintetizar o caso da seguinte forma: em Puerto Suarez-Bolívia, no dia 23 de fevereiro de 2019, durante o evento ocorrido na sede da "*Associacion de Ganaderos de Puerto Suarez*", a vítima A. encontrou com S. e passou a cobrá-la e fazer ameaças em razão de dívidas supostamente deixadas por seu ex-marido.

O. confirmou que fez negócios de gado com A., mas negou ter deixado dívidas (f.447).

Ao que parece, F. se envolveu na discussão e teria levado um tapa no rosto, sendo que, em tese, teria então desferido facadas em A.

O local era monitorado por câmeras de vigilância, mas as gravações do DVD-R não foram localizadas, tendo sido, supostamente subtraídas (f.94/243/2.286).

Após tal fato, A. foi levado para o Hospital San Juan de Deus, em Puerto Suarez.

G. C. C., brasileiro que estava de plantão no Hospital San Juan de Deus em Puerto Suarez, na Bolívia, expôs, na fase policial, foi comentado no hospital que A. desferiu um tapa no rosto de um homem, após desentendimento, que este veio, o abraçou e desferiu as facadas, havendo forte boato no dia posterior que havia sido um policial brasileiro (f.58).

De acordo com Relatório Policial (f.559-560), o Coronel G. M. teria, supostamente, encaminhado um áudio em que uma mulher desconhecida, em tese, explica o que ocorreu na *"Associacion de Ganaderos",* aponta S. como causadora da confusão e F. como autor das facadas.

N. A. M. W. informou, na fase policial na Bolívia, que não conhecia F., mas o apontou como sendo a pessoa que, em tese, desferiu as facadas em seu primo (f.1.480)

Na fase judicial, retornaram aos autos de forma oficial os documentos de f.2.252/2.259-2.260/2.286, onde F. foi apontado perante a autoridade policial boliviana como a pessoa que, em tese, teria desferido as facadas em A.[5].

Ainda, em juízo, temos laudo com conversa de *whatsapp* onde S., esposa de F., traz cópia do depoimento prestado por testemunha na polícia boliviana onde o recorrente foi reconhecido como suposto autor das facadas (f.2.545-2.547).

S. e F. discutem sobre álibis para o fato ocorrido na Bolívia (f.2.551-2.552- fase judicial).

A. H. K. I., brasileiro e estudante de medicina do último ano que estava no dia dos fatos no Hospital San Juan de Deus em Puerto Suarez, na Bolívia, narrou que embarcou na ambulância para trazer A., consciente, estabilizado e nervoso, para Corumbá-MS, junto com sua filha, irmã e o motorista S. M. Apontou que A. falou sobre uma briga entre um homem e uma mulher, que teria interferido e ainda dizia que *"não aceitava aquelas ofensas, que se tal pessoa dissesse aquilo a ele (o paciente) iria pegá-lo"*. Apontou que o veículo diminui a velocidade para fazer uma curva, como estivesse desviando de algo, sendo que a havíamos passado a fronteira e o quebra-molas quando a ambulância parou e subitamente um homem abriu a porta lateral do veículo, olhou a vítima e perguntou em português *"o que aconteceu com ele?*" e estava falando quando ouviu o primeiro tiro acompanhado dos demais. Relatou que não viu o rosto do atirador, mas a arma era prateada e, no dia seguinte, S. M. disse que ambulância foi interceptada por uma caminhonete, de cor preta, modelo S10 (f.51-55/390-391/618).

5 Conforme *whatsapp* de S. enviado para F. (f.2.559): "*agradece m. e pedi pra a polícia não notificar mais..por que dice que os policiais de Porto querem que saiam teu nome das testemunhas.. E só pedir ampliatória pra aqueles que escutaram que foi vc digam que não confirmam que foi vc*".

Temos um trecho de *whatsapp* onde E. diz para F. "*é negócio o médico não falar e acho que não vai"* (f. 368).

Em juízo (áudio disponível no SAJ, às f. 1.429), A. H. K. I. confirmou que estava no hospital San Juan de Deus quando a vítima chegou esfaqueada e estava dentro da ambulância, pois faria o acompanhamento até a Santa Casa de Corumbá-MS, sendo que, no veículo estavam também duas parentes da vítima. Expôs que a ambulância parou, a porta se abriu e foi feita a pergunta "*o que está acontecendo?*", sendo efetuados os disparos de arma de fogo a curta distância. Confirmou que a vítima A., durante o trajeto, conversou, apesar de nervoso com a situação. Esclareceu que A., nervoso, falava de uma briga em um evento social. Disse que S. veio prestar depoimento no Brasil acompanhado de G. e em momento algum mencionou ter sido pressionado, sendo que depois não foi mais visto no hospital, não sabendo o que ocorreu com ele. Apontou que não tem como reconhecer o atirador, mas é um homem jovem, de cabelos curtos, com um revólver prateado. Esclareceu que prestou depoimento na Bolívia e uma pessoa se identificando como K., filha da vítima, ligou sabendo se poderia reconhecer a pessoa que efetuou os disparos, sendo que várias pessoas no hospital chegaram perto, tentando saber o que havia acontecido.

Conforme f. 88, F. possui uma arma de fogo que se encaixa nas características informadas por A. e durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão o recorrente se limitou a dizer que não iria apresentar o revólver .357 registrado em seu nome (f.378).

E., em juízo (áudio disponível no SAJ, às f. 1.786) confirmou que conversava pelo whatsapp com F. e que não levou as armas para a Bolívia, tendo mentido que iria fazê-lo.

S. M. M., motorista da ambulância, na fase policial, consignou que "*como o automóvel parou na frente da ambulância (atravessado na frente), o depoente pode ver que se tratava de uma caminhonete Chevrolet S10, de cor escura,(não sabendo precisar exatamente a cor ou se era cabine simples ou dupla); QUE não viu a placa da caminhonete, mas pelo que viu da mesma acredita que era brasileira, pois há bem poucas caminhonetes S10 na fronteira boliviana (há muitas Toyotas), bem como as caminhonetes bolivianas são mais adornadas; QUE desta caminhonete desceu um homem do lado do motorista, passou pela frente da caminhonete de que desceu, e veio pelo lado direito da ambulância, passando a cabine da ambulância e continuou caminhando, sendo que logo em seguida ouviu os disparos (cerca de quatro disparos), tendo o depoente se assustado engatado a marcha (não chegou a desligar o motor) saindo pelo lado direito, desviando da caminhonete, pegando a pista novamente logo à frente"* (f.67) .

Registre-se que em conversa de *whatsapp* entre F. e E. este diz que S. irá falar que a caminhonete que interceptou a ambulância *"era grande com quatro caras*" (f.369) fazendo referência a *"pistolagem*" (f.370-371).

Nos autos temos a sequência das imagens das câmeras de vigilância da fronteira Bolívia-Brasil - as imagens da referida câmera de vigilância encontram-se digitalizadas às f.197-206 - com a ambulância e uma caminhonete que, *aparentemente*, é uma GM-S10 de cor preta.

Temos, ainda, às f. 87, o comparativo entre o veículo utilizado na prática do crime e a caminhonete de F.

Em conversa de *whatsapp,* E. pergunta para F. "*na filmagem da ver bem vc*" (f.366) sendo respondido "*não da nem pra ver que tava sem placa"* (f.367).

Na fase judicial, temos o registro de uma conversa de *whatsapp* entre D. – investigador de polícia – e o recorrente, onde F. diz, ao ser indagado sobre imagens desfavoráveis: *"no máximo vão ver eu saindo e voltando com minha caminhonete sem placa"* (f.2.510).

Note-se que na fase policial F. não negou o entrevero entre ele, sua esposa e a vítima na Bolívia, as ameaças feitas por A. e, ainda confirmou disse que depois que deixou a associação foi para a casa de um amigo e, ao cruzar a fronteira, viu a ambulância (f.703).

L. A. S., investigador de polícia judiciária, em juízo (áudio disponível no SAJ, às f.1.429), narrou que S. foi à Delegacia para modificar o depoimento prestado à Corregedoria de Polícia. Contou que fez diligência no ocorrido no solo boliviano, após contato com o cônsul boliviano, tendo desaparecido o DVD-R com as imagens, colhendo informações da autoridade boliviano do esfaqueamento na "*Associacion de Ganaderos*" e que o autor era um Delegado de Polícia brasileiro, sendo que pelos levantamentos seria F.. Apontou que, de início, obtiveram informações da morte do boliviano em Corumbá-MS por um policial, correndo notícias em redes sociais que o autor era um Delegado brasileiro, sendo que obtiveram imagens e identificaram a caminhonete utilizada no crime e, pelas informações colhidas, seria de propriedade do acusado. Disse que, em seguida, entraram em contato com a autoridade boliviana, havendo a informação que testemunhas reconheceram F., sendo que o motivo foi o fato de A. ter se dirigido à esposa do recorrente e ter havido uma confusão. Deixou claro que manteve claro contato com autoridade policial boliviana. Afirmou que após colhidos depoimentos da Corregedoria, os acusados visitaram a testemunha que reportou se sentir coagida e com medo, sendo que obtiveram as imagens de vídeo com a presença dos dois recorrentes no local. Expôs que trabalhou junto à Corregedoria e, durante a oitiva das testemunhas, E. abriu a porta, deu uma visualizada e foi embora, sendo de conhecimento de todos o que estava acontecendo, sendo que tal fato não é comum. Entende que é tácito que não se adentra ao local onde há oitiva de testemunhas pela Corregedoria e, ainda, após tal fato, foi colocado um policial no local. Registrou que durante a investigação E. foi saber o motivo pelo qual não se lavrou uma ocorrência. Reitera os relatórios em todos os termos. Esclareceu que o "*meme*" de f.176 estava circulando em grupos de *whatsapp*, compartilhado por várias pessoas, cogitando-se ser de autoria de A., mas somente o áudio foi identificado como dele. Confirmou a informação obtida na Bolívia que A. desferiu um tapa no rosto de F. e de que a caminhonete seria uma S10, de cor escura, preta ou azul-marinho. Consignou que a vítima era ligada ao narcotráfico.

S. R. A. S., em juízo (áudio disponível no SAJ, às f.1.429), narrou que no dia de seu plantão recebeu duas ligações e uma delas reportava que o Delegado F. pedia para registrar uma ocorrência de preservação de direito e que não era para chutar para frente, sendo que era horário avançado da noite. Contou que chegaram duas pessoas com sotaque "*portunhol*", mas não fez o atendimento e disse que não tinha como fazer o Boletim de Ocorrência no momento. Esclareceu que o teor do Boletim de Ocorrência seria para modificar depoimento prestado na Corregedoria de Polícia e ao término de seu plantão viu ligações de F., que disse que não era nada urgente. Confirmou que quando a morte de A. veio à tona, F. mostrou um áudio em que um investigador mandava para o outro que poderia comemorar que foi ele, havendo desavença com um ex-policial que o recorrente havia prendido. Afirmou que F. disse que "*não ia deixar barato*" e iria investigar os policiais, tendo desavença com A. Esclareceu que E. não trabalhava mais no local e, como não tem ascensão hierárquica, não é praxe cobrar do colega lavratura de ocorrência. Apontou que todo mundo sabia que a Corregedoria estava ouvindo pessoas no Cartório Central, sala que não é usada, sendo incomum um policial ir ao local. Apontou que a sala não estava identificada e, sem saber que a Corregedoria estava no local, não haveria como ir lá para cumprimentar alguém.

Aqui faço uma observação, conforme conversas de *whatsapp*, após os *memes* apontando F. como o autor do homicídio que vitimou A., em tese, o recorrente iniciou um trabalho que chamou de "*contra-inteligência"*, fazendo outros memes, com pessoas aleatórias, apontando-as como sendo "*El assecino de ganso*" (f.494-498).

H. R. S., em juízo (áudio disponível no SAJ, às f.1.429), expôs que recebeu uma ligação do S. informando que F. telefonou dizendo que os bolivianos iriam fazer uma boletim de ocorrência de preservação de direito, com outra versão do que disseram na Corregedoria, sendo reportado à autoridade de plantão, que pediu para não fazer a ocorrência. Expôs que no outro dia E. foi ao local perguntar porque não foi feito o registro da ocorrência, chegando nervoso, sendo que não prestava serviço no local. Apontou que o registro da ocorrência não era da alçada de E.. Esclareceu que é comum policiais irem a outra delegacia levando ocorrências e conduzindo presos.

Na fase judicial (áudio disponível no SAJ, às f.1.429), J. P. confirmou que recebeu uma ligação do Escrivão S., reportando que F. havia ligado para ele que era para ser feito um B.O. de preservação de direitos para mudar o depoimento dos bolivianos na Corregedoria e que *"não poderia chutar*". Apontou que o boliviano foi à Delegacia e disse que queria mudar o teor de suas declarações, sendo que o Delegado S. determinou que

comunicasse que não era para registrar a ocorrência e que era para ele retornar no dia seguinte, quando a Corregedoria estivesse no local. Contou que no dia seguinte E. questionou o motivo pelo qual a ocorrência não foi registrada, não sendo tal fato normal, mas somente R. conversou com ele.

Ao contrário do exposto pela defesa técnica, não temos pronúncia com base em *hearsay evidence*.

Na realidade, no início, os policiais bolivianos não conseguiram registrar a ocorrência do homicídio de A., tanto é que o Inquérito Policial foi aberto porque o fato chegou ao conhecimento da autoridade policial (f.14).

Desta forma, as investigações foram evoluindo e os indícios de provas colhidos ao longo do caderno processual, corroborados em juízo, em especial pelo depoimento investigador de polícia judiciária L. A. S. e da prova pericial em que temos as conversas de *whatsapp,* permitem a pronúncia.

Isto porque, de forma concatenada temos o seguinte: a) houve no dia 23 de fevereiro de 2019 a eleição para Presidente na "*Associacion de Ganaderos de Puerto Suarez*"; b) F. confirmou que foi ao local com sua esposa S. e que A. era pessoa envolvida com o crime; c) S., anteriormente, manteve relacionamento amoroso com o narcotraficante O. S. C. (f.447) e A. também era pessoa envolvida com o tráfico de drogas; d) houve uma discussão entre A. e S. e ameaças, fato que F. não nega, contudo, há divergências sobre o motivo do entrevero; e) na Bolívia, F. foi reconhecido como a pessoa que *supostamente* desferiu as facadas em A.; f) há mensagens de *whatsapp* entre o recorrente e S. onde, em tese, estariam atuando para atrapalhar as investigações em solo boliviano; g) as investigações na Bolívia foram ampliadas para incluir a esposa e o sogro de F., considerando o desaparecimento do DVD-R com as imagens do local do dia do esfaqueamento de A.; h) as imagens colhidas e depoimentos apontam que ambulância foi parada por uma caminhonete compatível com uma GM-S10, de cor preta, mesmo modelo de cor do veículo do acusado, sendo que há conversas de whatsapp do acusado no sentido de que *"no máximo vão ver eu saindo e voltando com minha caminhonete sem placa"* (f.2.510); i) A. H. K. I. descreveu a arma utilizada no delito, compatível com arma de fogo de propriedade de F., que não foi localizada e nem apresentada pelo recorrente.

Portanto, havendo duas versões nos autos, autorizada a pronúncia, devendo a defesa técnica expor suas alegações em Plenário.

Mantenho também as qualificadoras.

Entre as Teses do STJ sobre o Tribunal do júri, temos "*4) A exclusão de qualificadora constante na pronúncia só pode ocorrer quando manifestamente improcedente e descabida, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri."*

Consignou o juiz singular que *"No caso dos autos, os elementos de provas indicam a presença da qualificadora, porquanto o crime em comento, em tese, foi cometido por vingança, uma vez que, segundo consta, o acusado não aceitava o fato de ter ocorrido uma anterior discussão com o envolvimento de sua esposa S., ocorrida na associação de criadores de gado na Bolívia, local em que a vítima foi inicialmente esfaqueada pelo réu. Note-se que a testemunha A. H. K. I., responsável da área de saúde que estava com a vítima na ambulância, tendo relatado afirmado na Delegacia e confirmado em juízo que a vítima durante o trajeto falava sobre o que teria acontecido e:[...] narrou algo sobre um evento social no qual estava e sobre uma discussão entre duas pessoas, possivelmente um homem e uma mulher, na qual ele (o paciente) teria interferido por discordar da maneira como uma dessas pessoas (a mulher) foi tratada. Teria dito ao envolvido na briga algo como 'Na minha frente você não fará isso' Que o paciente dizia em espanhol algo como que'"Não aceitava aquelas ofensas, que se tal pessoa dissesse aquilo a ele (o paciente) iria pegá-lo[...]'. Assim, existe vertente de prova no sentido que o crime foi praticado por sentimento de vingança, em face de discordâncias pretéritas. Tem-se entendido que a vingança, dependendo das suas particularidades, pode configurar a qualificadora do motivo torpe, logo, cabe ao Tribunal do Júri analisá-la".*

Não há manifesta improcedência no motivo torpe.

A versão da acusação é que A. cobrou S. por dívida deixada por seu ex-marido, havendo toda a desavença, devido as ameaças.

Conforme acima consignado, há indícios de provas de que S. manteve relacionamento anterior com narcotraficante, bem como A. era pessoa envolvida com o tráfico de drogas.

Assim, F. foi apontado na Bolívia como suposto autor da tentativa de homicídio em razão da desavença entre A. e sua esposa.

Como A. não morreu em consequência das facadas, ocorreu o homicídio, havendo indícios de ter sido por vingança.

Atente-se que, após o cumprimento dos mandados de buscas, foi registrado pelos investigadores de polícia que, em conversa informal, E. disse que "*acho estranho vocês ficarem investigando morte de traficante*" e, ainda, "*Ele me disse que o cara ameaçou ele e falou que iria esquartejar e queimar ele", "Mas quem garante que iria morrer no hospital? E se não morre?"* (f. 379).

Em relação ao recurso que dificultou a defesa da vítima, sou muito simpática à tese defesa que não há referida qualificadora em crimes de inopino, por ser de natureza objetiva-subjetiva.

Contudo, a dinâmica delitiva nos autos impedem chegar a tal conclusão, porque estamos falando do homicídio praticado na rodovia, com a vítima na ambulância, e não da tentativa de homicídio ocorrida na Bolívia.

No caso concreto, A. foi levado ao hospital e devido à gravidade de seu estado precisou ser transportado, de ambulância, para a Santa Casa de Corumbá-MS.

F., em juízo (áudio disponível no SAJ, às f.1.786), admitiu que após a desavença com "G." foi embora da festa, tendo A. proferido mais ameaças e mandado chamar "B.", o matador, saiu do local e foi na casa de dois conhecidos e resolveu voltar para Corumbá-MS.

Portanto, temos indício de que, de alguma forma, o recorrente, em tese, sabia que A. não tinha vindo a óbito e estava dentro da referida ambulância.

Pela dinâmica delitiva exposta pela acusação, encontrando indícios nas provas dos autos, o delito ocorreu quando a vítima estava sendo transportada na ambulância ferida, desarmada e sem possibilidade de reação.

Aliás:

> *"A qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, igualmente merece ser mantida. Com efeito, a prévia contenda entre o réu e a vítima, não permite, por si só, posicionamento conclusivo quanto à possibilidade de previsão por parte do ofendido sobre o que fará o ofensor, ou seja, da existência de animosidade entre duas pessoas não se deduz que uma delas deve esperar que a outra, a qualquer momento, irá lhe jogar álcool e, na sequência, irá lhe atear fogo.* (TJRS; RSE 0273815-75.2019.8.21.7000; Proc 70083019067; Rio Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez; Julg. 28/11/2019; DJERS 22/01/2020)".

Fazendo um paralelo com o caso concreto: ninguém espera levar tiros quando está dentro de uma ambulância a caminho de um hospital, com o pulmão perfurado por facada.

Ao contrário do consignado pela defesa técnica, não há provas cabais de que todos sabiam que a execução continuaria, uma vez que a vítima estava apenas acompanhada de familiares que estavam rezando, sendo que F. (f.1786) mencionou que A. tinha segurança, bem como não havia comboio de veículos de familiares.

DOS CRIMES CONEXOS

F. foi pronunciado para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri como incurso nas sanções do artigo 344 e artigo 347, *caput,* todos do Código Penal, e E. pronunciado para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incurso nas sanções dos crimes descritos nos artigos 344, do Código Penal; e no artigo 347, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal.

DA COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO

Conforme denúncia, *"Após a prática do homicídio qualificado em questão, os denunciados passaram a intimidar e coagir testemunhas".*

A. T. D., na fase policial (13/3/2019), narrou que é comerciante em Corumbá-MS e tomou conhecimento dos boatos de que F. havia esfaqueado a vítima em Corumbá-MS e ouviu os áudios de A., tendo, posteriormente recebido o advogado V. M. que disse estar levado um recado de F., para se afastar de "Japonês" (A.). Disse que seu filho foi acusado de estupro por se relacionar com uma adolescente, inquérito presidido por F. e, no trâmite dessa investigação, recebeu a visita de F. que pedia ajuda financeira em nome do referido Delegado, mas nunca pagou nada. Apontou que conversou pessoalmente com F. sobre a investigação e não foi dito nada de duvidoso (f. 49-50).

A. (f.1.429), em juízo, confirmou que recebeu o recado para se afastar do "Japonês" Esclareceu que F. ia na sua casa em nome de F. pedir dinheiro, mas não acredita que fosse verdade, pois nunca viu os dois juntos. Confirmou que na imagem era L. Não se recorda de ter recebido os pêsames de E. Afirmou que não se sentiu ameaçado.

Após o depoimento de A., às 18 horas do dia 13/3/2019, F. e E. foram até a Conveniência de A., que se sentiu coagido e temeu por sua segurança (f.219-220).

Nessa hora, A. conversava com L. M. que concorreu com o sogro de F. para Presidente na associação na Bolívia (f.220).

Ouvido na fase policial, L. M. (f.335-337) narrou que os comentários era que o genro de A. havia sido o autor das facadas e realmente viu S. e F. no local. Disse que estava próximo à Conveniência quando chegaram dois homens a pé, sendo um deles o Delegado F. e perguntou sobre *"os comentários lá"* e se havia ido muita gente no velório, tendo ligado imediato ao fato do esfaqueamento de A. Expôs que o policial gordinho, que acompanhava o Delegado, perguntou se no velório tinha *"mafiosos mexicanos*" e ao se despedir F. afirmou *"Deixa eles, se quiserem vir, nós estamos preparados*".

No dia 14/3/2019, S. M. M., motorista da ambulância, em depoimento prestado na fase policial afirma que foi parado por uma caminhonete S10 brasileira (f.65-68).

Mais tarde, após telefonema de F., S. tentou registrar ocorrência de preservação de direito para mudar seu depoimento (f.219).

Conforme f.369, conversa de *whatsapp* entre E. e F. onde temos *"e o motorista vai falar que uma caminhonete grande com quatro caras"* (f.369).

Em conversa por *whatsapp* com policial militar, F. diz *"preciso de algum vigilante que tenha visto uma caminhonete grande vindo da Bolívia e voltando depois"* (f.511).

O mesmo é dito ao I. D., conforme f. 519.

Ainda em 14 de março de 2019, E. foi até o local onde a Corregedoria ouvia testemunhas e abriu a porta para observar quem estava sendo ouvido e permaneceu nos corredores da 1ª DP (f.219).

Conforme depoimentos prestados em juízo, acima mencionados, E. foi no dia seguinte indagar qual o motivo do Boletim de Ocorrência não ter sido registrado.

Temos ainda F., dizendo para o advogado Dr. C., por *whatsapp,* no dia 18/3/2019, *"minha conversa com o plantonista do dia que o motorista foi fazer a preservação de direito na delegacia"* (f.584)

Prosseguindo, em conversa de *whatsapp* entre E. e F. eles descobrem que o médico ouvido na fase policial é irmão de S. A. (f. 492) e "*Esse S. A. foi preso pelo japa por estupro"* (f.492) *"com muito cuidado tem que levantar quem é" (*f.492) "*para alguém chegar nele e orientar"* (f.493).

Ainda por *whatsapp* F. manda a foto de A. para sua esposa S. (f. 527) e informa que ele trabalha no Hospital de Puerto Suarez (f.529).

Rememorando, L. A. S., investigador de polícia judiciária, em juízo (áudio disponível no SAJ, às f.1.429) expôs que trabalhou junto à Corregedoria e, durante a oitiva das testemunhas, E. abriu a porta, deu uma visualizada e foi embora, sendo de conhecimento de todos o que estava acontecendo, sendo que tal fato não é comum. Entende que é tácito que não se adentra ao local onde há oitiva de testemunhas pela Corregedoria e, ainda, após tal fato, foi colocado um policial no local. Registrou que durante a investigação E. foi saber o motivo pelo qual não se lavrou uma ocorrência. Reitera os relatórios em todos os termos.

Tenho que esses indícios de provas amparam a pronúncia.

Em relação à coação de testemunhas, as provas colhidas nos autos devem ser vistas de forma concatenada e não isoladamente.

De fato, E. não conhecia A., mas fez levantamentos sobre sua vida.

Em relação a A., há testemunha judicial no sentido que este se sentiu intimidado com a visita de F. e E., após prestar depoimento na fase policial e, note-se, no momento em L. estava em sua Conveniência.

Temos ainda a questão envolvendo S. e a mudança do depoimento por ele prestado.

Não comprovada de plano a atipicidade da conduta, devendo a tese ser alegada em Plenário, bem como o fato que justificar por qual razão foi na Delegacia que não era lotado indagar sobre o não registro da ocorrência e, ainda, retornou quando havia oitiva de testemunhas.

DA FRAUDE PROCESSUAL

F. foi pronunciado para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri como incurso nas sanções do artigo 347, *caput,* do Código Penal e E. do artigo 347, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal.

O nó górdio da fraude processual é a modificação do local ou de objetos ligados ao crime, ou estado de pessoas, com o intuito de induzir perito ou juiz a erro.

Nesse sentido, os indícios colhidos nos autos permitem a pronúncia.

Na fase judicial temos conversa de *whatsapp* trocada por F. com o escrivão R. G. S., lotado em Ponta Porã-MS, onde ele admite estar "*fazendo contrainteligência*", "*jogando várias de outras pessoas*" (fase judicial f. 2.578).

Temos diálogo trocado entre S. e F. sobre que reportagem que sairia sobre o "sequestro" do motorista da ambulância pela polícia brasileira (f.2562).

L. de F. G., na fase policial, disse que é estudante de Medicina na Bolívia e tem aulas práticas em hospitais, mas reside em Corumbá-MS, sendo que S. M. M. prestava serviço no Hospital San Juan de Dios, em Puerto Suarez. Esclareceu que no mês de março um policial pediu que comunicasse a S. que ele comparecesse na polícia do Brasil para depor. Contou que conversou com seu colega de sala, G. C. C., médico interno no

referido hospital, que repassou o recado e disse que S. poderia depor no outro dia, mas precisava de carona. Afirmou que, no outro dia, foi ao hospital buscar S. e G. e os levou à Delegacia de Corumbá-MS, servindo de intérprete, não havendo intimidação ou grito. Expôs que retornaram para a Bolívia sem alteração e "*não houve nenhum sequestro"*, pois S. veio de livre vontade. Relatou que quando leu no jornal sobre o sequestro, achou errado tal denúncia (f.2.197-2.198).

Conforme diálogo de *whatsapp* de f. 2.529 (fase judicial) S. diz para F. em 20 de março de 2019:

(...) Termo do diálogo

Temos que a caminhonete utilizada no crime seja, possivelmente uma GM/S10, de cor preta, compatível, em tese, com o veículo de F.

Do aparelho celular de F. um áudio em que "VIZINHO" diz que tem onde guardar a caminhonete que é só o recorrente ir lá e escondê-la (f.463) e inclusive que o dia 24/22/2019 era um bom dia, pois estava tranquilo (f.464) e que ouviu dizer que o veículo foi reconhecido por alguma câmera (f.464).

F. indaga se conhece alguém de fora para comprar o veículo e mandar para longe (f.465), tendo, depois, em 8/3/2019, VIZINHO dito que fez uma "*limpeza na caminhonete"* (f.469), sendo que usou solvente nas rodas (f.475).

F., informa a E. sobre as mudanças das características da caminhonete (f.504).

Registre-se que F. tem uma arma de fogo, em tese, similar à utilizada no crime e não localizada.

Na fase policial, G. T. B. narrou que havia trabalhado em um trailer de açaí de E., sendo atualmente microempresário. Contou que mais ou menos dez dias antes da prisão dos recorrentes, E. pediu que fosse à casa dele e lá exibiu um Glock calibre .9mm, dizendo que era de F. e que estava empenada. Apontou que E. sabia que havia sido armeiro do exército, tentou arrumar a arma, não conseguiu e a levou com um carregador, cheio de munições, para sua casa, onde consertou o que estava estragado, sendo um favor (f.620-621).

Em conversa de *whatsapp* entre E. e F., este menciona, em 19/3/2019, que *precisa "do revólver amanhã"* (f.478), se referindo *"a 9 com munições"* (f.478), dizendo "*tem como pegar cedo no G.*?" (f.480).

Temos diálogo, na fase judicial, F. sobre o projétil de arma apreendido e S. comenta *"a bala da 9 é totalmente diferente mais já vou trocar..."* e o recorrente responde "*o problema é a foto, na foto só tem fundo dela*" (fase judicial- f.2.555).

F. menciona para E., no dia 21/3/2019, que iria para Porto Quijaro (f.483) e, posteriormente, há um áudio em que E. fala para o delegado que está a caminho de Juan Carlos e pede para alguém olhar se fronteira está limpa para poder entrar com as armas na Bolívia (f.485).

Tem ainda um áudio (PTT-20190225-WA0067) em que E. *"fala para F. que um de seus 'contatos" na Bolívia de pré-nome 'M.' (não qualificado) estaria disposto a colocar granadas nas portas das casas dos parentes e testemunhas da vítima, que já sabia onde os mesmos moravam e era só pedir que ele faria, da mesma forma falou que se quisessem 'M.' venderia a eles granadas para que fizessem a mesma coisa com quem estivesse atrapalhando no lado brasileiro, fazendo referência aos policiais de Corumbá. Essas ameaças feitas pelo I. C. se estenderam a esta equipe de investigação, como se verifica em outro trecho da mesma conversa com F., quando fala para passarem em frente ao estabelecimento em que estávamos hospedados e nos metralhar"* (f.490).

F. passa orientação a E. para repassar mensagens a outros investigadores, divulgando informações supostamente falsas (f.498-503).

Lembrando ainda da chamada "contra-inteligência" que F. disse que iria fazer: "*preciso de alguém pra espalhar notícias falsas*" (f.521).

F. mantinha diálogos com o advogado C. M. C. S. onde menciona sobre os desvios do foco da investigação (f.578-579), envia imagens do depoimento prestado por S. M. M. na Polícia Civil (f.580-582) e na Polícia Boliviana (f.582-583), mencionando sobre o boletim de ocorrência de preservação de direitos (f.584), mas que não houve atendimento (f.585).

F. ainda envia link de reportagem na Bolívia (f.586), "Registro Del Caso" feito por S. na Bolívia (f.587-589), com a menção que saíria na imprensa (f.590).

C. menciona que depois que a notícia for espalhada no Brasil, investigação será colocada em cheque e, ainda, indaga *"Será que não seria possível uma denúncia no MPF desse incidente internacional. Pedido de providências pela defensoria boliviana?" "Era só para tumultuar mais"* (f.592).

Em juízo (f.2.522), E. disse que somente sabre sobre o fato o que saiu na mídia, sendo que F. pediu para fazer alterações em seu veículo, mas não realizou. Disse que não contestava o que F. pedia, o que ele falou, estava obedecendo. Esclareceu que fez um brincadeira infeliz sobre jogar bomba na Corregedoria. Negou ter levado as armas para a Bolívia.

Os indícios dos autos permitem a pronúncia.

Ficou bem delineado que há indícios no sentido de ter havido, em tese, fraude processual supostamente de autoria de F. e, ainda em tese, E. aderiu a sua conduta.

A versão de que não questionava as ordens de seu superior hierárquico e que também não as cumpria deve ser exposta em PLENÁRIO.

PROVIDÊNCIAS EX OFFICIO

Confirmada a pronúncia, verifico que F. está preso cautelarmente há 1 ano e 9 meses.

Assim, entendo que é o caso de se fixar um prazo para o julgamento pelo Tribunal do Júri, uma vez que a pendência de possíveis recursos excepcionais, quais sejam, recurso especial e recurso extraordinário, não tem o condão de impedir o julgamento.

Conforme artigo 637, do CPP- *"Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença"*.

Aplicando de forma analógica o Código de Processo Civil temos a hipótese de efeito suspensivo conforme §5º do artigo 1.029.

Contudo, temos precedentes orientadores do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

> *"Ademais, 'o prosseguimento da marcha processual perante o Tribunal do Júri não está condicionado ao trânsito em julgado dos recursos extraordinários que desafiam a decisão de pronúncia, uma vez que tais recursos não guardam efeito suspensivo' (HC n. 315.048/RS, relator Ministro REYNALDO Soares DA Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 10/11/2015). 5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido, com recomendação para que se imprima celeridade ao julgamento pelo Tribunal do Júri.* (STJ; RHC 118.707; Proc. 2019/0296467-0; MG; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; Julg. 19/05/2020; DJE 25/05/2020)".
>
> *"Embargos de declaração no agravo regimental no habeas corpus. 2. Alegação de excesso de prazo. Óbice da Súmula 691. 3. Determinação de realização do julgamento perante o Tribunal do Júri. Pendência de recurso da decisão de pronúncia. Possibilidade. 4. A pendência de recursos especial e extraordinário, que tenham sido interpostos contra a decisão de pronúncia, não é óbice à realização do julgamento pelo Tribunal do Júri. Precedentes. 5. Embargos rejeitados.* (STF. HC 169641 AgR-ED, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda

Turma, julgado em 23/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 02-09-2019 PUBLIC 03-09-2019)"

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV (UMA VEZ), E NO ART. 121, § 2º, INCISOS I, IV E V (TRÊS VEZES) DO CÓDIGO PENAL. TESE DE AFRONTA AO ART. 421 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. ***A PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA A DECISÃO DE PRONÚNCIA NÃO IMPEDE A REALIZAÇÃO DO JÚRI****. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO JÚRI POR QUESITO GENÉRICO. PRECLUSÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA AOS QUATRO HOMICÍDIOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. INDENIZAÇÃO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS (ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 11.719/2008, POR SER MAIS GRAVOSA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. '****A interposição de recursos excepcionais, por serem desprovidos de efeito suspensivo, não impede o julgamento do acusado pelo júri'*** *(HC 360.541/PE, Rel. Ministro NEFI Cordeiro, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016). 2. [...]* (STJ; REsp 1.449.981; Proc. 2014/0095594-0; AL; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; Julg. 12/11/2019; DJE 16/12/2019)"

"Habeas corpus. 2. Roubo, homicídio qualificado, lesão corporal de natureza grave e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Pronúncia. 3. Excessiva demora na realização do julgamento de mérito de recurso especial interposto no STJ. Ausência de prestação jurisdicional. Violação ao direito fundamental à razoável duração do processo. 4. Constrangimento ilegal configurado. 5. ***A pendência de recursos especial e extraordinário, que tenham sido interpostos contra a decisão de pronúncia, não deve ser óbice à realização do julgamento pelo Tribunal do Júri. O artigo 421 do Código de Processo Penal, no que condiciona a realização do Júri à preclusão da decisão de pronúncia deve ser interpretado como significando o esgotamento dos recursos ordinários****. 6.* ***Réu preso há mais de 5 anos****. Pedido de revogação da prisão preventiva. Questão ainda não analisada pelo STJ (supressão de instância). Num juízo prévio, a custódia encontra-se justificada na necessidade de garantir a ordem pública (gravidade dos delitos). 7.* ***Ordem parcialmente concedida, para determinar o imediato julgamento do Recurso Especial n. 1.486.316/RS no STJ, sem prejuízo de que o Juiz Presidente do Tribunal do Júri tome desde logo as providências necessárias à realização do Júri****."(STF. HC 134900, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27-06-2017 PUBLIC 28-06-2017)*

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. PRECLUSÃO. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. INEXISTÊNCIA. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL DE ORIGEM. 1. ***A preclusão da pronúncia, dada a ausência de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária (recursos especial e extraordinário – art. 637 do CPP), coincide com o exaurimento da matéria em recursos inerentes ao procedimento do júri apreciados pelas instâncias ordinárias. A interposição de recursos especial ou extraordinário contra acórdão confirmatório da decisão de pronúncia não obstaculiza a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri.*** *Precedente: HC 130.314/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 05.12.2016. 2. Nesse espectro, o acórdão atacado converge para jurisprudência desta Corte no sentido de que "o § 2º do artigo 584 do Código de Processo Penal, a revelar a eficácia suspensiva do recurso da pronúncia, diz respeito à impugnação direta, não alcançando a que se faça mediante recurso de natureza extraordinária – sabidamente desprovido, por força de lei, da citada eficácia" (RHC 86.468/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 19.8.2008, DJe 20.02.2009). 3. A nulidade suscitada em sede de recurso especial pelo suposto vício de linguagem da decisão de pronúncia não restou evidenciada, mesmo após recursos interpostos perante a Corte Superior. 4. Agravo regimental conhecido e não provido.*" (STF. HC 118357 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 26-10-2017 PUBLIC 27-10-2017)".

Mesmo sentido: STJ. EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1027534/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017).

Ante o exposto:

1) Contra o parecer, acolho parcialmente a preliminar de excesso de linguagem da pronúncia arguida por F. A. C. J e determino que seja riscado ou rasurado do primeiro parágrafo da f. 2.842 a frase "local em que a vítima foi inicialmente esfaqueada pelo réu", de forma que não possa ser mais lida e, no mérito, nego provimento ao recurso em sentido estrito.

2) Com o parecer, nego provimento ao recurso em sentido estrito interposto por E. N. C. L.

3) De ofício, fixo o prazo máximo para julgamento do Tribunal do Júri em 30 de abril de 2021, diante da ausência de efeito suspensivo ao recurso especial e ao recurso extraordinário como regra.

Comunique-se de imediato à origem.

Certifique-se de imediato nos Autos n.1414515-50.2020.8. 12.0000 -Habeas Corpus a determinação de realização da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri até o prazo máximo de 30 de abril de 2021.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, nos termos do voto da Relatora:

I) Não conheceram da preliminar de ilicitude de provas;

II) Conheceram parcialmente da preliminar de nulidade no cumprimento da diligência de busca e apreensão e no auto de apreensão e, na parte conhecida, rejeitaram a preliminar arguida.

III) Rejeitaram a preliminar de nulidade de reprodução simulada dos fatos;

IV) Não conheceram da preliminar de nulidade de laudo pericial;

V) Acolheram parcialmente a preliminar de excesso de linguagem da pronúncia.

VI) No mérito, negaram provimento aos recursos em sentido estrito interpostos;

VII) De ofício, fixaram prazo máximo para julgamento do Tribunal do Júri.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 4 de março de 2021.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Apelação Criminal nº 0001919-82.2013.8.12.0026 - Bataguassu

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ART. 342 DO CÓDIGO PENAL – PROVAS ROBUSTAS DO DOLO DOS RÉUS – CRIME FORMAL – IMPOSSIBILIDADE DE OPORTUNIZAR A RETRATAÇÃO PREVISTA NO ART. 342, § 2º, DO CP – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Mantém-se a condenação pelo delito de falso testemunho se as provas coligidas são suficientes para demonstrar a vontade livre e consciente de fazer declaração falsa dos acusados. Tratando-se de crime formal, para consumação do falso testemunho é prescindível que as declarações falsas influenciem no julgamento ou resultado do processo.

Incabível oportunizar a retratação prevista no art. 342, § 2º, do Código Penal se já prolatada sentença no processo em que cometeram o ilícito.

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, nos termos do voto da relatora, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 11 de março de 2021.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de apelação criminal interposta por Iracema Garcia Lopes e Adelino Julião Neiva em face da sentença (f. 205/210) que os condenou pela prática do delito previsto no art. 342, § 1º, do CP, à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 12 dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos.

Em suas razões (f. 222/241), os apelantes requereram a absolvição fundada na ausência de dolo ou culpa, alegando, em síntese, que "*nitidamente a testemunha não teve qualquer intenção em velar a verdade para alterar o resultado do processo*" (f. 230); sustentaram que os relatos dos réus não influenciaram na análise do caso; ainda, apontaram que não houve oportunidade para que se retratassem. Ademais, pugnaram pela concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual pelo improvimento do recurso (f. 248/253), sendo no mesmo sentido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 263/268).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por Iracema Garcia Lopes e Adelino Julião Neiva em face da sentença (f. 205/210) que os condenou pela prática do delito previsto no art. 342, § 1º, do CP, à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 12 dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos.

Narra a denúncia (f. 1/3):

> *"(...) Segundo apurado, no dia dos fatos, os denunciados prestaram depoimento como testemunhas nos autos 0000976-02.2012.8.12.0026, que tramitou na 1ª Vara da Comarca de Bataguassu, onde se apurou o crime de estupro de vulnerável praticado por José Aparecido Ledesma, com sentença condenatória transitada em julgado.*
>
> *No entanto, nos depoimentos prestados pelos denunciados nos autos n. 0000976-02.2012.8.12.0026, ambos fizeram afirmação falsa ao relatar que, no dia do fato criminoso, estavam em companhia do sentenciado José Aparecido na oportunidade em que a vítima apareceu em sua residência, brincou com seu neto e, logo em seguida, foi embora, não havendo qualquer abuso sexual.*
>
> *Portanto, a narrativa mentirosa declarada pelos denunciados em juízo visava ocultar o crime praticado pelo sentenciado José Aparecido na medida que falsamente afirmaram que estavam presentes no local dos fatos e que não teria havido crime algum.* "

Em suas razões (f. 222/241), os apelantes requereram a absolvição fundada na ausência de dolo ou culpa, alegando, em síntese, que "*nitidamente a testemunha não teve qualquer intenção em velar a verdade para alterar o resultado do processo*" (f. 230); sustentaram que os relatos dos réus não influenciaram na análise do caso; ainda, apontaram que não houve oportunidade para que se retratassem. Ademais, pugnaram pela concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Pois bem.

Para configuração do delito em tela, basta que o agente faça afirmação falsa com o intuito de beneficiar ou prejudicar o réu, negue ou cale a verdade, tratando-se, portanto, de crime formal.

Exige-se, além disso, que o acusado tenha vontade consciente de fazer afirmação falsa, sendo que a mera desconformidade entre a verdade e o que se afirma não é capaz de incidir em um dos verbos previstos no tipo penal.

No caso em tela, restou devidamente comprovado que os acusados fizeram afirmação falsa, distorcendo a verdade, com o intuito de beneficiar o réu, conforme passo a demonstrar.

Extrai-se dos autos n. 0000976-02.2012.8.12.0026, no qual foi apurada a prática de estupro de vulnerável por José Aparecido Ledesma contra a vítima Cibeli F. C., que Iracema e Adelino prestaram depoimentos como testemunhas na fase extrajudicial e judicial.

Em ambas as oportunidades em que foi ouvida, Iracema asseverou que os fatos narrados na denúncia não ocorreram. Na delegacia (f. 50 dos autos n. 0000976-02.2012.8.12.0026), a ré afirmou o seguinte:

> *"(...) sobre os fatos em apuração a depoente esclarece que no dia foi até a residência de José Aparecido Ledesma e chamou-o para oferecer-lhe para comprar carne de porco, e ficaram conversando no portão da casa de José; QUE a depoente relata que enquanto estava conversando com José no portão que avistou a criança Cibeli Fagundes Costa chegar na frente da casa de José e perguntar a ele: "a sua filha está aí?" e que José respondeu a Cibeli: não; QUE em ato contínuo Cibeli adentrou no quintal da residência de José avistou-a*

> *conversando com o neto de José de nome Matheus por alguns minutos e viu quando Cibeli foi embora; QUE a depoente informa que não presenciou o assédio sexual que Cibeli afirma ter sido praticado por José; além de comentar que enquanto estava conversando com José que ele em nenhum momento ficou sozinho com Cibeli; QUE a depoente ressalta que continuou conversando com José no portão da residência dele até o momento em que seu esposo Adelino e a esposa de José chegaram e todos ficaram conversando e logo depois deixou os três conversando e foi realizar a entrega das carnes de porco que estavam com ela. Na hora que eu cheguei a menina entrou e saiu, que nem um relâmpago, só que ele já estava para o lado de fora conversando com a gente. Isso a base de quase umas quatro horas por ai. Não vi nada disso.* (…)".

Em juízo (f. 128 dos autos n. 0000976-02.2012.8.12.0026), afirmou que é vizinha de José Aparecido e estava oferecendo uma carne a ele, que estava do lado de fora da residência, quando Cibeli chegou perguntando pela filha mais velha de José. O acusado respondeu que ela estava na igreja e então a menor entrou na casa e logo saiu em companhia do neto de José Aparecido para procurar a mãe.

Já Adelino, na delegacia, afirmou (f. 52 dos autos n. 0000976-02.2012.8.12.0026):

> *"(...) que no dia foi até o portão da residência de José Aparecido Ledesma, local em que sua esposa estava conversando com José; QUE o depoente relata que enquanto estava conversando com José e sua esposa que avistou a criança Cibeli Fagundes Costa brincando com o neto de José de nome Matheus e viu quando Cibeli foi embora; QUE o depoente informa que não presenciou o assédio sexual que Cibeli afirma ter sido praticado por José, além de comentar que enquanto estava conversando com José que ele em nenhum momento ficou sozinho com Cibeli; Que o depoente ressalta que continuou conversando com José do portão da residência dele até o momento em que a esposa de José Chegou todos ficaram conversando, e logo depois sua esposa foi embora para realizar a entrega das carnes de porco que estavam com ela e o depoente ainda permaneceu no portão da residência de José conversando com ele. (...)"*

Da mesma forma, em juízo (f. 128 dos autos n. 0000976-02.2012.8.12.0026), Adelino disse que estava oferecendo carne ao vizinho José Aparecido e Cibeli perguntou sobre a mãe, que estava na igreja. Logo após, a esposa de José chegou e todos foram embora.

Contudo, em razão da firme negativa de Cibeli acerca da presença de Iracema e Adelino, bem como diante das evidentes divergências entre os depoimentos prestados pelo casal, é inevitável concluir que os réus fizeram afirmação falsa.

Ouvida em juízo (audiência de f. 175), Cibeli Fagundes Costa ratificou sua narrativa no sentido de que só havia José Aparecido e o neto na residência quando os abusos ocorreram.

Gutemberg Filho Costa, pai de Cibeli, disse em juízo (f. 175) que a filha lhe relatou que no momento dos abusos, Iracema e Adelino não estavam na residência.

No mesmo sentido, Marlene Gregório Fagundes, genitora da vítima, afirmou em juízo (f. 175) que sua filha lhe relatou que somente José Aparecido e o neto estavam na residência quando os abusos ocorreram. Após algum tempo dos depoimentos prestados por Iracema, esta lhe abraçou durante um culto da igreja e lhe pediu perdão, dizendo que estava arrependida.

Iracema Garcia Lopes, em juízo (audiência de f. 175) negou que tenha praticado falso testemunho. Afirmou que José Aparecido estava do lado de fora da residência e ofereceu carne a ele. Cibeli chegou, entrou para brincar com o neto de José e logo após a esposa dele chegou, momento em que foi embora. Confirmou que depôs, de forma categórica, que os abusos não ocorreram, apesar de confirmar que ao menos não ocorreram enquanto estava presente.

Ouvido em juízo (audiência de f. 175), Adelino Julião Neiva relatou que estava oferecendo carne a José Aparecido e, em determinado momento Cibeli chegou. Presenciou também que logo em seguida a esposa do acusado havia chegado e não viu mais nada.

Dessa forma, não restam dúvidas de que os réus fizeram afirmação falsa, de forma consciente e com o intuito de beneficiar José Aparecido.

Ora, as divergências entre os depoimentos de Iracema e Adelino - tanto nos autos 0000976-02.2012.8.12.0026, quanto em relação à mudança significativa da versão dada por eles na apuração do presente fato delitivo - demonstram que os acusados faltaram com a verdade, não se tratando de mera percepção pessoal em desencontro com a verdade.

A propósito, cabe ressaltar trecho da r. Sentença prolatada nos autos n. 0000976-02.2012.8.12.0026:

> *"Oportuno destacar que, reforçando a convicção deste juízo quanto ao cometimento do delito, esta as versão conflitantes apresentadas, tanto pelo réu, quando disse "(...) meu neto não estava no local, ele não estava (...)" (fl. 128), quanto pela testemunha Adelino Julião Neiva (fl. 128), ao afirmar que "(...) Quando eu ofereci a carne eu estava com a minha esposa, isso era umas onze horas da manhã, no domingo, antes do almoço, tenho certeza (...)" e Iracema Garcia Lopes (fl. 128) que disse, "(...) Isso a base de quase umas quatro horas por ai* (...)".
>
> *E, como bem destacado no acórdão que confirmou o decreto condenatório:*
>
> *"Destaco que a testemunha de acusação Adelino, afirmou que ofereceu a carne de porco ao apelante no período da manhã, e não a tarde, como afirmado por sua esposa. Também aduziu que a vítima Cibeli foi atrás de sua mãe, e não do neto do apelante, como aduziu a informante Iracema, sendo que a única informação em comum alegada por tais testemunhas foi no sentido de que não teriam como afirmar se a vítima teria voltado a casa do apelante em outro momento*."

Não bastasse isso, quando ouvidos em juízo acerca do fato delitivo em questão, os acusados buscaram "amenizar" a credibilidade de seus próprios relatos, os quais anteriormente foram prestados com base na certeza (de que os abusos não haviam ocorrido) e, aqui, passaram para o campo da probabilidade (no sentido que não presenciaram nada ao menos enquanto estavam com José Aparecido).

Assim, é incabível afirmar que os réus não tiveram intenção de velar a verdade no processo.

Cabe ressaltar, ainda, que, ao contrário do alegado pela defesa, o fato de que os depoimentos não interferiram no julgamento é prescindível para a consumação do delito, o qual, repise-se, possui natureza formal.

Em abono, colhe-se da jurisprudência:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – FALSO TESTEMUNHO – PROVAS SUFICIENTES – POTENCIALIDADE LESIVA – FATOS RELEVANTES – CONDENAÇÃO MANTIDA. Se comprovado que o réu agiu com vontade consciente em faltar com a verdade, tentando influenciar sobre fato relevante em decisão judicial em favor de terceiros requeridos em ação indenizatória, não há falar em ausência de potencialidade de dano em sua conduta para a administração da justiça, devendo ser mantida sua condenação pelo crime do art. 342, do CP. (TJMS. Apelação Criminal n. 0033486-07.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 31/07/2020, p: 07/08/2020)*
>
> *E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – FALSO TESTEMUNHO – SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – CRIME DE NATUREZA FORMAL - IRRELEVÂNCIA DA POTENCIALIDADE LESIVA - RECURSO NÃO PROVIDO. Restando comprovado que a acusada fez afirmação falsa sobre fato jurídico relevante, a influir na prova a ser utilizada em ação penal, na qual foi ouvida como testemunha, não é possível acatar o pedido de absolvição por insuficiência probatória. O crime de falso testemunho é de*

natureza formal, consumando-se no momento em que é realizada a afirmação falsa a respeito de fato juridicamente relevante, sendo dispensável aferir a potencialidade lesiva do falso testemunho ou seu grau de influência no convencimento do magistrado para que se configure o crime. (TJMS. Apelação Criminal n. 0006539-45.2019.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 24/06/2020, p: 26/06/2020)

Outrossim, em relação à oportunidade de retratação, prevista no art. 342, § 2º, do CP, como bem pontuado pela Procuradoria-Geral de Justiça:

> *"O dispositivo legal é claro ao estabelecer que a retratação deve se dar de forma voluntária, antes da sentença, no processo em que se deu o ilícito, ou seja, no processo em que o falso foi prestado. (...)*
>
> *No caso, em nenhum momento os recorrentes manifestaram a vontade de retirar o que foi dito, quer nos autos da Ação Penal n.º 0000976-02.2012.8.12.0026, quer nos presente autos. Aliás, eles mantiveram, em todas as oportunidades em foram ouvidos, a versão de que estavam na presença do então réu quando a vítima chegou em sua residência (fls. 95, 100 e 175).*"

Portanto, sem mais delongas, a sentença condenatória deve ser mantida em todos os termos.

Quanto ao pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, verifico que já foram deferidos pelo magistrado sentenciante, sendo desnecessário analisá-los novamente.

Dos prequestionamentos:

Por derradeiro, no que tange aos prequestionamentos aventados, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido amplamente debatida.

Conclusão:

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 11 de março de 2021.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Habeas Corpus Criminal nº 1402893-37.2021.8.12.0000 - Três Lagoas

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRISÃO CIVIL POR INADIMPLEMENTO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA – MANDADO EXPEDIDO E CUMPRIDO – CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR – FLUÊNCIA DO PRAZO DE 45 DIAS – NOVA PRISÃO DO PACIENTE – DUPLICIDADE – MANDADO JUDICIAL NÃO BAIXADO NO SISTEMA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – LIMINAR RATIFICADA – CONCESSÃO DA ORDEM.

Diante da duplicidade do mandado de prisão expedido, onde o primeiro já foi cumprido e convertido em prisão domiciliar, fica evidente o constrangimento sofrido pelo paciente em razão da ausência de baixa no Banco Nacional de Mandado de Prisão do CNJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM, **em sessão permanente e virtual**, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de março de 2021

Desª Elizabete Anache

Relatora do processo

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

O advogado T. H. G. V. impetrou ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente D. H. C. de A., apontando como autoridade coatora o d. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas – MS.

Narrou que, nos autos da ação de execução de alimentos ajuizada em face do ora paciente, onde a parte autora busca o recebimento de prestações alimentícias em atraso (R$ 7.245,95, data do cálculo em 11/6/2019), foi expedido, por ordem da autoridade judicial, mandado de prisão pelo prazo de 45 dias, na data de 24/9/2019.

Informou que o paciente foi recolhido em 7/3/2021, junto ao 6° Distrito Policial da cidade de Jundiaí – SP, estando agora no Centro de Triagem de Campo Limpo Paulista – SP.

Asseverou que o Estado de São Paulo encontra-se na fase vermelha, devido ao grande surto do vírus Covid-19 (Decreto n. 30.107, de 3/3/2021), e, à vista do art. 15 da Lei 14.010/2020 e Recomendação n. 62/2020/CNJ, deve ser decretada a prisão domiciliar do paciente.

Relatou também que o não pagamento "*é decorrência exclusiva de uma situação imprevisível e que acometeu o executado à total impossibilidade na continuidade da obrigação alimentícia. O Alimentante teve completa redução de seus vencimentos pois foi demitido em 25 de outubro de 2017, não conseguindo ter qualquer outra fonte de renda, imediatamente e seguir com os pagamentos, conforme CTPS juntada em*

anexo. (...) Assim, demonstrada a impossibilidade total de pagamento dos alimentos, indevida a decretação de prisão civil, conforme assevera a doutrina sobre o tema." (sic)

Aduziu ainda que o decreto de prisão é medida drástica e deve ser utilizada somente diante da inadimplência voluntária e inescusável e, logo que o paciente ficou desempregado, ele começou a fazer "bicos", e quando ganhava algum dinheiro depositava na conta da genitora do filho (conforme comprovantes acostados).

Explicou, outrossim, que a execução pela via coercitiva (prisão) deve se limitar às três últimas parcelas vencidas antes da execução, sendo que os débitos anteriores devem ser cobrados em procedimento próprio; logo "*deve ser afastada a decisão que determinou a prisão por manifesto excesso de execução, configurando uma SANÇÃO POR INADIMPLÊNCIA, o que é sumariamente vedado pela Constituição e tribunais superiores." (sic)*.

Ao final das considerações, requereu a concessão da ordem de *habeas corpus* para *"a) Preliminarmente seja atribuído o efeito suspensivo ao presente pedido, com a suspensão da ordem de prisão proferida nos autos do processo nº (...); b) Seja deferida a liminar rogada para determinar a imediata libertação do Paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura. c) Assim não entendendo, requer a conversão em prisão domiciliar. Por fim, seja o presente pedido de Habeas Corpus Julgado Procedente ao final, por este Tribunal de Justiça, confirmando-se a respeitável r. decisão liminar." (sic)*

Juntou documentos.

A liminar foi deferida às f. 40/45.

A autoridade apontada como coatora prestou informações, com documentos (f. 51/53).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando que o presente *writ* seja "*julgado prejudicado pela perda superveniente do objeto"*. (*sic* – f. 58/59)

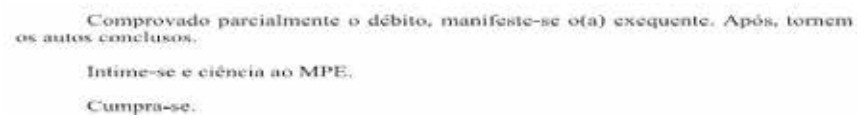
VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

O advogado T. H. G. V. impetrou ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente D. H. C. de A., apontando como autoridade coatora o d. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas – MS.

A liminar foi concedida nos seguintes termos:

> *"(...) Como se sabe, a liminar em sede de habeas corpus é medida excepcional, que deve ser concedida quando verificada a presença de qualquer constrangimento ilegal, como ausência dos requisitos legais necessários à prolação do decreto de prisão, ou a permanência no cárcere por tempo superior ao razoável antes da formação da culpa, bem como outras ilegalidades manifestas, relativas a matéria de direito, cuja constatação seja verificada através de análise perfunctória, sem necessidade de aprofundamento no exame da prova.*
>
> *No caso em tela, analisando os documentos juntados na impetração e em consulta ao SAJ-PG (ação de execução de alimentos n. 0805141-98.2017.8.12.0021), verifico que a autoridade apontada como coatora determinou a prisão do paciente em 12/9/2019, em razão do não cumprimento da obrigação civil de prestar alimentos.*
>
> *Eis o teor da decisão combatida (f. 26/27):*
>
> *Teor da decisão(...)*



Comprovado parcialmente o débito, manifeste-se o(a) exequente. Após, tornem os autos conclusos.

Intime-se e ciência ao MPE.

Cumpra-se.

Na sequência, a serventia expediu mandado, e que foi cadastrado no Banco Nacional de Mandado de Prisão do CNJ, bem como carta precatória para a comarca de Jundiaí – SP, com o seguinte teor:

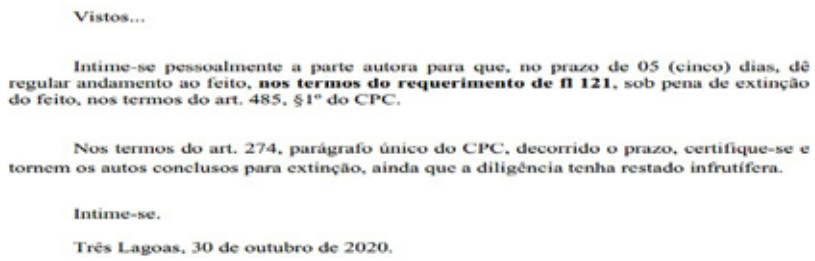
Teor do mandado de prisão (...)

E após pedido formulado pelo d. Juízo deprecado (processo digital n. (...)- f. 108/Consulta SAJ-PG), houve a juntada no processo de origem (Três Lagoas) do "Boletim de Ocorrência n. 425/2020", datado de 16/9/2020 – 6° D.P. de Jundiaí – DP, com o seguinte teor (f. 111/118):

Teor do Boletim de ocorrência (...)

Teor do termo do mandado de prisão domiciliar (...)

Em seguida, a carta precatória foi devolvida e, após manifestação da Defensoria Pública Estadual, o d. Juízo singular proferiu o seguinte despacho:



Vistos...

Intime-se pessoalmente a parte autora para que, no prazo de 05 (cinco) dias, dê regular andamento ao feito, **nos termos do requerimento de fl 121**, sob pena de extinção do feito, nos termos do art. 485, §1º do CPC.

Nos termos do art. 274, parágrafo único do CPC, decorrido o prazo, certifique-se e tornem os autos conclusos para extinção, ainda que a diligência tenha restado infrutífera.

Intime-se.

Três Lagoas, 30 de outubro de 2020.

Ocorre que, diante dos documentos juntados pela parte impetrante, não obstante o cumprimento do mandado de prisão (na modalidade domiciliar) em 16/9/2020 (como visto acima), o ora paciente acabou sendo, novamente, preso em 7/3/2021 (f. 24/25).

Feitas as considerações, o caso em análise permite a concessão da liminar pretendida pois, o que extrai-se dos autos, ao menos à primeira vista, trata de cumprimento de mandado de prisão em duplicidade**.**

Posto isso, DEFIRO *a concessão da liminar pleiteada para reconhecer a ilegalidade do cumprimento do mandado de prisão oriundo dos autos n. (...)por duplicidade, e determinar a expedição do alvará de soltura em favor do paciente* D. H. C. de A.[1] *(preso no Centro de Triagem de Campo Limpo Paulista-SP – f. 3),* se por "al" não estiver preso*."*

Com efeito, como vislumbrado por essa Relatora quando do exame da liminar, e confirmado pela autoridade coatora nas informações de f. 51, o paciente foi preso em razão da ordem de prisão expedida nos autos n. 0805141-98.2017.8.12.0021, datada de 12/9/2019, e que tinha prazo de duração de 45 dias.

Na sequência, tem-se que o mandado de prisão foi cumprido em 16/9/2020 e, na oportunidade, a prisão civil foi convertida em regime domiciliar (Delegacia).

Ocorre que, como não houve a devida baixa no "Banco Nacional de Mandado de Prisão" (CNJ), o paciente D., mesmo após a concessão da prisão domiciliar e da fluência do prazo de 45 dias, voltou a ser preso na cidade onde reside, no Estado de São Paulo, na data de 7/3/2021.

Logo, diante da duplicidade da ordem de prisão, evidente o constrangimento sofrido pelo paciente, o que conduz à ratificação da liminar deferida, com a concessão da ordem, não sendo o caso de reconhecer a

1 Qualificação do paciente (...)

perda de objeto, ou mesmo de examinar os pontos defensivos indicados na impetração (pandemia do covid, desemprego do paciente, excesso de execução etc) porque a custódia, pelos motivos acima, é ilegal.

Ante o exposto, sem delongas, ***conheço*** do presente *writ* para ratificar a decisão liminar de f. 40/45, e ***conceder*** a ordem pleiteada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Elizabete Anache

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 25 de março de 2021.

***

1ª Seção Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000907-46.2012.8.12.0033/50000 - Eldorado

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO – PLEITO DEFENSIVO PELA MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS SEGURAS DA PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO NA EMPREITADA CRIMINOSA – CONDENAÇÃO MANTIDA – EMBARGOS REJEITADOS.

Inconsistente a negativa de autoria quando os elementos de provas constantes dos autos, apontam induvidosamente no sentido de que o acusado teve participação na empreitada criminosa, notadamente em razão de haver confissão extrajudicial de um dos agentes delitivos que também imputou a conduta a seu comparsa, permitindo ao julgador elevar sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas sob a égide do contraditório judicial, conforme permite o artigo 155 do CPP. Embargos rejeitados, de acordo com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, : Negaram provimento por maioria, nos termos do voto do Relator, vencidos o 1º e 3º Vogais. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Gelson Antônio Paini, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal (f. 480-498), pelo qual se deu parcial provimento ao recurso ministerial, reformando a sentença de primeiro grau para fins de condenar o réu à pena de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 157 c/c art. 29 do CP.

Nas razões de f. 01-08 pugna o embargante a prevalência do voto vencido, proferido pela Desembargadora Dileta Terezinha Souza Thomaz, que negava provimento ao recurso ministerial, mantendo a absolvição do embargante, por insuficiência probatória.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer de f. 15-20, opinou pela rejeição dos embargos.

É o Relatório. À Revisão.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Gelson Antônio Paini, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal (f. 480-498), pelo qual se deu parcial provimento ao recurso ministerial, reformando

a sentença de primeiro grau para fins de condenar o réu à pena de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 157 c/c art. 29 do CP.

Nas razões de f. 01-08 pugna o embargante a prevalência do voto vencido, proferido pela Desembargadora Dileta Terezinha Souza Thomaz, que negava provimento ao recurso ministerial, mantendo a absolvição do embargante, por insuficiência probatória.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer de f. 15-20, opinou pela rejeição dos embargos.

É o que basta para analisar a pretensão.

Inconsistente a negativa de autoria quando os elementos de provas constantes dos autos, apontam induvidosamente no sentido de que o acusado teve participação na empreitada criminosa, notadamente em razão de haver confissão extrajudicial de um dos agentes delitivos que também imputou a conduta a seu comparsa, permitindo ao julgador elevar sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas sob a égide do contraditório judicial, conforme permite o artigo 155 do CPP.

Ao analisar o caso, o voto vencedor deu parcial provimento a Apelação Criminal Ministerial, para implicar ao réu Gelson Antônio Paini, a conduta art. 157 c/c art. 29 do CP, sob os seguintes fundamentos delineados na ementa em destaque, os quais mostram-se mais que suficientes como razões de decidir a questão:

> *"A análise desse pedido impõe lembrar que Cácio Ricardo da Silva confessou o crime na esfera policial e apontou Gelson como seu mentor. Como visto, aquela confissão é válida, pois vem amparada por outros elementos de prova que não devem ser desprezados.*
>
> *Não bastasse, o policial Carlos da Silva, em Juízo, esclareceu: "A questão do Gelson foi posteriormente. Em outra ocorrência, comentando esses fatos, ele (Cácio) citou o Gelson. Ele zombou que Gelson tinha ficado escondido num terreno baldio do lado, onde tinha uma plantação de mandioca.(...) Como ele (Gelson) mora de frente a casa da vítima, me parece que ele ficou sabendo que a vítima ia fazer uma negociação e ia estar com esse dinheiro lá." – mídia de f. 209.*
>
> *Importante ressaltar, segundo o artigo 202 do CPP, toda pessoa poderá ser testemunha, texto que inclui o policial, cujas declarações assumem especial relevância quando coerentes entre si, sendo aptos a fundamentar decreto condenatório, especialmente quando confirmados em juízo, posto que o simples fato de ser policial não lhe torna suspeito ou impedido de relatar os fatos de que tenha tomado conhecimento no exercício de sua função pública, sendo reiterada a jurisprudência do Egrégio STF no sentido de que "é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita" (RTJ 68/64, referida por ALUIZIO BEZERRA FILHO in "Lei de Tóxicos Anotada e interpretada pelos Tribunais", f. 61).*
>
> *Nesse sentido segue o STJ:*
>
> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS COLHIDOS EM JUÍZO. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. (...). 1. Inexiste óbice no fato de estar a condenação embasada no depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante do corréu, mormente quando colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de prova. Precedente. 2. (...). (STJ; HC 418.529; Proc. 2017/0251727-2; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 17/04/2018; DJE 27/04/2018; Pág. 1412).*
>
> *E mais, ratificando as palavras do policial, a vítima Leonice asseverou, de fato, ter visto um homem tentando se ocultar atrás de algumas árvores logo que Cácio deixou sua residência – f. 262."*

Sobre referida confissão do corréu Cácio, que inclusive validada pelo juízo sentenciante quando do reconhecimento como atenuante, vale destacar os seguintes detalhes:

> *"Leonice dos Santos, e passa a esclarecer a dinâmica do crime: Relata que estava morando na cidade de Guaíra/PR, e veio para Eldorado, pois precisava falar com Gelson Antônio Paini, o qual lhe devia a importância de R$2.000,00, divida esta, contraída pelo motivo que Gelson comprou vários relógio e pulseiras de ouros, que foram furtados de uma relojoaria em Itaquiraí. O interrogado já confessou o crime de furto em Itaquiraí, bem como, já Gelson estava em Eldorado, o interrogado veio ao seu encontro, e assim que chegou nesta cidade foi à casa de Gelson, e ao encontra-lo, o mesmo disse que não tinha dinheiro para paga-lo, mas poderia passar uma informação quente, de um lugar que ele poderia praticar um roubo e levantar um bom dinheiro, daí a dívida era quitada. Como Gelson não tinha como lhe pagar e o interrogado precisava de dinheiro para comprar CRACK, aceitou a proposta de Gelson, que lhe informou que a vizinha morava sem esposo, apenas com suas duas filhas e tinha bastante dinheiro guardado em casa, que era só chegar, ENQUADRA, que ela lhe daria uma boa quantia em dinheiro, mas não especificou a quantidade que poderia roubar. Gelson indicou exatamente a casa da vítima, daí o interrogado saiu, deu uma volta e retornou depois de uns trinta minutos, quando entrou no quintal da residência, foi até a porta da frente da casa, momento em que abordou as filhas da vítima, que estavam na sala, dizendo que se tratava de um assalto, afirma que fez a ameaça com uma faca na mão. As crianças disseram que a mãe estava no banheiro, o interrogado foi ao banheiro e rendeu a mãe, momento em que exigiu dinheiro, dizendo: eu quero dinheiro, eu sei que você tem dinheiro, passa ele que eu não vou fazer nada com vocês. A vítima, Leonice, pegou o dinheiro que estava em uma bolsa, em cima da mesa da cozinha e passou para o interrogado, que ainda roubou mais aparelhos celulares, um na cor vermelho e outro ele não se recorda a cor, mas afirma que um ele pegou de Leonice, o outro de uma das filhas. (...) Afirma roubou aproximadamente R$1.100,00, em dinheiro e que tal valor não foi dividido com GELSON, mas ele deu como quitada a dívida que este tinha consigo. (...)." (f.26/27). (grifou-se).*

Assim, malgrado entendimento contrário pela insuficiência de provas, verifica-se dos autos elementos o bastante, para de rigor a manutenção da condenação tal como proferida.

Ante o exposto, com o parecer, rejeito os presentes embargos infringentes, mantendo o acórdão proferido em seus termos.

É como voto.

O Sr. Des. Emerson Cafure (Revisor)

Acompanho o i. Relator.

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souzaa (1º Vogal)

Rogo vênia ao ilustre Relator para, com o costumeiro respeito, divergir do voto inaugural, a fim de acolher os embargos infringentes.

Para os devidos aprofundamentos, eis a premissas nas quais o voto prevalente está basicamente fundado, *in verbis*:

> *"(...) A análise desse pedido impõe lembrar que Cácio Ricardo da Silva confessou o crime na esfera policial e apontou Gelson como seu mentor. Como visto, aquela confissão é válida, pois vem amparada por outros elementos de prova que não devem ser desprezados.*
>
> *Não bastasse, o policial Carlos da Silva, em Juízo, esclareceu: "A questão do Gelson foi posteriormente. Em outra ocorrência, comentando esses fatos, ele (Cácio) citou o Gelson. Ele zombou que Gelson tinha ficado escondido num terreno baldio do lado, onde tinha uma plantação de mandioca.(...) Como ele (Gelson) mora de frente a casa da vítima, me parece*

que ele ficou sabendo que a vítima ia fazer uma negociação e ia estar com esse dinheiro lá." – mídia de f. 209.

(…)
E mais, ratificando as palavras do policial, a vítima Leonice asseverou, de fato, ter visto um homem tentando se ocultar atrás de algumas árvores logo que Cácio deixou sua residência – f. 262." (p. 490-491).

Em que pese entendimento acima apresentado, os elementos invocados pelo relator originário são insuficientes para justificar a procedência da pretensão acusatória.

Inicialmente, importa salientar que o relato extrajudicial de Cácio Ricardo da Silva não foi ratificado sob o crivo judicial, tratando-se de mero elemento informativo, o qual desacompanhado de prova apta a corroborá-lo é imprestável para subsidiar, por si só, um édito condenatório.

Lado outro, conquanto conste do voto prevalente a informação de que o policial Carlos da Silva disse que Cácio citou o nome do recorrente noutra ocorrência, tendo dito que este permaneceu escondido numa plantação ao lado do imóvel alvo da subtração, é possível concluir, após ouvir acuradamente o depoimento de p. 209, que o depoente, na realidade, disse que Cássio ficou escondido na plantação, enquanto o ora embargante supostamente apenas lhe cooptou para a prática delitiva.

Confira-se:

"DEPOENTE: A questão do Gelson foi posteriormente, que no momento como ele se evadiu do local, a gente não conseguiu localizar ele. Ele foi reconhecido também por causa do boné, que uma das testemunhas que deu apoio para a vítima desse roubo aí no local, ela reconheceu como sendo do seu… acho que irmão, o boné, que ele utilizava muito esse boné, aí passou ao conhecimento de que era o "Ricardinho" que tinha cometido esse roubo. A questão dele citar o nome de Gelson, foi em outra ocorrência, que ele comentando sobre o fato, ele até meio que zombou, falou que tinha ficado escondido no terreno do lado, que tinha uma plantação de mandioca, ficou escondido ali.

MINISTÉRIO PÚBLICO: Mas quem efetuou o roubo lá?

DEPOENTE: Foi o "Ricardinho".

MINISTÉRIO PÚBLICO: Cácio?

DEPOENTE: Isso. Cácio Ricardo.

MINISTÉRIO PÚBLICO: Qual a participação de Gelson?

DEPOENTE: O Gelson, como ele mora de frente a casa das vítimas, a mãe dele mora de frente, me parece que ele teve conhecimento de que ela ia fazer essa negociação com esse gado e ia estar com essa quantia em dinheiro em casa. E onde ele conseguiu aliciar o "Ricardinho", não sei qual é, ele tem vários furtos no nome dele e ele foi fazer esse roubo aí." (arquivo audiovisual de p. 209, destacou-se).

Tal relato evidencia que Cácio Ricardo ("Ricardinho") foi quem, após ter sido preso em outra ocorrência, disse estar escondido no terreno baldio ao lado da residência alvo da subtração, tendo o depoente mencionado que a participação de Gelson supostamente foi a de "aliciar" Cácio, porém a expressão "me parece" utilizada pelo policial não constitui asserção calcada em elementos concretos, mas em mera suposição.

Por fim, o fato de a vítima Leonice ter dito, em juízo (arquivo audiovisual de p. 262), que avistou um homem se esconder dentre as árvores após a subtração também não constitui elemento de convicção idôneo para revelar a autoria por parte do embargante nos fatos em questão.

Ora, consoante acima frisado, o policial Carlos da Silva, em seu depoimento judicial (arquivo audiovisual de p. 209), asseverou que Cácio Ricardo confessou noutra ocorrência que, após ter realizado a subtração, escondeu-se no terreno nas proximidades da casa.

É perfeitamente possível, assim, que Cácio Ricardo da Silva fosse o homem que a vítima avistou na mata, porquanto a vítima não afirmou ter visto o embargante, mas apenas um "homem", tendo dito que conhece o embargante, porém jamais viu "Ricardinho".

Nessa ordem de ideias, o vocábulo "homem" empregado no depoimento da vítima, por si só, não é apto para vincular o apelante a autoria dos fatos, sendo certo que a referida expressão é demasiadamente vaga.

Outrossim, a teórica participação do embargante narrada na fase extrajudicial por Cácio Ricardo da Silva, além de não ter sido ratificada em juízo, colide com os elementos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Basta ver que a vítima Leonice (arquivo audiovisual de p. 262 – 05':30''- 05':37'') salientou que o cunhado do acusado Cácio Ricardo da Silva, pautado por impressões pessoais, disse que o vizinho da frente, ora embargante, teria sido o responsável por contatar Cássio para realizar a subtração.

Trata-se, em suma, de depoimento indireto sobre impressões pessoais de outrem ou, noutro modo de dizer, mera suposição.

Merece destaque, aliás, o excerto do depoimento da vítima no qual esta afirma não ter nenhuma intimidade com o vizinho da frente, ora embargante, motivo pelo qual não há lógica em afirmar que este possuía conhecimento sobre a existência de quantia em dinheiro no imóvel da vítima na ocasião dos fatos.

Referido arcabouço probatório foi examinado de modo muito proficiente no voto minoritário, confira-se:

> *"(...) É certo que o acusado Cácio Ricardo, quando ouvido durante a fase preparatória, confessou a prática do roubo noticiado na denúncia, esclarecendo que o apelado Gelson, que lhe devia a importância de R$2.000,00 (dois mil reais), teria lhe auxiliado na prática do crime, a fim de obter a quitação da referida dívida. Para tanto, Gelson teria lhe repassado a informação de que o depoente "poderia praticar um roubo e levantar um bom dinheiro*", esclarecendo que "*a vizinha morava sem esposo, apenas com duas filhas e tinha bastante dinheiro guardado em casa, que era só chegar, 'enquadra', que ela lhe daria uma boa quantia em dinheiro...*" (*sic*, p. 26).
>
> *Ao ser interrogado em juízo, Cácio alterou sua versão, afirmando que não praticou o roubo em questão e que apenas declinou o nome de Gelson na delegacia em virtude de ter sido pressionado pelo policial "Pereira", pois este tinha problema pessoal com esse "tal de Gelson, ele não gostava desse Gelson" (Mídia disponível no SAJ – p. 316).*
>
> *Embora a delação extrajudicial do corréu deva ser considerada, é certo que, no caso dos autos, a informação, além de retratada em juízo, não encontra suporte seguro em outros elementos concretos de prova.*
>
> *Interrogado apenas em juízo, o apelado negou participação no roubo, afirmando que tinha problemas pessoais com o corréu Cácio, razão pela qual pode ter sido falsamente acusado (Mídia de p. 250).*
>
> *As testemunhas ouvidas sob o crivo judicial não souberam declinar a respeito da participação do acusado Gelson Paini.*
>
> *Fabiana Mota Souza, ouvida em juízo (mídia de p. 189), informou que é cunhada do acusado Cácio Ricardo e, na data dos fatos, soube que ele teria sido autor do roubo em questão, pois na residência da vítima foram encontrados o boné e o chinelo que ele usava no dia dos fatos, os quais foram reconhecidos pela depoente na delegacia. Referida testemunha, no entanto, nada discorreu sobre eventual participação de Gelson nos fatos.*
>
> *O policial militar Carlos da Silva, em depoimento na fase inquisitiva, nada mencionou sobre a possível participação de Gelson no delito em questão (p. 45), apenas relatando sobre*

os fatos noticiados pela vítima e os elementos que permitiram a identificação do acusado Cácio Ricardo.

Em juízo (mídia de p. 209), declarou que foram acionados pela vítima, a qual discorreu sobre o roubo e a dinâmica dos acontecimentos. Em diligências no local, foram localizados um boné e um chinelo, os quais teriam sido deixados pelo autor do delito, e que, posteriormente, foram reconhecidos pela irmã do acusado Cácio como sendo a ele pertencentes. Afirmou que a questão de Cácio "citar o nome de Gelson foi em outra ocorrência". Indagado acerca da participação de Gelson, declarou que "como ele mora de frente à casa das vítimas, a mãe dele mora de frente, me parece que ele teve conhecimento que ela ia fazer a negociação com esse gado e ia estar com essa quantia em dinheiro em casa..."

Como se vê, a referida testemunha não demonstra convicção acerca da possível participação de Gelson nos fatos, apresentando narrativa fundada em mera suposição, despida de base concreta.

Ademais, não é possível concluir que Gelson estaria escondido, na ocasião, em um matagal próximo à residência da vítima, pois, em verdade, ao discorrer sobre tal episódio, o policial esclareceu que "RICARDINHO foi detido, envolvido numa outra ocorrência, e na ocasião confessou ser ele mesmo quem tinha praticado o roubo em apuração, tendo dito o seguinte: 'naquela data do roubo, vocês chegaram e eu estava escondido num terreno de plantação de mandioca localizado ao lado da casa" (sic, p.45). Portanto, de acordo com o relato da testemunha, o réu Cácio Ricardo, vulgo "Ricardinho", seria a pessoa que, após a prática do roubo, teria se escondido no terreno nas proximidades da casa.

Amanda Santos Souza, filha da vítima, discorreu sobre a abordagem e a forma como o roubo foi praticado. Indagada sobre eventual participação de Gelson no crime, afirmou que "o vizinho da casa da frente nunca levantou suspeita" (Mídia de p. 262).

A vítima Leonice dos Santos, ouvida em juízo (p. 262), ratificou a narrativa apresentada na fase policial, discorrendo sobre a forma como o crime de roubo foi praticado e acerca dos elementos que revelaram a autoria do acusado Cácio Ricardo, conhecido pelo vulgo de "Ricardinho". Indagada sobre a identificação desse indivíduo, afirmou que o executor esqueceu na residência um boné e um chinelo, os quais foram reconhecidos pela cunhada de Cácio como sendo os acessórios a ele pertencentes e que, inclusive, o mesmo utilizava na data dos fatos. Sobre a participação de Gelson, relatou que o cunhado de Ricardinho disse, na ocasião, que "foi o fulano da frente, então, que mandou ele vim. A pessoa da frente que é esse outro indivíduo, ele costumava sempre ficar na frente, lavando a área, e queria ficar me cuidando. Então, através do cunhado do Ricardinho e da irmã dele eu cheguei até essa outra pessoa, que é vizinho da frente... pois disseram que foi fulano que chamou ele, foi ele que chamou o Ricardinho pra vir aqui fazer isso com vocês".

Como se vê, ao discorrer sobre a possível participação de Gelson no crime, a vítima Leonice deixa claro que o cunhado do acusado Cácio teria afirmado, aparentemente com base em suas impressões pessoais, que "então foi o vizinho da frente que chamou o Ricardinho para praticar o roubo."

Contudo, nenhum elemento seguro de prova foi produzido no sentido de demonstrar, isente de qualquer dúvida, o envolvimento de Gelson no referido delito de roubo, recaindo sobre o acusado meros indícios de participação.

Ademais, chama atenção o fato de que, segundo narrativa judicial da própria vítima Leonice, esta não tinha relação próxima com o "vizinho da frente", em tese, o apelado Gelson Antônio, inclusive afirmando que não mantinham contato.

Então, fica o questionamento de como o referido apelado poderia ter conhecimento sobre o fato de a vítima possuir, na data dos fatos, elevada quantidade de dinheiro em sua residência, para repassar tal informação ao corréu Cácio.

> *Tal fato, em verdade, não restou esclarecido nos autos, assim como não restou evidenciada a participação do apelado Gelson no crime de roubo.*
>
> *Diante do cenário apresentado, vislumbro a inexistência de elementos de prova capazes de demonstrar, de forma inequívoca, a participação do apelado Gelson Antônio Paini no delito de roubo. " (p. 494-497).*

Diante da ausência de provas para demonstrar a autoria delitiva por parte do embargante não há falar em condenação, porquanto o ônus da prova incumbe a quem alega e, neste caso, a acusação não se desincumbiu de fazê-lo, razão pela qual deve imperar a presunção de inocência enquanto regra de julgamento.

Sobre a questão, eis o escólio de Aury Lopes Junior[1]:

> *"(...) Como regra de julgamento, a presunção de inocência impõe que a absolvição seja o critério pragmática de resolução da dúvida judicial, através do in dubio pro reo. Ademais, como ensina Rui Cunhas Martins, a presunção de inocência deve conduzir a uma pré-ocupação dos espaços mentais decisórios do juiz, gerando uma respectiva preocupação, por parte do juiz, em assim tratar o acusado até que a acusação derrube a presunção, comprovando a autoria e a materialidade do crime." (destacou-se).*

Nessa ordem de ideias, o processo penal não admite a prolação de condenações baseadas somente em suposições ou indícios, mostrando-se necessário que o conjunto probatório seja claro, escorreito e sem qualquer dúvida quanto à materialidade ou autoria do delito.

A gravidade da condenação criminal, cujo efeito primário cerceia um dos principais direitos do ser humano (liberdade), faz com que a dúvida sempre milite em favor do acusado.

Em abono dessa conclusão, colhe-se o posicionamento deste Sodalício em caso semelhante:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - ARTIGO 386, VII, DO CPP – "IN DUBIO PRO REO" - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO TRANSMITE CERTEZA – ACOLHIMENTO.*
>
> ***I – Somente se admite prolação de decreto condenatório diante de conjunto probatório robusto, seguro, estreme de dúvida. Caso contrário, em homenagem ao princípio do "in dubio pro reo", impositiva a absolvição com base no inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.***
>
> *II – Embargos infringentes a que, contra o parecer, dá-se provimento. ".*
>
> *(**TJMS**. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0019542-64.2018.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 17/04/2020, p: 22/04/2020) (Destacou-se).*

Portanto, considerando-se que não constam dos autos elementos probatórios hábeis a lastrear um édito condenatório, haja vista a ausência de prova ritualmente formada, a dúvida deve militar em favor do recorrido e, em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, a absolvição é medida de rigor, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

São estes os motivos pelos quais voto pelo acolhimento dos infringentes, a fim de que prevaleça o voto minoritário de lavra da Desª. Dileta Terezinha Souza Thomas.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira o (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

1 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 354.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (3º Vogal)

Acompanho o voto divergente proferido pelo Des. Zaloar Murat Martins de Souza para fazer prevalecer o voto mais favorável proferido pela Desembargadora Dileta Terezinha Souza Thomaz, que negava provimento ao recurso ministerial, mantendo a absolvição do embargante, por insuficiência probatória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento por maioria, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 3º vogais 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. Emerson Cafure, Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2020.

***

1ª Seção Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0039029-54.2017.8.12.0001/50000 - Campo Grande

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 12, DA LEI 10826/2003) – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA E INCISDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INOCORRÊNCIA – IRRELEVÂNCIA DE EFETIVA OFENSIVIDADE DO ARTEFATO – CONDENAÇÃO MANTIDA – EMBARGOS REJEITADOS.

O crime previsto no art. 12, da Lei n.º 10.826/03, consuma-se com a simples ação do agente possuir arma, acessórios ou munições, sendo tipificado pelo legislador pátrio como crime de perigo abstrato e potencial. Em razão disso, as discussões acerca da inexistência de lesividade que levaria à atipicidade da conduta do réu, não encontra amparo perante a própria intenção do legislador, que elegeu a conduta como um relevante penal, conforme tipificação no dispositivo em questão, em total vigor no ordenamento jurídico hodierno. Embargos rejeitados, de acordo com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Negaram provimento por maioria, nos termos do voto do Relator, vencidos o 1º e 3º Vogais. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Alyson Miguel da Silva de Araújo, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal (f. 250-262), pelo qual se deu provimento ao recurso ministerial, reformando a sentença de primeiro grau para fins de condenar o réu nas sanções do art. 12, caput, da Lei 10.826/03, à pena de 1 ano de detenção e pagamento de 10 dias-multa, em regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos.

Nas razões de f. 01-16 pugna o embargante a prevalência do voto vencido, proferido pelo Revisor, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, que negava provimento ao recurso, mantendo a incidência do princípio da insignificância ao caso concreto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer de f. 23-31, opinou pela rejeição dos embargos.

É o Relatório. À Revisão.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Alyson Miguel da Silva de Araújo, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal (f. 250-262), pelo qual se deu provimento ao recurso ministerial, reformando a sentença de primeiro grau para fins de condenar o réu nas sanções do art. 12, caput, da Lei 10.826/03, à pena de 1 ano de detenção e pagamento de 10 dias-multa, em regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos.

Nas razões de f. 01-16 pugna o embargante a prevalência do voto vencido, proferido pelo Revisor, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, que negava provimento ao recurso, mantendo a incidência do princípio da insignificância ao caso concreto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer de f. 23-31, opinou pela rejeição dos embargos.

É o que basta para analisar a pretensão.

Em síntese da denúncia, o recorrente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 16, caput, da Lei 10.826/03, pois na data de 04 de setembro de 2017, teria sido flagrado na posse de 06 munições intactas de calibre 9mm, e 04 estojos de projeteis já deflagradas.

Ao analisar o caso, o voto vencedor deu provimento a Apelação Criminal Ministerial, para reformar a sentença, e implicar o réu nas sanções do art. 12, caput, da Lei 10.826/03, sob os seguintes fundamentos delineados na ementa em destaque:

> *"E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL - POSSE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO - SENTENÇA REFORMADA - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA - QUANTIDADE DE MUNIÇÕES QUE EXCEDE AO CONCEITO DE "ÍNFIMA QUANTIDADE" - RECURSO PROVIDO. O crime de posse ilegal de arma de fogo/munição é de mera conduta, consumando-se com o simples fato de o agente perpetrar uma das condutas previstas no tipo penal. Tal delito é opção política do legislador e busca proteção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado, não havendo falar em ausência de lesividade e perigo social. Ressalto que, apesar das Cortes Superiores terem adotado entendimento pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei nº 10.826/03, a despeito de serem delitos de mera conduta, afastando, assim, a tipicidade material da conduta, é incabível a aplicação de referida posição ao presente caso, já que somente poderá ser reconhecida a atipicidade da conduta quando o agente tenha sido apreendido na posse de quantidade ínfima de munição, todavia, a quantidade de munição encontrada na posse do denunciado (6 munições intactas e 4 cartuchos deflagrados) não se enquadra no conceito de "ínfima quantidade" exigido, sendo impositiva a condenação do denunciado pela prática do crime descrito no art. 12, da Lei nº 10.826/03. Com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial, para condenar Alyson Miguel da Silva de Araújo pela prática do crime previsto no art. 12, caput, da Lei nº 10.826/03, à pena de 1 ano de detenção e pagamento de 10 dias-multa, em regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos."*

O crime previsto no art. 12, da Lei n.º 10.826/03, consuma-se com a simples ação do agente possuir arma, acessórios ou munições, sendo tipificado pelo legislador pátrio como crime de perigo abstrato, potencial.

Em razão disso, as discussões acerca da inexistência de lesividade que levaria à atipicidade da conduta do réu não vislumbram fundamento, já que o próprio legislador elegeu a conduta como um relevante penal, tipificando-a no artigo 12 da Lei da Armas, estando tal dispositivo em total vigor no ordenamento jurídico hodierno.

E ainda, salienta-se que o referido artefato apresenta considerável poder intimidatório, razão pela qual a exigência da comprovação do perigo concreto dificultaria em muito a prevenção de crimes violentos.

Com efeito, o delito em questão representa a probabilidade de dano à segurança e à paz pública, não se exigindo a produção de qualquer resultado para a sua consumação, razão pela qual é incabível o reconhecimento do princípio da insignificância.

Assim já se manifestou este Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"I. O crime previsto no art. 12, da Lei n.º 10.826/03, consuma-se com a simples ação do agente possuir arma, acessórios ou munições, sendo tipificado pelo legislador pátrio como crime de perigo abstrato, potencial. Em razão disso, as discussões acerca da inexistência de lesividade que levaria à atipicidade da conduta do réu não vislumbram fundamento, já que o próprio legislador elegeu a conduta como um relevante penal, tipificando-a no artigo 12 da Lei da Armas, estando tal dispositivo em total vigor no ordenamento jurídico hodierno." (TJMS, Apelação Criminal - Nº 0001180-20.2015.8.12.0033 – Eldorado, Minha Relatoria, 2ª Câmara Criminal, j. 29/10/2019)*

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE DE ARMA E DE MUNIÇÃO – ESTATUTO DO DESARMAMENTO - ART. 12 DA LEI 10.826/2006 - CRIME DE PERIGO ABSTRATO E DE MERA CONDUTA – IRRELEVÂNCIA DE EFETIVA OFENSIVIDADE DO ARTEFATO – CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. I - O delito de posse ilegal de armas e/ou munições de uso permitido, tipificado no caput do artigo 12 da Lei 10.826/2003, é de mera conduta e perigo abstrato, não exigindo prova de perigo real, os quais, por si só, já expõem a risco a incolumidade pública, justificando a presunção de ofensa ao bem jurídico. II – Recurso desprovido, com o parecer." (TJMS. Apelação Criminal n. 0000658-08.2016.8.12.0049, Agua Clara, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 30/01/2020, p: 03/02/2020)*

Em mesma linha, o STJ, *in verbis*:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A PREVISTA NO ART. 40, IV, DA LEI DE DROGAS. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) IV - Além disso, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que "o porte ilegal de munição, ainda que desacompanhado da respectiva arma de fogo, é delito de perigo abstrato, sendo punido antes mesmo que represente qualquer lesão ou perigo concreto" (RHC n. 80.631/PI, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 26/04/2017). (AgRg no HC 546.847/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 18/03/2020)*

Assim, data vênia aos posicionamentos contrários, no sentido de que da conduta do réu não decorreu nenhuma efetiva lesão carece de embasamento, visto que a *ratio legis* da criminalização da posse ilegal de arma/munição é justamente o perigo que representa para a segurança da coletividade e de outros bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a liberdade, dentre outros.

Cabe frisar que, o tipo penal em comento (art.12 da Lei n.º 10.826/03) é inequívoco ao exigir, tão somente, o ato de possuir ilegalmente *"a arma de fogo, acessório ou munição sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar"*, sendo, portanto, crime de mera conduta. Assim, não há que se cogitar a atipicidade da conduta, posto que configurado o delito pelo simples fato de possuir a arma de fogo e/ou munições.

Portanto, entendo que devidamente aplicada a condenação.

Ante o exposto, com o parecer, rejeito os presentes embargos infringentes, mantendo o acórdão proferido em seus termos.

É como voto.

O Sr. Des. Emerson Cafure (Revisor)

Acompanho o i. Relator.

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza (1º Vogal)

Peço vênia ao ilustre Relator para divergir do voto inaugural, a fim de acolher os embargos infringentes.

Com efeito, este Sodalício, alinhando-se à jurisprudência dos Tribunais Superiores, vem reconhecendo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos casos de apreensão de pequena quantidade de munição de uso permitido ou restrito, desde que desacompanhadas do artefato hábil para a deflagração[1].

Nesse aspecto, insta salientar que a aplicação do princípio da insignificância demanda a presença simultânea dos seguintes vetores: a) a mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

Tais vetores estão perfeitamente preenchidos neste particular, tendo em vista a certidão de antecedentes de p. 147 e a dinâmica dos fatos, a qual consistiu na apreensão de apenas 06 (seis) munições atualmente consideradas de uso permitido e 04 estojos deflagrados (p. 76), os quais estavam na residência do embargante e desacompanhados da respectiva arma de fogo.

Ora, consoante muito bem frisado no voto minoritário, o embargante "*inquirido em juízo, confessou a propriedade das munições, as quais aludiu ter encontrado no lixo, durante trabalho de reciclagem, e que as guardou por mera curiosidade, não revelando as referidas circunstâncias a ausência de vulneração relevante aos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal, a nenhuma periculosidade social e o reduzíssimo grau de reprovabilidade da conduta*." (p. 258).

Diante desse cenário, é cogente o reconhecimento da insignificância da referida conduta.

Colhe-se, por oportuno, os recentes precedentes da **Quinta e Sexta Turmas** do Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO.* ***PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 10 MUNIÇÕES .38. AUSÊNCIA DE ARMAS****. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela incidência do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei 10.826/03, afastando a tipicidade material da conduta, quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal.*
>
> ***2. Ainda que formalmente típica, a apreensão de 10 munições de calibre .38, desacompanhada de arma de fogo, não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado.***
>
> *3. Agravo regimental improvido.*
>
> *(AgRg no REsp 1853920/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020) (Destacou-se).*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIA, APENAS, EM* ***RELAÇÃO AO CRIME TIPIFICADO NO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PORTE ILEGAL DE 17 MUNIÇÕES, ATUALMENTE DE USO PERMITIDO****, DESACOMPANHADAS DE ARMA DE FOGO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA.* ***CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO QUE NÃO REVELA ESPECIAL GRAVIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.***

1 Nesse sentido: Apelação n. 0004052-02.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 07/06/2019, p: 10/06/2019; Apelação n. 0047748-59.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 21/05/2019, p: 23/05/2019.

1. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão agravada por seus próprios fundamentos.

2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores reconheceu ser possível aplicar o princípio da insignificância na hipótese de apreensão de pequena quantidade de munição (em regra, de uso permitido), desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública.

3. Na hipótese dos autos, a Corte de origem, sem considerar as excepcionalidades do caso concreto, entendeu que a atipicidade da conduta somente tem lugar quando apreendidos até 6 (seis) cartuchos de munições. Contudo, embora a conduta do acusado amolde-se formalmente ao tipo penal previsto no art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, na hipótese dos autos, verifica-se a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, devendo ser restabelecida a sentença absolutória de primeiro grau.

*4. Foram apreendidas com o acusado, em via pública, **17 munições (atualmente consideradas de uso permitido)**, e, posteriormente, 1 colete balístico e pinos vazios possivelmente utilizados como invólucros de drogas, encontrados em sua residência. Assim, ainda que considerado referido contexto fático, tem-se que as circunstâncias não denotam especial gravidade, a afastar a incidência do princípio da insignificância, dada a incapacidade de os itens apreendidos causarem ofensa à incolumidade pública.*

5. Agravo regimental em habeas corpus improvido.

(AgRg no HC 566.373/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020) (Destacou-se).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ***APREENSÃO DE DOZE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO E DE DUAS DE USO RESTRITO, DESACOMPANHADAS DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA.***

1. A Sexta Turma desta Casa, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei n. 10.826/2003, esclarecendo que a ínfima quantidade de munição apreendida, aliada a ausência de artefato bélico apto ao disparo, evidencia a inexistência de riscos à incolumidade pública. Precedentes.

2. Na espécie, considerando a quantidade não relevante de munições, bem como o fato de não estarem acompanhadas de arma de fogo, afastou-se a tipicidade material da conduta, tendo em vista a ausência de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1554212/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 17/02/2020) (Destacou-se).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. POSSE DE MUNIÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. ***PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSE DE 25 MUNIÇÕES CALIBRE 36. AUSÊNCIA DE ARMA DE FOGO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.***

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. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o crime de posse ou porte irregular de munição de uso permitido, independentemente da

quantidade, e ainda que desacompanhada da respectiva arma de fogo, é delito de perigo abstrato, sendo punido antes mesmo que represente qualquer lesão ou perigo concreto de lesão, não havendo que se falar em atipicidade material da conduta (AgRg no RHC n. 86.862/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 28/2/2018).

3. O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, reconheceu ser possível aplicar o princípio da insignificância na hipótese de apreensão de quantidade pequena de munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública.

4. Neste caso, o paciente e os corréus foram flagrados na posse de 25 (vinte e cinco) cartuchos calibre 36 desacompanhadas da arma de fogo correspondente. Assim, reconhecida a inocorrência de ofensa à incolumidade pública, deve ser afastada a tipicidade material do fato, conquanto seja a conduta formalmente típica.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0001936-70.2015.8.26.0346.

(HC 552.001/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 12/02/2020) (Destacou-se).

Em conclusão, a conduta em comento deve ser considerada materialmente atípica.

São estes os motivos pelos quais voto pelo acolhimento dos infringentes, a fim de que prevaleça o voto minoritário de lavra do Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (3º Vogal)

Encaminho voto no sentido de dar provimento aos embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto por mim proferido no recuso subjacente, cujos termos ora me reporto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento por maioria, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 3º vogais decisão contra 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. Emerson Cafure, Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal nº 0831047-19.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO –SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO – INFORMAÇÃO PRESTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SENTIDO DE QUE OS DADOS NECESSÁRIOS À INSTRUÇÃO PROCESSUAL JÁ FORAM EXTRAÍDOS PELA PERÍCIA TÉCNICA - DESINTERESSE DO OBJETO AO PROCESSO – RECURSO PROVIDO.

Considerado que o indeferimento do pedido de restituição foi motivado unicamente na existência de perícia pendente sobre o aparelho celular e tendo em conta o tempo já decorrido desde que foi prolatada a decisão impugnada, foi solicitada ao juízo de origem informações acerca da conclusão ou não do exame técnico.

Em resposta, o Ministério Público Estadual informou já ter havido a extração dos dados do referido aparelho pelo setor responsável no GAECO/MS, tanto que faria a entrega do objeto em cartório, o que permite conclusão no sentido de que a coisa apreendida não interessa mais ao processo e de que não mais se justifica a medida constritiva.

Recurso 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, proveram unânime. Decisão contra o parecer. O Des. Ruy Celso Barbosa Florence declarou suspeição.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Admilson Cristaldo Barbosa contra decisão proferida pelo Juízo da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande que acolheu parcialmente pedido de restituição de bens.

Em suas razões, pugna pela restituição do aparelho celular apreendido (f. 117-128).

Contrarrazões pelo desprovimento (f. 137-142).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (f. 153-159).

É o Relatório. Peço dia.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Admilson Cristaldo Barbosa contra decisão proferida pelo Juízo da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande que acolheu parcialmente pedido de restituição de bens.

Em suas razões, pugna pela restituição do aparelho celular apreendido (f. 117-128).

Contrarrazões pelo desprovimento (f. 137-142).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (f. 153-159).

Passo ao exame da matéria.

O recorrente formulou pedido de restituição de coisas apreendidas, conforme relação descrita às f. 64-71, sob a alegação de que houve julgamento nos autos da ação penal n. 0900333-84.2018 e que por essa razão não mais subsistiriam os motivos para a apreensão.

O pleito foi acolhido exceto com relação ao aparelho celular com exceção do aparelho celular marca Apple, modelo Iphone 8 (item 4 - f. 65), o qual se encontra pendente de exame pericial; 1 (uma) lâmina de cheque n. 001690, Banco Bradesco – ag. 1747, no valor de R$ 165.000,00; e 3 (três) notas promissórias, nos valores de R$ 150.000,00; R$ 50.000,00 e R$ 50.000,00.

Irresignado, pede a restituição do aparelho celular. A tal efeito sustenta que já houve tempo razoável para a realização de exames periciais e que o bem em questão não mais interessa ao processo.

É cediço que a restituição de coisas apreendidas depende, além da prova de propriedade, do desinteresse processual na apreensão, consoante o artigo 118, do Código de Processo Penal, que estipula:

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

Considerado que o indeferimento do pedido de restituição foi motivado unicamente na existência de perícia pendente sobre o aparelho celular e tendo em conta o tempo já decorrido desde que foi prolatada a decisão impugnada, determinei a expedição de ofício ao Juízo da Vara da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande para que informasse acerca da conclusão ou não do exame técnico.

Em resposta, o Ministério Público Estadual informou já ter havido a extração dos dados do referido aparelho pelo setor responsável no GAECO/MS e que no dia 05.08.2020 faria a entrega do objeto no Cartório da Vara da Auditoria Militar (f. 172). Após consulta aos autos 0014413-78.2018.8.12.0001 foi possível confirmar a entrega.

Como se pode observar, a coisa apreendida não interessa mais ao processo, de modo que não mais se justifica a medida constritiva.

Por consequência, merece acolhida o pedido de reforma a fim de que ao apelante seja devolvido o aparelho celular de sua propriedade.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para determinar a restituição ao apelante do aparelho celular marca Apple, modelo Iphone 8, descrito no item 4 da f. 65 destes autos e que atualmente está depositado no cartório da Vara da Auditoria Militar (caixa 300).

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram unânime decisão contra o parecer. o des. Ruy Celso Barbosa Florence declarou suspeição.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Apelação Criminal nº 0014478-49.2013.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – ROUBO MAJORADO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – INVIABILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME E SEGURO A AMPARAR A CONDENAÇÃO – EXCLUSÃO DAS MAJORANTES DO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO – IMPOSSIBILIDADE – NÃO PROVIMENTO, COM O PARECER.

Não há falar em absolvição por ausência de provas se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são firmes e seguros a amparar a condenação imposta pela sentença impugnada.

Restando demonstrado pelo conjunto probatório que ambos os acusados praticaram o delito de roubo e que o corréu realizou a subtração dos objetos das vítimas com emprego de arma de fogo, inviável a exclusão da majorantes.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ROUBO MAJORADO – PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES – ACOLHIMENTO – ADOLESCENTES QUE PARTICIPARAM DO DELITO DE ROUBO COM OS RÉUS – CRIME FORMAL – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR – SÚMULA 500 DO STJ – PROVIMENTO, COM O PARECER.

A configuração do crime previsto no art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal (Súm. 500 do STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, A) Quanto ao recurso ministerial: Proveram por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Revisor. B) Quanto ao recurso defensivo: Negaram provimento unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2021.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Ministério Público Estadual e Jackson Cláudio de Souza, qualificado nos autos, inconformados com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Capital, que julgou parcialmente procedente a pretensão formulada na denúncia, condenando este último a 6 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 40 dias-multa, pela prática do delito de roubo majorado, art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, absolvendo-o do crime de corrupção de menores, interpõem recursos de apelação.

Pela sentença também foi condenado o réu José Fernando da Silva Santos, qualificado nos autos, a 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 53 dias-multa, por infração ao art. 157, 2º, I e II, do CP, absolvido do delito previsto no art. 244-B do ECA, o qual não apresentou recurso de apelação.

Em suas razões recursais, fls. 520-525, o *parquet* requer a condenação dos acusados pela prática do crime de corrupção de menores, art. 244-B do ECA, sob alegação de que se trata de delito formal, bastando que o agente imputável pratique a infração penal com o menor, tal como ocorreu nos autos. Apresenta prequestionamento.

Contrarrazões do réu José às fls. 539-544 e do réu JACKSON às fls. 562-566.

JACKSON, sem seu apelo, fls. 567-574, postula a absolvição sob alegação de insuficiência de provas e, subsidiariamente, o afastamento das majorantes do concurso de pessoas e do emprego de arma de fogo. Elabora prequestionamento.

Contrarrazões do MP às fls. 577-587.

Parecer pelo provimento do recurso acusatório e não provimento do defensivo, fls. 597-612.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Segundo a denúncia:

"1. No dia 15.10.2012, por volta das 16h30min, na residência localizada na Rua Netuno, n. 282, no bairro Vila Planalto, nesta cidade de Campo Grande, MS, os denunciados JACKSON CLAUDIO DE SOUZA e JOSÉ FERNANDO DA SILVA SANTOS, juntamente com os adolescentes infratores ***** e ***** subtraíram, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, 01 cachorro poodle toy, 03 celulares, 01 aparelho de televisão e 01 carteira, avaliados em R$4.030,00 (conforme Auto de Avaliação de fl. 09 e Auto de Avaliação Indireta de fl.11) de propriedade das vítimas RODRIGO REMACRE CARAMALAC e KATIUSCIA DO NASCIMENTO ARRUDA.

2. Na ocasião dos fatos, mediante prévio ajuste e divisão de tarefas, o denunciado JACKSON CLAUDIO DE SOUZA emprestou um veículo Fiat/Uno, de sua propriedade, ao denunciado JOSÉ FERNANDO DA SILVA SANTOS, para que este, juntamente com os adolescentes infratores ***** e *****, praticasse o crime. Ademais, o denunciado JACKSON CLAUDIO DE SOUZA também ficou responsável pela venda da res furtiva e posterior divisão dos lucros.

3. Na ocasião, o denunciado JOSÉ FERNANDO DA SILVA SANTOS juntamente com os adolescentes infratores ***** e *****, adentraram no imóvel e, empunhando um revólver calibre 32, o denunciado JOSÉ FERNANDO DA SILVA SANTOS rendeu as vítimas, enquanto os adolescentes infratores ***** e ***** subtraíram a res furtiva do interior da residência.

Em seguida, fugiram conduzindo o veículo Fiat/Uno, de propriedade do denunciado JACKSON CLAUDIO DE SOUZA, tomando rumo ignorado.

(…)

6. O crime de roubo qualificado praticado pelos denunciados JACKSON CLAUDIO DE SOUZA e JOSÉ FERNANDO DA SILVA SANTOS, assim o foi na companhia dos adolescentes infratores ***** e *****, sendo estes corrompidos1 por aquele, razão pela qual os denunciados deveram ser responsabilizados pela corrupção dos adolescentes infratores, nos moldes do art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente."

Após regular instrução processual, sobreveio a sentença de fls. 494-504, que condenou o réu José Fernando a 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 53 dias-multa, e JACKSON a 6 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 40 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, do CP, e absolvendo-os quanto ao crime do art. 244-B do ECA.

Discordando do resultado do julgamento, a defesa de JACKSON e o Ministério Público apresentaram recursos de apelação; a defesa requer a absolvição, sob alegação de insuficiência de provas, e, subsidiariamente, o afastamento das majorantes no crime de roubo; o MP postula a condenação de ambos os acusados pela prática do delito de corrupção de menores.

Recurso do réu Jackson Cláudio de Souza.

Sustenta o apelante que não existem provas idôneas aptas a sustentar a sentença condenatória, pelo que deve ser absolvido.

Argumenta que realmente emprestou seu veículo ao corréu José, porém não sabia que o carro seria utilizado para a prática delitivo, bem como nega que tenha vendido os objetos roubados.

Postula a reforma da sentença com a absolvição por insuficiência de provas, com fundamentos nos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Em que pesem os argumentos deduzidos no apelo, tenho que não assiste razão ao recorrente, uma vez que os elementos de convicção coligidos ao processo são firmes e seguros para confirmar sua responsabilidade pelo delito descrito na denúncia, sendo medida que se impõe a manutenção da condenação.

Relativamente à autoria e materialidade delitivas, a motivação da sentença restou assentada nos seguintes fundamentos, os quais adoto como razões complementares de decidir:

> *"O pedido condenatório formulado na denúncia é procedente, porquanto restou comprovado que os acusados, em concurso com adolescentes, consumaram a subtração de coisas móveis pertencentes a vítima Rodrigo Remacre Caramalac e Katiuscia do Nascimento Arruda, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo.*

Passo à análise da conduta de cada um dos acusados.

O acusado José Fernando da Silva Santos foi reconhecido pela vítima Katiuscia como autor do delito de roubo (fl. 11-12), informação essa ratificada pela vítima em juízo, que ainda esclareceu que o referido acusado, em concurso com um adolescente identificado pela vítima como Valter, utilizou-se de arma de fogo para exercer grave ameaça e subtrair os bens móveis pertencentes à vítima.

O acusado José Fernando da Silva Santos, em seu interrogatório judicial, confessou a autoria do delito, esclarecendo a participação dos adolescentes infratores e ainda do corréu Jackson Cláudio de Souza, seu concunhado, o qual foi o responsável por emprestar o veículo utilizado na fuga do acusado e era o encarregado de comercializar a res furtiva. Essa divisão de tarefas foi confirmada pelas testemunhas policiais ouvidas em juízo.

No tocante ao acusado Jackson Cláudio de Souza verifica-se que foi partícipe do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, pois colaborou decisivamente para consumação do delito fornecendo o automóvel utilizado pelo acusado José Fernando da Silva Santos para empreender fuga do local, bem como foi o responsável pela comercialização da res furtiva com o corréu Marcos Valério Avelar Gama, denunciado pelo crime de receptação.

Embora o acusado Jackson tenha negado em juízo a autoria do delito, aduzindo desconhecer que seu concunhado, corréu José Fernando, utilizaria do veículo por ele emprestado para consumar o crime de roubo, essa versão é frágil e destoante dos elementos colhidos em juízo.

Inicialmente, verifica-se que tanto o acusado Jackson, quanto o acusado José Fernando foram presos em flagrante pelo crime de furto dias após a consumação do presente crime de roubo, sendo esse o motivo pelo qual foram identificados pela polícia, conforme o depoimento judicial da testemunha Osmar Ferreira. Além da utilização do veículo pertencente ao acusado Jackson na consumação do crime, o animal de estimação subtraído da vítima (poodle toy, cor preta, identificada como Mel) foi encontrado pela polícia na casa da sogra do acusado Jackson, evidenciando a sua importante participação para consumação do crime de roubo e sua função de dar destinação a res furtiva. Soma-se a isso o relato das vítimas e das testemunhas policiais ouvidas em juízo.

A tese defensiva de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 29, §1° do Código Penal (participação de menor importância) não merece prosperar, visto que a participação material do acusado Jackson, fornecendo o veículo utilizado pelo acusado José Fernando da Silva Santos para empreender fuga, foi fundamental para o êxito e consumação da conduta criminosa.

A materialidade do crime está comprovada por meio do auto de exibição e apreensão (fl. 15), auto de avaliação (fl. 16), auto de entrega (fl. 17-18), auto de avaliação indireta (fl. 19-20). As qualificadoras do concurso de agentes e emprego de arma de fogo são comprovadas pelo depoimento das vítimas em juízo, das testemunhas policiais e do próprio interrogatório do acusado José Fernando da Silva Santos."

A magistrada da causa, bem apreciando todo o acervo probatório coligido durante a instrução do feito, à luz do devido processo legal, apontou de forma concreta e fundamentada os motivos pelos quais acolheu a tese acusatória deduzida pelo Ministério Público, demonstrando com detalhes e coerência a responsabilidade de ambos os acusados pelo crime descrito na denúncia.

Restou assaz demonstrada a prática delitiva levada a efeito pelos recorrentes, em concurso de agentes.

Neste cenário, não comporta acolhimento a pretensão recursal de absolvição por insuficiência probatória, visto que as provas são fartas e apontam a responsabilidade do apelante pelo delito descrito na inicial acusatória.

As vítimas Rodrigo Remacre Caramalac e Katiuscia do Nascimento Arruda, em audiência judicial, narraram como ocorreram os fatos, declarando que três ou quatro pessoas adentraram na residência onde estavam, sendo que um deles estava armado, e subtraíram vários objetos (celulares, carteira, televisão, videogame e até mesmo a cachorrinha da irmã de Rodrigo). (fl. 400)

Na delegacia de polícia, a vítima Katiuscia reconheceu pessoalmente, sem sombra de dúvidas, o réu José Fernando da Silva Santos, como um dos autores do roubo, sendo aquele que portava a arma (fl. 11) e reconheceu por fotografia o menor ***** também como participante do fato criminoso (fl. 12)

Também foram ouvidos em Juízo os policiais civis que atuaram na fase investigativa, Eduardo Jordão, Jorge Silva dos Santos e Osmar Ferreira, os quais relataram que os réus foram presos pela polícia militar por outro fato criminoso e pelas características do roubo analisado nestes autos foram identificados; que o réu José Fernando admitiu o roubo em questão e apontou a participação de JACKSON; que José Fernando era quem portava a arma e foi com os adolescentes até a casa das vítimas para realizar a subtração, ao passo que JACKSON emprestou seu veículo e foi quem vendeu os objetos roubados; que ambos os réus já eram conhecidos do meio policial; que ambos confessaram o crime; que JACKSON tinha ciência de que seu veículo seria utilizado na prática delitiva e depois ficou com o produto do roubo e vendeu. (fl. 400)

Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é de se dar credibilidade e validade aos testemunhos dos agentes públicos que participaram das diligências na fase investigativa, desde que seus relatos encontrem amparo nos demais elementos informativos e de convicção coligidos no decorrer da instrução judicial.

Não faria sentido o Estado (Poder Público) admitir/permitir a atuação dos agentes policiais em seu nome durante a persecução penal extrajudicial e negar credibilidade aos seus depoimentos na fase judicial.

Sobre o tema:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Desconstituir o julgamento da Corte a quo, que condenou as agravantes pelo crime de tráfico de drogas, ou aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, demandaria a incursão na seara fático/probatória, situação inviável ante o óbice contido na Súmula n. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONSIDERADO NOTÓRIO. COTEJO ANALÍTICO. IMPRESCINDIBILIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. POLICIAIS. VALIDADE. (...) É entendimento já há muito pacificado neste Sodalício, de que são válidos os testemunhos de policiais, mormente quando não dissociados de outros elementos contidos nos autos aptos a ensejar a condenação. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 482.641/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, 5ª TURMA, j. 02/10/2014)"*

> *"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO. RECONHECIMENTO PESSOAL. VIOLAÇÃO DO ART. 226 DO CPP. CONDENAÇÃO FUNDADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. MERA IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. COERÊNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...) 2. Tendo a condenação do réu sido fundamentada no depoimento das vítimas e dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante e na contradição existente entre os depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa, não há falar em nulidade pela não observância das exigências contidas no art. 226 do Código de Processo Penal. (...) 7. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, situação da espécie, constituindo-se, assim, elemento apto a respaldar as condenações. 8. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 198.846/DF, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. 27/10/2015)"*

> *"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO COMETIDO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO, EM CONCURSO DE AGENTES E COM RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. ABSOLVIÇÃO EM 1º GRAU. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. CONDENAÇÃO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 155 DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVA DA AUTORIA COLHIDA EM JUÍZO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA PELA PROVA JUDICIALIZADA. VALIDADE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) II - O eg. Tribunal de Justiça, ao modificar a sentença absolutória para condenar o paciente, se fundamentou na prova coligida em Juízo, consistente no depoimento das vítimas e testemunhas, dentre elas policiais que realizaram a prisão em flagrante, os quais corroboraram os elementos constantes do inquérito policial, notadamente a confissão extrajudicial dos agentes, não havendo ofensa ao art. 155 do CPP. III - Esta Corte firmou entendimento no sentido que a retratação da confissão extrajudicial não é suficiente para elidir sua validade para o convencimento acerca da autoria, quando for corroborada por elementos produzidos sob o crivo do contraditório. IV - O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. (...) (HC 471.082/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 23/10/2018)"*

Os depoimentos dos policiais que participaram das diligências são uníssonos e estão em harmonia com os demais elementos de informação e convicção presentes no caderno processual.

No caso em exame, é indiscutível a idoneidade dos depoimentos judiciais prestados pelos policiais que atuaram na fase investigativa. Apresentaram seus depoimentos sob o compromisso de dizer a verdade, tendo sido cientificados sob as consequências penais de eventuais declarações divorciadas da realidade. Além do mais, depuseram de forma segura e coesa, aptas a confirmar a tese acusatória descrita na denúncia, o que atribui relevante credibilidade a tais elementos no contexto probatório.

Os depoimentos dos policiais que participaram das diligências são uníssonos e estão em harmonia com os demais elementos de informação e convicção presentes no caderno processual, além do próprio contexto fático descrito na denúncia.

Nesse sentido, destaco os interrogatórios extrajudiciais dos acusados, ocasião em que admitiram a prática delituosa, José Fernando às fls. 26-28 e JACKSON às fls. 42-43.

Em Juízo, José Fernando ratificou versão apresentada em sede de inquérito, na qual, não apenas admitiu a prática do crime, mas indicou a participação do apelante na empreitada criminosa (fl. 308), ao passo que JACKSON alterou a versão dada na delegacia, declarando em Juízo que somente emprestou seu veículo para José Fernando, que era seu concunhado, mas que não sabia que aquele praticaria o roubo e que não ficou/vendeu os objetos roubados (fl. 399).

Além disso, restou incontroverso nos autos que a cachorrinha (único produto do roubo que foi restituído) foi localizada na residência da sogra dos réus.

Todos esses aspectos geram plena convicção de que ambos os acusados cometerem o crime de roubo descrito na denúncia, logo, não prospera o pleito absolutório formulado pela defesa de JACKSON.

Outrossim, não merece acolhimento o genérico pedido de afastamento das causas de aumento de pena referentes ao concurso de agentes e emprego de arma de fogo.

A questão da arma trata-se de uma circunstância objetiva no contexto criminoso, pouco importando que um ou outro dos agentes não tenha efetivamente empunhado o artefato, bastando que um deles o tenha para a prática ilícita, exatamente a situação dos autos, em que José Fernando portava a arma para realizar a subtração dos objetos das vítimas, na companhia de dois menores, previamente ajustado o delito com apelante JACKSON.

Restou devidamente comprovado o emprego de arma de fogo para a prática do delito de roubo, haja vista as declarações prestadas, tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, pelas vítimas Katiuscia e Rodrigo, corroboradas pela confissão do réu José Fernando.

Tratando-se de delito praticado em concurso de pessoas, a incidência das causas de aumento atinge todos os autores, uma vez que são elementares do crime, tal como dispõem os arts. 29 e 30 do Código Penal.

Além disso, cumpre destacar que, ao contrário do que foi alegado, para o reconhecimento da referida causa de aumento são desnecessárias a apreensão da arma de fogo e a realização de perícia quando existem outros meios de prova, como nos presentes autos.

Dessa forma, improcedente o apelo defensivo.

Recurso do Ministério Público.

Pretende o *parquet* a condenação dos acusados pelo delito de corrupção de menores, considerando que dois adolescentes participaram do delito de roubo, eis que estavam na companhia de José Fernando na casa das vítimas no momento da subtração dos objetos.

Merece acolhimento a pretensão acusatória.

A sentenciante absolveu os apelados, neste ponto, sob o superado entendimento de que os adolescentes já estavam corrompidos por ocasião do delito de roubo descrito na denúncia, em total descompasso com a jurisprudência nacional sobre o tema.

Conforme a Súmula 500 do STJ: *"A configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal"*.

Nesta ordem de ideias, não é exigido, para a configuração do crime de corrupção de menores, prova de que o inimputável tenha sido corrompido, bastando que tenha participado da prática delituosa com o maior de 18 anos, o que no caso restou incontroverso.

A mera exposição do menor ao cometimento de delito (ato infracional) já caracteriza o início ou o agravamento do dano à formação moral da pessoa em desenvolvimento e, assim, ainda que o crime tenha se dado por iniciativa do próprio adolescente ou que voluntariamente tenha aderido à conduta criminosa ou que já estivesse inserido em contexto de atividade ilícitas, nada disso obsta o reconhecimento do crime elencado no artigo 244-B do ECA.

O tema, inclusive, já está pacificado no Superior Tribunal de Justiça, que apreciou a questão sob o rito dos recursos repetitivos:

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO INIMPUTÁVEL. DESNECESSIDADE. DELITO FORMAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DECLARADA DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO ARTIGO 61 DO CPP. 1. Para a configuração do crime de corrupção de menores, atual artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal, cujo bem jurídico tutelado pela norma visa, sobretudo, a impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal. 2. Recurso especial provido para firmar o entendimento no sentido de que, para a configuração do crime de corrupção de menores (art. 244-B do ECA), não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal; e, com fundamento no artigo 61 do CPP, declarar extinta a punibilidade dos recorridos Célio Adriano de Oliveira e Anderson Luiz de Oliveira Rocha, tão somente no que concerne à pena aplicada ao crime de corrupção de menores". (REsp. 1.127.954/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª SEÇÃO, j. 14/12/2011)*

Logo, devem os apelados serem condenados também por infração ao art. 244-B do ECA.

Passo à dosimetria da pena.

Réu José Fernando da Silva Santos.

Atendo aos elementos constantes do art. 59 do Código Penal, bem como aos termos da sentença, apenas maus antecedentes devem ser considerados nesta etapa, pelo que fixo a pena-base em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, ficando a reprimenda definitiva neste patamar em razão da compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência e diante da ausência de causas de diminuição/aumento de pena.

Réu Jackson Cláudio de Souza.

Atendo aos elementos constantes do art. 59 do Código Penal, bem como aos termos da sentença, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base em 1 (um) ano de reclusão, ficando a reprimenda definitiva neste patamar ante a ausência de circunstâncias atenuantes/agravantes e de causas de diminuição/aumento de pena.

No caso, estamos diante da hipótese de um concurso material de crimes, na medida em que a configuração dos crimes de furto e de corrupção de menores encontrou respaldo em condutas autônomas e distintas, que, nas circunstâncias apresentadas, não se confundem.

Na minha compreensão, impossível a prática concomitante dos delitos de furto e corrupção de menores, visto que no momento da prática do crime patrimonial, o menor já estava cooptado no sentido de cometer o ilícito, ou seja, já estava corrompido, de maneira que o crime previsto no art. 244-B do ECA foi consumado anteriormente.

Sobre o tema segue julgado desta Corte:

> *"Por tratar-se de crimes de espécies distintas, porque divergem quanto aos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal, consumados em momentos diferentes, o concurso que se forma entre os crimes tipificados nos artigos 244-B, da Lei nº 8.069/90 e 155, do Código Penal, é o material, devendo as penas serem somadas na forma estabelecida pelo artigo 69 do mesmo Código. (Apelação 0032797-65.2013.8.12.0001, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, j. 01/10/2018)"*

Logo, em observância à norma do art. 69 do Código Penal, o réu José Fernando fica definitivamente condenado a 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 53 (cinquenta e três) dias-multa, e Jackson a 7 (sete) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 40 (quarenta) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, do CP, e art. 244-B do ECA.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, com o parecer, encaminho voto no sentido de:

i) negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo réu Jackson Cláudio de Souza; e

ii) dar provimento ao apelo do Ministério Público Estadual, a fim de condenar os réus por infração ao art. 244-B do ECA.

É como voto.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto (Revisor)

Acompanho o relator para negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo réu Jackson Cláudio de Souza e dar provimento ao recurso ministerial. **C**ontudo, divirjo parar aplicar o concurso formal entre os delitos de roubo majorado e corrupção de menores.

Após um detido estudo sobre a matéria, cheguei a conclusão que nos casos como o presente, o delito do art. 244-B da Lei nº 8.069/90, se dá em razão da prática do crime de furto, configurando, assim, uma só ação para a prática de 02 delitos, o que leva à aplicação da regra do art. 70 do CP.

In casu, é evidente que os réus, mediante concurso de pessoas, subtraíram a *res furtiva* e, ao mesmo tempo, corromperam a conduta do menor ao se valer de sua cooperação para a prática delitiva.

Vale dizer que, por meio de uma só ação, os réus geraram mais de um resultado lesivo, adequando-se assim aos ditames da primeira parte do art. 70 do Código Penal.

Não há nos autos prova da existência de desígnios autônomos para os delitos praticados.

O STJ, ao analisar casos semelhantes, decidiu:

> *HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DO*

CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. São necessárias para a configuração do concurso formal de crimes (art. 70, primeira parte, do Código Penal) a unidade de ação e a ausência de desígnios autônomos para os delitos praticados. 2. ***Deve ser reconhecida, na hipótese, a existência do concurso formal entre os crimes de roubo e corrupção de menores, vez que o paciente, com uma única conduta, praticou os dois delitos.*** *3. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a existência de concurso formal entre os delitos de roubo circunstanciado e corrupção de menores, redimensionando a pena para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.*

(STJ; HC 230.314/ES, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 09/11/2012)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE FURTO QUALIFICADO TENTADO. CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. NATUREZA FORMAL. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Consoante o enunciado da Súmula 500 dessa Corte, a configuração do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.

3. A ***fim de se caracterizar o concurso formal impróprio entre os crimes de furto tentado e corrupção de menores, faz-se necessário elucidar a intenção do agente de corromper o menor, demonstrando-se, com isso, a existência de desígnios autônomos, sem o que se aplica a regra do concurso formal próprio.***

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reconhecer o concurso formal próprio, reduzindo a pena imposta ao paciente.

(HC 163.427/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 19/10/2015)

Em igual sentido, este Sodalício já se posicionou:

APELAÇÃO – PENAL – FURTO E CORRUPÇÃO DE MENORES – ÚNICA AÇÃO – CONCURSO FORMAL – SENTENÇA MANTIDA – NÃO PROVIMENTO. É de se manter a aplicação do concurso formal entre os crimes de furto qualificado e corrupção de menores, se o agente, com uma única conduta, efetuou os delitos, inexistindo desígnios autônomos quando das práticas delitivas. Apelação do Parquet a que se nega provimento ante o acerto do decisum singular.

(TJMS. Apelação n. 0040008-21.2014.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 23/02/2017, p: 13/03/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – AMEAÇA EXERCIDA COM O EMPREGO DE ARMA – PROVA ORAL – PALAVRAS DA VÍTIMA – DELITO TIPIFICADO NO ART. 244-B DA LEI Nº 8.069/90 - CRIME FORMAL – PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE – SÚMULA Nº 500 DO STJ – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – RECONHECIMENTO – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

– IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 231 DO STJ - CONCURSO FORMAL DE CRIMES – AUMENTO DE 1/6 – PENA REDIMENSIONADA DE OFÍCIO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE DISPOSITIVOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. – Não há falar sem desclassificação para furto quando o conjunto probatório é contundente quanto a existência da ameaça exercida com o emprego de arma branca, calcada notadamente nas palavra firmes e coesas da vítima, mormente se não detectado motivo para que mentisse, tampouco para que exagerasse na descrição do ocorrido. – Segundo orientação estampada na Súmula nº 500 do Superior Tribunal de Justiça, por se revestir de natureza formal, o crime de corrupção de menores prescinde da prova da efetiva corrupção do adolescente, bastando a sua exposição ao cometimento do delito. – Nos termos da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, é vedado reduzir a pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, ainda que ausentes as circunstâncias negativas do art. 59 e reconhecidas as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa do inciso I do art. 65 do CP. – ***Configura-se o concurso formal de crimes se a conduta do acusado foi dirigida para o único fim de praticar, em concurso de pessoas, o roubo, incorrendo, também, na prática do crime de corrupção de menores, uma vez que seu comparsa era um adolescente, situação concreta em que, ex vi do regramento do art. 70, caput, do CP, deve ser acrescido 1/6 à reprimenda mais grave obtida.*** *– É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, torna-se despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. – Pena redimencionada de ofício. Recurso conhecido e improvido.*

(TJMS. Apelação n. 0002711-56.2014.8.12.0008, Corumbá, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 18/05/2017, p: 19/05/2017)

Dessa forma, com relação aos delitos de furto qualificado e corrupção de menores, mister seja aplicada a regra do concurso formal de crimes, previsto na primeira parte do art. 70 do Código Penal.

Da Fixação da Pena

Reconhecido o concurso formal ente os crimes, passo à nova análise da dosimetria da pena.

Respeitando a discricionariedade de que dispõe o juiz ao fixar a pena, mantenho as penas fixadas pelo magistrado singular em relação ao crime de roubo majorado (José Fernando da Silva Santos – 06 anos e 08 meses de reclusão e 53 dias-multa – e Jackson Cláudio de Souza – 06 anos de reclusão e 40 dias-multa), bem como mantenho os critérios utilizados pelo relator na dosimetria da reprimenda de corrupção de menores (01 ano e 04 meses de reclusão e 01 ano de reclusão respectivamente).

Dessa forma, como a mais grave das penas cabíveis é a do crime de roubo majorado, aumento-a em 1/6, restando definitiva a reprimenda o réu José Fernando em 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 61 dias-multa, e do réu Jackson a 7 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 46 dias-multa.

No mais, acompanho o relator.

Conclusão

Ante o exposto, com parecer e em parte com o relator, dou provimento ao recurso ministerial, divergindo apenas para aplicar o concurso formal entre o crime de roubo majorado e de corrupção de menores, com exasperação de 1/6. Consequentemente, redimensiono a reprimenda do réu José Fernando em 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 61 dias-multa, e do réu Jackson a 7 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 46 dias-multa.

É como voto.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnio (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A). Quanto ao recurso ministerial: proveram por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o revisor. b) quanto ao recurso defensivo: negaram provimento unânime decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Apelação Criminal nº 0800660-04.2017.8.12.0018 - Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME TRIBUTÁRIO (ART. 3º, II, DA LEI N.° 8.137/90 E VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL – RECURSO DE S.F.G**.** – ART. 327 DO CP – APLICÁVEL – FUNCIONÁRIO PÚBLICO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DOS DELITOS – PROVAS CONCRETAS DE AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CRIMES INDEPENDENTES – CONCURSO MATERIAL MANTIDO – PERDA DO CARGO PÚBLICO – CRIME COMETIDO NA ATIVIDADE – POSTERIOR APOSENTADORIA – ART. 92, I, ALÍNEA "A", DO CP – ROL TAXATIVO – AFASTAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se na época dos fatos o réu exercia cargo público de auditor fiscal da receita estadual, é considerado funcionário público para efeitos penais, nos termos do art. 327 do Código Penal.

Restando demonstrado por todo o conjunto probatório que o apelante exigiu, indiretamente, ou seja, por intermédio dos corréus, vantagem indevida das vítimas para deixar de lançar integralmente o débito tributário e respectiva multa, bem como forneceu sua senha e deu acesso ao corréu, pessoa não autorizada, ao sistema da SEFAZ (Secretaria de Estado de Fazenda) e a documentos sigilosos, relativos à situação financeira de contribuintes por ele fiscalizados, não há falar em absolvição dos crimes previstos no art. 3º, II, da Lei n.° 8.137/90 e art. 325, *caput*, e § 1º, I, do Código Penal.

Impossível aplicar o princípio da consunção ao caso, pois os crimes tributário e violação de sigilo funcional são distintos, autônomos, independentes, não se constituindo a conduta de um como meio necessário ou etapa de preparação/execução do outro.

Condenado por crime funcional praticado em atividade, anteriormente à aposentaria, que se deu no curso da ação penal, não é possível declarar a perda do cargo e da função pública de servidor inativo, como efeito específico da condenação. A cassação da aposentadoria, com lastro no art. 92, I, alínea "a", do Código Penal, é ilegítima, tendo em vista a falta de previsão legal e a impossibilidade de ampliar essas hipóteses em prejuízo do condenado.

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME TRIBUTÁRIO (ART. 3º, II, DA LEI N.° 8.137/90 – RECURSOS DE R.C.O., E.D.S. E J.T.S. – PRELIMINARES – ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS ATRAVÉS DA ESCUTA AMBIENTAL – ADMISSIBILIDADE – NULIDADE DO FEITO POR CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – NULIDADE DA SENTENÇA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E AMPLA DEFESA – FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA – REJEITADAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DOS DELITOS – PROVAS CONCRETAS DE AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – PRETENDIDA DECOTAÇÃO OU REDUÇÃO DA PENA MULTA – INCABÍVEL – REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA – OBEDIÊNCIA AO ART. 45, § 1º, DO CP – NÃO COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA – ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS – AGENTES PATROCINADOS POR ADVOGADO PARTICULAR DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL – RECURSOS DESPROVIDOS.

A escuta ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro não torna a prova ilícita, tampouco pode ser confundida com a quebra do sigilo de comunicação, que depende de prévia autorização judicial. Precedentes do STF e do STJ.

Verificado que a defesa se manifestou sobre o laudo pericial complementar juntado, e, que todos os seus pedidos foram apreciados e indeferidos, não há falar em cerceamento de defesa.

O reconhecimento de nulidade no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do CPP, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*.

Se a fundamentação e o dispositivo da condenação guardam correspondência com os fatos descritos na inicial acusatória, inexiste ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença.

Restando demonstrado por todo o conjunto probatório que os apelantes exigiram, de forma implícita, em nome do corréu, funcionário público estadual, vantagem indevida das vítimas para que ele deixasse de lançar integralmente o débito tributário e respectiva multa, não há falar em absolvição do crime previsto no art. 3º, II, da Lei n.° 8.137/90.

Não há falar em redução do valor do dia-multa para o mínimo legal, se os apelantes não comprovaram as parcas condições financeiras.

Impossível a redução da pena pecuniária arbitrada que não se mostra exacerbada, ainda mais se não comprovada a hipossuficiência financeira para arcar com o seu pagamento.

O pedido de concessão da assistência judiciária gratuita deve ser indeferido se os agentes foram assistidos por advogado particular durante toda a instrução processual e não fizeram prova da situação de pobreza.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos de Ricardo Chaquibi de Oliveira, Edvaldo Dias Santos e Jocinei Tiago Saturnino e, deram parcial provimento ao recurso de Stênio Ferreira Gonçalves.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2021.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

S.F.G., qualificado nos autos, foi condenado à pena de 03 anos de reclusão, 06 meses de detenção e 10 dias-multa, no regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em pena pecuniária (pagamento de 20 salários mínimos), bem como à perda do cargo, por infração ao art. 3º, II, da Lei n.° 8.137/90 e art. 325, *caput*, e § 1º, I, c/c arts. 327 e 69 do CP; e R.C.O., E.D.S. e J.T.S., qualificados nos autos, foram condenados às penas de 03 anos de reclusão e 10 dias-multa, no regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em pena pecuniária (pagamento de 10 salários mínimos), por infração ao art. 3º, II, da Lei n.° 8.137/90 (fls. 3.913-3.962).

S.F.G. questiona a aplicabilidade do art. 327 do CP, alegando que o dispositivo somente se aplica para quem não é funcionário público, o que não é seu caso.

Pede, em suma, a absolvição dos delitos por ausência/insuficiência de provas de autoria, do dolo e da configuração dos mesmos.

Alega que sempre negou os fatos; as testemunhas Fábio e Marcos declaram "achismos" temerários somente com relação a outro auditor; não deu permissão para o corréu R.C.O. se apoderar dos documentos apreendidos em sua casa, os quais foram obtidos através de outro auditor e também não eram sigilosos, podendo ser acessados por funcionário do próprio órgão (caso do corréu R.C.O.); não participou de reunião para exigir a suposta "propina"; a ligação telefônica entre ele e os corréus O.S.M. e J.T.S. trata-se de contato comum entre contador e auditor, não havendo provas de que a conversa tinha teor delituoso; autuou a empresa das supostas vítimas agindo em cumprimento ao dever legal, em face das irregularidades constatadas pela SEFAZ (Secretaria Estadual de Fazenda), a fim de esclarecer sobre eventuais sonegações de impostos; não tinha domínio sobre o fato, pois não há provas de que conferiu autonomia ao corréu R.C.O., o qual somente lhe prestava serviço de digitação de documentos, em razão de sua dificuldade em acompanhar avanços tecnológicos; as supostas vítimas são sonegadoras de impostos, foi R.M.C. quem ofereceu a "propina" para o corréu R.C.O. e querem prejudicar a sua imagem por ter autuado a empresa por irregularidades fiscais e para se livrar da prática do crime de corrupção ativa; o relatório de informação – transcrição de conversa ambiental (fls. 100-125) é prova imprestável, pois não foi produzido sob o crivo do contraditório e ampla defesa; o fato de seu nome ter sido citado na gravação ambiental, não é apto a fundamentar a condenação; a carga probatória era toda da acusação, que não provou nada.

Alternativamente, pede a aplicação do princípio da consunção, absorvendo o crime meio (violação de sigilo funcional) pelo crime fim (crime tributário).

Subsidiariamente, pede o afastamento da pena de perda do cargo, pois não pode ser decretada para servidor inativo (aposentou no dia 07/02/18 - fl. 4.028) (fls. 3.981-4.025).

R.C.O. pede, em suma, a absolvição do delito por ausência/insuficiência de provas de autoria, ou seja, de que atuou diretamente e de modo concreto junto aos corréus contadores, para obter vantagem ilícita, ou de que se passou por agente tributário; ressalta que, ainda que tenha sido citado pelos corréus na gravação, não há comprovação direta, sendo apenas alusões e menções de seu nome como alguém ligado ao fiscal S.F.G..

Alternativamente, pede a decotação ou redução da pena de multa, bem como a redução da pena pecuniária, por se encontrarem muito exacerbadas e não possuir condições financeiras de arcar com os pagamentos por estar desempregado (fls. 4.101-4.110).

E.D.S. e J.T.S. levantam preliminares de ilicitude de todas as provas obtidas através da gravação ambiental clandestina; nulidade do feito por cerceamento de defesa; nulidade da sentença por violação ao princípio da correlação, considerando que durante todo o processo somente se defenderam da conduta de "exigir" e não de "solicitar" vantagem, a qual também está prevista no art. 3º, II, da Lei n.° 8.137/90.

No mérito, pedem, em suma, a absolvição do delito por ausência/insuficiência de provas de autoria e de sua configuração, bem como atipicidade das condutas.

Alegam que a acusação se baseou em gravação clandestina imprestável (inconclusiva); não exigiram vantagem das supostas vítimas, pois elas é que tiveram a iniciativa de pedir a J.T.S. que questionasse ao corréu R.C.O. sobre a possibilidade de pagarem "propina"; a solicitação partiu dos sonegadores de impostos e não se beneficiariam em nada com isso; o crime é funcional, sendo indispensável a participação de funcionário público, não havendo provas da coautoria do fiscal S.F.G.; embora E.D.S. tenha participado das reuniões com as vítimas, não interferiu no assunto, tanto que sua voz não foi identificada pelo laudo pericial e complementar (fls. 2984-3015 e 3628-3630), nem manteve contato com o corréu R.C.O., portanto, não praticou o crime.

Alternativamente, pedem a redução da pena de multa para montante proporcional, bem como da pena pecuniária para 01 salário mínimo, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, em atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Por fim, pedem a isenção do pagamento das custas e despesas processuais, por ausência de condições financeiras (fls. 4.111-4.170).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pela rejeição das preliminares e improvimento dos recursos (fls. 4.036-4.097, 4.174-4.227).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (fls. 4.244-4.269).
É o relatório.

V O T O

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta da denúncia que, em 16 de setembro de 2016, foi instaurado o Procedimento Investigatório Criminal n.° 23/2016 para apurar a suposta prática dos delitos de concussão, tráfico de influência, associação criminosa e demais delitos correlatos, de autoria dos supracitados agentes. O Procedimento indicou a existência de um esquema criminoso entre S.F.G., R.C.O. e os contadores E.D.S., J.T.S. e O.S.M. com a finalidade de obtenção de vantagens ilícitas dos proprietários da empresa B&M sobre impostos relacionados a receitas de cartão de crédito, os quais não haviam sido pagos ao fisco estadual. De acordo com a investigação, a S.F.G. coube concretizar o esquema criminoso e coordenar a associação delituosa, sendo o responsável pela autuação fraudulenta; o funcionário terceirizado da Secretária Estadual da Fazenda R.C.O. promoveu a operacionalização do plano junto aos contadores, tendo intermediado o contato destes com S.F.G.; por fim, os contadores E.D.S., J.T.S. e O.S.M. intermediaram, com as vítimas, as propostas de pagamento de propina recebidas de S.F.G., por meio de R.C.O..

S.F.G., qualificado nos autos, foi condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, 06 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, no regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em pena pecuniária (pagamento de 20 salários mínimos), bem como à perda do cargo, por infração ao art. 3º, II, da Lei n.° 8.137/90 e art. 325, *caput*, e § 1º, I, c/c arts. 327 e 69 do CP; e R.C.O., E.D.S. e J.T.S., qualificados nos autos, foram condenados às penas de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em pena pecuniária (pagamento de 10 salários mínimos), por infração ao art. 3º, II, da Lei n.° 8.137/90 (fls. 3.913-3.962).

DAS PRELIMINARES.

E.D.S. e J.T.S. levantam preliminares de ilicitude de todas as provas sob a alegação de que foram obtidas através da gravação ambiental clandestina; nulidade do feito por alegação de cerceamento de defesa; nulidade da sentença por violação ao princípio da correlação, considerando que durante todo o processo somente se defenderam da conduta de "exigir" e não de "solicitar" vantagem, a qual também está prevista no art. 3º, II, da Lei n.° 8.137/90.

No que concerne à preliminar de nulidade da sentença por alegação de violação ao princípio da correlação, constata-se que a denúncia preencheu todos os requisitos necessários para sua validade, como determina o art. 41 do CPP, expondo os fatos criminosos, com todas as suas circunstâncias, qualificando e individualizando a conduta do agente, classificando o crime e apresentando o rol de testemunhas. Portanto, os apelantes tiveram a possibilidade de exercer a plena defesa.

Todos os acusados haviam sido denunciados por infração ao art. 316 do CP, ou seja, por terem "exigido" vantagem indevida das vítimas, e o magistrado *a quo* somente aplicou a *emendatio libelli*, adequando os fatos narrados na denúncia, concernentes ao crime de concussão, ao crime descrito o art. 3º, II, da Lei n.° 8.137/90, ou seja, por terem exigido das vítimas o pagamento de valores indevidos (propina) para deixar de lançar o valor total do ICMS devido e da multa, verificados na fiscalização realizada pelo réu S.F.G..

Portanto, o verbo "exigir" sequer foi alterado, tendo os réus se defendido do mesmo durante toda a instrução, inexistindo inovação dos fatos.

Como se sabe, o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação jurídica.

Portanto, o magistrado atendeu ao disposto no art. 383, CPP:

> *"Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave."*

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E DE MUNIÇÃO.* ***ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NÃO VERIFICADA. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE.*** *FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RÉU FUNCIONÁRIO PÚBLICO. QUANTIDADE DE ARTEFATOS APREENDIDOS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PLEITOS CONCEDIDOS NA DECISÃO AGRAVADA. CARÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. AGRAVANTE JÁ BENEFICIADO COM O LIVRAMENTO CONDICIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A DECRETAÇÃO DE PERDA DO CARGO PÚBLICO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1.* ***No que toca à alegação de ofensa ao princípio da correlação, o Tribunal local decidiu a questão em conformidade com a jurisprudência desta Corte no sentido de que o réu se defende dos fatos narrados na acusatória e não da capitulação penal nela inserida. Sendo assim, comprovando-se que a conduta descrita se subsume a tipo criminal diverso, caberá ao Juiz natural da causa, no momento da prolação da sentença e observando as provas colhidas, proceder à emendatio libelli, se for o caso, nos termos dos arts. 383 do Código de Processo Penal.*** *(...) 8. Agravo regimental desprovido."*
>
> *(STJ, AgRg no HC 507.006/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 03/09/2020).*
>
> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA. EMENDATIO LIBELLI.* ***CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. EMENDATIO LIBELI.***
>
> *- Na hipótese em que uma única conduta é tipificada como crime por duas leis, a regra especial afasta a incidência da regra geral, segundo o princípio da especialidade, que se situa no campo do conflito aparente de normas.*
>
> ***- Ocorre crime contra a ordem tributária e não crime de concussão quando o funcionário público, em razão de sua qualidade de agente fiscal, exige vantagem indevida para deixar de lançar auto de infração por débito tributário e cobrar a conseqüente multa.***
>
> ***- Conforme o autoriza o art. 383, do Código de Processo Penal, pode o Juiz, ao proferir a sentença condenatória, conferir ao fato descrito na denúncia definição jurídica diversa daquela que lhe deu o Ministério Público, mesmo que tenha que aplicar sanção mais severa.***
>
> *- Habeas-corpus denegado."*
>
> *(HC 7.364/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/1999, DJ 18/10/1999, p. 280).*

Com relação às demais preliminares referentes à ilicitude das provas obtidas e cerceamento de defesa já haviam sido arguidas em sede de alegações finais pela defesa e foram detalhadamente rejeitadas pelo magistrado *a quo* na sentença, razão pela qual, adoto os seus fundamentos como razão de decidir, *in verbis* (fls. 3.923-3.930):

"A defesa dos acusados J.T.S., E.D.S. e O.S.M. apresentou as seguintes questões preliminares: a) ilicitude das provas obtidas a partir da gravação ambiental "clandestina", realizada pelas vítimas, pois esta equivale ao flagrante preparado, além de não permitir a identificação dos interlocutores e violar a intimidade e vida privada dos envolvidos; b) nulidade do feito em razão do cerceamento de defesa, pois não houve oportunidade para manifestação acerca do ofício de fl. 3611 e do laudo pericial de fls. 3628/3630, sustentando também que o laudo de fls. 100/125 foi inconclusivo; c) alega não ter sido realizada a transcrição integral dos diálogos, nem mesmo a realização de perícia a indicar a autenticidade, continuidade e idoneidade da prova, tornando-a ilícita; d) afirma não terem sido atendidas as solicitações de informações detalhadas à SEFAZ acerca do valor final do crédito tributário fixado em face da empresa das vítimas.

Em síntese, a defesa sustenta a ilicitude da gravação ambiental realizada pelas vítimas e de todas as demais provas derivadas dela, requerendo sejam extraída dos autos a respectiva mídia, laudos e relatórios relacionados, bem como determinado o aditamento da inicial para que o Ministério Público exclua da denúncia qualquer menção à prova ilícita; além disso, alega a nulidade do processo por cerceamento de defesa.

De início, ***com relação à gravação ambiental realizada pelas vítimas no dia 14/07/2016 e acostada nos autos apensos n. 0003840-95.2016.8.12.0018, entendo que não há qualquer nulidade a ser reconhecida, como pretende a defesa.***

Conforme entendimento amplamente esposado pelo STJ e STF, a gravação realizada por um dos interlocutores, mesmo sem o conhecimento dos demais e à míngua de autorização judicial, não configura prova ilícita, notadamente em se tratando de supostas vítimas das exigência ilícitas atribuídas aos réus. O conteúdo da gravação dita "clandestina" representa, em última análise, exercício do direito de autodefesa das vítimas e é admitida como prova no processo penal, não havendo qualquer violação aos direitos fundamentais à intimidade e ao sigilo das comunicações privadas.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria nos autos do RE 583.937 QO-RG e, em julgamento realizado no dia 19/11/2009 (Publicado no dia 18/12/2009), o Plenário da Corte fixou a seguinte tese:

Ação Penal. Prova. Gravação Ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. ***É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (GN)***

Também neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA POR CORRUPÇÃO PASSIVA, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA IMPUTADA A MEMBRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESPÍRITO SANTO. ESCUTA AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. ADMISSIBILIDADE. LICITUDE DA PROVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. DILIGÊNCIAS NÃO REALIZADAS NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PARA A FORMAÇÃO DA OPINIO DELICTI DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OITIVA DO DENUNCIADO NA FASE INQUISITORIAL. FACULDADE QUE NÃO É REQUISITO PARA A VALIDADE DA DENÚNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MOMENTO PROCESSUAL DE JUÍZO DE DELIBAÇÃO E NÃO DE COGNIÇÃO EXAURIENTE. PRECEDENTES. PRELIMINARES REJEITADAS. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CPP. VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO FATO E DOS INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA A

FIM DE DEMONSTRAR A JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO. 1. Cuida-se de denúncia ofertada em face de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, pela suposta prática de corrupção passiva majorada (art. 317, § 1º, CP), lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98) e integrar organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), descrevendo a exordial que o acusado teria praticado os delitos mediante o recebimento de valores em troca de facilitação e favorecimento para a aprovação de contas perante o Tribunal de Contas Estadual, além do oferecimento de expertise e apoio técnico no direcionamento de processos licitatórios em diversos municípios daquele estado. 2. ***A escuta ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro não torna a prova ilícita, tampouco pode ser confundida com a quebra do sigilo de comunicação, que depende de prévia autorização judicial. Precedentes do STF e do STJ.*** *3. Ademais, o denunciado não nega a realização da reunião nem o conteúdo da gravação, tampouco alega que ela teria sido editada ou adulterada para fins de acusação, limitando-se a dizer que se trata de gravação clandestina e que as conversas foram retiradas do verdadeiro contexto de seu significado, o que não cabe ser avaliado nesta fase de recebimento da exordial acusatória. (...) (APn 869/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 01/03/2018)*

Não se mostra razoável, na espécie, a analogia realizada pela defesa para equiparar a gravação ambiental ao flagrante preparado. Como se verá na análise das provas, não há evidências de que as vítimas tenha procurado os réus para oferecer vantagem indevida, mas sim o contrário, teriam sido elas abordadas pelos réus com a exigência do pagamento de vantagens ilícitas ao auditor fiscal S.F.G., inexistindo qualquer semelhança com a figura do flagrante preparado, caracterizado pela indução do agente à prática delitiva. Nota-se que a alternativa espúria de pagamento de valores ilícitos teria, em tese, sido apresentada às vítimas pelos réus E.D.S., J.T.S. e O.S.M., em data anterior à gravação realizada no dia 14/07/2016, de forma que, em tese, o crime já havia se consumou naquele primeiro momento.

Não merece acolhimento, ainda, a alegação de ilicitude da gravação ambiental apresentada nos autos por ausência de laudo pericial que identifique os interlocutores.

Saliento que os réus não negaram a existência da reunião cujo teor foi objeto da gravação realizada pelas vítimas sem o conhecimento dos demais interlocutores, de modo que esse fato não está em discussão. A autoria de cada uma das falas, entretanto, é que está em xeque, pois, de fato, não houve perícia conclusiva sobre a identificação dos interlocutores.

Todavia, os depoimentos das vítimas colhidos na fase investigativa e em juízo, sob o crivo do contraditório, esclarece o cerne da conversa tecidas entre os empresários e os réus E.D.S., J.T.S. e O.S.M. no dia 14/07/2016. De toda forma, mesmo não identificando com precisão os interlocutores, o Relatório de Informações de fls. 100-125 e os laudos periciais de fls. 2984/3015 e 3628-3630 trazem de forma satisfatória a transcrição dos diálogos, posteriormente submetidos ao contraditório durante a instrução.

Note-se ainda que o Ministério Público, de forma prudente, requereu outras medidas cautelares durante as investigações, tais como interceptação telefônica, quebra do sigilo de dados telefônicos e busca e apreensão, além de ter colhido os depoimentos das vítimas, testemunhas e interrogado os investigados, bem como anexado relatórios de investigação, formando robusto embasamento para oferecer a inicial acusatória. Vale dizer, nesse linear, que o conjunto de provas vai muito além da gravação ambiental impugnada pela defesa e não está alicerçado nesta. A apresentação dessa gravação ao Ministério Público, no limiar das investigações, veio acompanhada das declarações veementes das vítimas, que participaram da reunião e reafirmaram a presença dos três réus acima mencionados.

Por isso, mesmo reconhecendo a alegada ilicitude da prova em testilha, não haveria qualquer abalo à acusação e ao processo.

No tocante à preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa, melhor sorte não assiste aos réus.

Alega-se que após a juntada do laudo pericial complementar de fls. 3628/3630 e do ofício de fl. 3611 não houve oportunidade para manifestação da defesa que, mesmo assim, se pronunciou às fls. 3714/3722, mas os argumentos sequer foram analisados.

Aduz ter havido cerceamento de defesa em razão da não realização de perícia na gravação ambiental pela Coordenadoria Geral de Perícias de Campo Grande/MS, mas sim pela Unidade Regional de Perícia e Identificação de Paranaíba, culminando em laudo inconclusivo com relação à identificação dos interlocutores, à autenticidade e continuidade da mídia, sendo inadmissível como prova válida.

Sustenta também que a Secretaria de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul não prestou informações detalhadas sobre o Auto de Lançamento e Imposição de Multa (ALIM) n. 32.317, especificamente sobre o valor exato do crédito tributário reconhecido em face da empresa de propriedade das vítimas,

Conforme se observa na decisão de fls. 3723/3725, ao contrário da alegação defensiva, muito embora verificada a inadequada apresentação dos pedidos apartados das alegações finais, mesmo após os memoriais do Ministério Público, foram todos apreciados e indeferidos, não havendo falar em cerceamento de defesa.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa pela ausência de perícia conclusiva na mídia da gravação ambiental apresentada pelas vítimas, esta também não comporta deferimento porque, como já salientado anteriormente, o fato dos laudos periciais não identificarem os interlocutores não inutiliza a mídia, que deve ser mantida no arcabouço probatório, já que referendada pelos depoimentos das vítimas.

Com relação à ausência de informações integrais sobre o Auto de Lançamento e Imposição de Multa (ALIM) n. 32.317, que deveriam ter sido apresentadas pela SEFAZ, também não existe qualquer cerceamento de defesa.

O delito contra a ordem tributária atribuído aos acusados (art. 3º, inciso II, da Lei 8137/90) é classificado como crime de mera conduta, de forma que sua consumação independe do pagamento da vantagem ilícita pela vítima, ou da omissão do funcionário em praticar ato de ofício. Por isso, a configuração do delito em questão independe do resultado do ALIM acima mencionado, principalmente porque o que caracteriza a intimidação das vítima é a conduta dos réus de apresentar o pagamento da "propina" como única alternativa de impedir o efetivo lançamento do valor integral do tributo devido e da multa.

Por fim, é de se destacar que a defesa não comprovou a existência de prejuízo, elemento indispensável para o reconhecimento da nulidade processual, nos termos do art. 563 do CPP[1]

Corroborando com este entendimento, vejamos recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL DO EDITAL DE CITAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. EDITAL CITATÓRIO AFIXADO NO FÓRUM LOCAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 365, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADES. PRECLUSÃO. ART. 571, I, DO CPP. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O art. 365, parágrafo único, do Código de Processo Penal dispõe que o edital de citação será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo e será publicado pela imprensa, onde houver, devendo a afixação ser certificada pelo oficial que a tiver feito e a publicação provada por exemplar do jornal ou certidão do escrivão, da qual conste a página do jornal com a data da publicação. Na hipótese de inexistência de órgão oficial ou privado no local, basta a fixação do edital no fórum. (HC 479.957-PE, Quinta Turma, Relator Ministro Félix Fischer, Dje. 06/03/2019). 2. O reconhecimento de nulidade no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief. Precedentes. 3. Demais disso, esta Corte já se pronunciou no sentido de que, nos processos de competência do Tribunal do Júri, eventuais nulidades ocorridas durante a instrução, devem*

1: Art.563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

ser arguídas por ocasião das alegações finais, nos termos da previsão contida no art. 571, I, do Código de Processo Penal. Do que consta dos autos, verifica-se que a questão está prejudicada em razão da preclusão, tendo em vista que a defesa não se insurgiu, no momento oportuno, acerca da pretensa nulidade durante o curso do processo. 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no RHC 112.655/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 14/05/2020).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. NULIDADE. ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. EMPREGO DE VIOLÊNCIA CONTRA A VÍTIMA. SURSIS. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO QUE NÃO AUTORIZAM O BENEFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - O entendimento atual e dominante deste Superior Tribunal de Justiça é que segundo a legislação em vigor, é imprescindível, quando se trata de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief. Precedentes. II - Desse modo, para reconhecimento de tal nulidade, imperioso a demonstração concreta do prejuízo sofrido pela parte; o que não ocorreu no caso. III - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de ser incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como o sursis, nos casos de crime cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1866206/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020).

Diante desses fundamentos, INDEFIRO AS PRELIMINARES de ilicitude da gravação ambiental realizada pelas vítimas e de todas as provas dela derivada, bem como de nulidade do processo por cerceamento de defesa, apresentadas pela defesa dos réus E.D.S., J.T.S. e O.S.M..

(…)."

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRODUÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO COM MENOR. GRAVAÇÃO AMBIENTAL PELA GENITORA DA VÍTIMA. PROVA LÍCITA. PRISÃO PREVENTIVA. EXTREMA GRAVIDADE DELITIVA. WRIT DENEGADO.

1. ***Nos termos da jurisprudência da Corte, é lícita a prova produzida pela genitora da menor vítima de crime sexual, consistente em gravação audio/visual ambiental, dado o seu legítimo poder-dever de proteger a infante e desvendar o ato criminoso, situação que se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.***

2. Inexiste ilegalidade na prisão preventiva quando justificada na extrema gravidade do ato criminoso praticado, haja vista que, segundo consta, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com LMPTL, sua filha, que à época possuía três anos de idade. Ainda, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares contra a mulher, registrou, por meio de câmera instalada em um cômodo da sua residência, cenas pornográficas envolvendo a vítima [...] de se ver que a menor se urinava quando sua genitora passava a arrumar suas roupas para que fosse dormir na residência paterna. 3. Habeas corpus denegado."

(HC 578.058/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS. RETIRADA DO RÉU DA SALA DE AUDIÊNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ÀS VÍTIMAS E TESTEMUNHA. IMPOSSIBILIDADE DE INQUIRIÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ***AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALQUER PREJUÍZO.*** *AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

1. Inexiste cerceamento de defesa na hipótese em que, sendo inviável a oitiva do acusado por videoconferência, o Juiz, fundamentadamente, determina a retirada do réu da sala de audiência por verificar que sua presença causa temor e constrangimento à testemunha ou ao ofendido.

2. ***O reconhecimento de nulidades no processo penal reclama efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do Código de Processo Penal - CPP (pas de nullité sans grief).***

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AgRg no AREsp 1665658/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020).

Portanto, diante da inocorrência de ilicitude das provas e de nulidades, bem como da ausência de efetiva demonstração de prejuízo à defesa, nos termos do art. 563 do CPP, rejeito as preliminares.

Tendo sido superadas as questões postas como preliminares, passo ao exame do mérito.

DO MÉRITO.

DOS PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO.

Todos os apelantes pedem a absolvição dos delitos tributário e S.F.G., ainda, da violação de sigilo funcional por ausência de provas de autoria, do dolo e da configuração dos mesmos.

O apelante S.F.G. pede, alternativamente, a aplicação do princípio da consunção, absorvendo o crime meio (violação de sigilo funcional) pelo crime fim (crime tributário).

Consta nos autos que a empresa "B&M Ltda", localizada na Comarca de Paranaíba, de propriedade das vítimas/casal A.B.V.C. e R.M.C., realizava serviços de contabilidade com o escritório "A - SE Ltda - ME", do qual eram sócios os apelantes E.D.S. e J.T.S., além do corréu O.S.M. (absolvido).

Consta que, no dia 13/06/16, o escritório de contabilidade recebeu uma intimação fiscal entregue pelo apelante R.C.O., assinada pelo apelante S.F.G., tomando ciência que a empresa das vítimas possuía débito tributário, referente ao não recolhimento do ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços) decorrente de vendas efetuadas com cartões de crédito e débito não declaradas à Receita Estadual.

Posteriormente, entre os dias 27 e 28 de junho de 2016, após tomar ciência da intimação fiscal, a vítima R.M.C. compareceu ao escritório de contabilidade. Em reunião com os apelantes E.D.S. e J.T.S., estes lhe informaram que o débito tributário corrigido, acrescido de multas e sanções, totalizava R$ 90.000,00 (noventa mil reais), mas que poderiam conseguir a redução do débito, desde que R.M.C. efetuasse o pagamento de "propina" no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) que seria entregue ao apelante R.C.O., que por sua vez, o repassaria ao auditor fiscal S.F.G..

Desta feita, diante da proposta ilícita dos contadores, no dia 14/07/16, em uma segunda reunião, as vítimas R.M.C. e A.B.V.C. se dirigiram ao referido escritório de contabilidade e resolveram gravar a conversa no telefone celular, oportunidade em que os apelantes E.D.S. e J.T.S. voltaram a tratar do assunto da "propina", tendo este último afirmado expressamente que manteve contato com o apelante R.C.O. e que caso pagassem a quantia de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), sendo R$ 15.000,00 (quinze mil reais) relativos à "propina" e R$ 3.000,00 (três mil reais) para "quebrar" a dívida, o assunto estaria encerrado.

Como as vítimas recusaram o pagamento de "propina" e afirmaram que contratariam uma advogada para recorrer do débito tributário, o apelante J.T.S. passou a insistir que não haveria outro meio de resolver a questão da dívida tributária, a qual deveria ser paga à vista, e que nenhum advogado conseguiria baixar o valor, pois a medida seria infrutífera, não apresentando outra solução, intimidando-as implicitamente para que pagassem a vantagem indevida, tudo na presença do apelante E.D.S., o qual anuiu com a conduta do corréu.

Após algum tempo pressionando e tentando convencer as vítimas a aceitarem a proposta ilícita, informando que o auditor fiscal era o apelante S.F.G. e que o assessor dele, apelante R.C.O., agia em seu nome, exigindo o pagamento da propina, chegou o corréu O.S.M., outro contador do escritório, passando a integrar a reunião e se oferecendo para tentar parcelar o débito.

Como as vítimas não aceitaram pagar a vantagem indevida, no dia 03/08/16, foram notificadas da imposição do pagamento do tributo (ICMS). Diante disto, resolveram denunciar os fatos ao Ministério Público Estadual, que iniciou o PIC (procedimento investigatório criminal).

No decorrer das investigações, restou evidenciada tanto a exigência de vantagem indevida por parte de todos os acusados, os quais agiram dolosamente e em unidade de desígnios, a fim de que o funcionário público, auditor fiscal estadual, S.F.G., não realizasse o lançamento integral do tributo (ICMS) em face das vítimas R.M.C. e A.B.V.C., bem como que o apelante S.F.G. contratou o apelante R.C.O. para prestar-lhe serviços relacionados à atividade fiscal, fornecendo-lhe sua senha e amplo acesso ao sistema da SEFAZ (Secretaria de Estado de Fazenda) e a documentos sigilosos, relativos à situação financeira de contribuintes por ele fiscalizados, tanto que diversos deles foram apreendidos na residência deste, inclusive alguns relacionados aos fatos em tela (termo circunstanciado de busca e apreensão de fls. 287-296).

Conforme o art. 223 da Lei Estadual n.° 1810/97, *"Sem prejuízo do disposto na legislação criminal,* é vedada a divulgação para fins extrafiscais, por parte da Fazenda Estadual ou de seus funcionários, de qualquer informação obtida, em razão de ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades."

Assim, demonstrado que o apelante S.F.G., conforme inclusive, confirmou o apelante R.C.O., permitia que este, coo seu funcionário, subordinado, se apoderasse de documentos que eram sigilosos, pois referiam-se a situação econômica ou financeira dos contribuintes (processos da SEFAZ, intimações fiscais, autos de lançamento e imposição de multa, consultas de pendências referentes a empresas diversas, autos de cientificação, espelhos de nota fiscal da SEFAZ de empresas), bem como lhe fornecia a senha de acesso ao sistema da SEFAZ (Secretaria Estadual de Fazenda).

Ao contrário do alegado pelas defesas, em nenhum momento restou evidenciado que as vítimas ofereceram o pagamento de "propina" para o apelante R.C.O., por intermédio dos contadores J.T.S. e E.D.S., mas sim que estes é que insistiram no referido pagamento, totalizando a quantia de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), em prol do destinatário final, auditor fiscal S.F.G., pessoa competente para deixar de realizar o lançamento integral do tributo.

Todas as circunstâncias dos fatos criminosos restaram evidenciadas pelas declarações firmes e coerentes das vítimas R.M.C. e A.B.V.C. corroborada pelas testemunhas policiais Fábio Magno Aquino e Marcos Garcia Macedo, além de Franco Cardoso da Silva, Vilésio Braz de Souza, Frederico Paiva Leal de Souza Prates, Jusceni de Fátima Aparecida Queiroz e Jonston Chaves Martins (fls. 65-73, 96-99, 2.376-2.377, 2.656-2.658, 2.794).

A palavra das vítimas também se coaduna com todo o arcabouço probatório, evidenciando a tipicidade e configuração dos delitos por parte de todos os apelantes, ou seja, diversos relatórios de informação (fls. 152-167, 385-390, 429-439, 583-594, 642-671, 790-810, 812-815, 818-824), autos de cientificação e de lançamento e de imposição de multa (fls. 74-77, 68-69, 956-961, 964-967), intimação fiscal (fls. 85-87), transcrição de conversa ambiental (fls. 100-125), laudo pericial de degravação de áudios e laudo complementar (fls. 2.984-3.015, 3.628-3.630).

Após analisar cuidadosamente os elementos de provas contidos nos autos, cheguei à conclusão de que os apelantes, agindo dolosamente e em unidade de desígnios, efetivamente praticaram o delito tributário e o apelante S.F.G., ainda, o delito de violação de sigilo funcional.

Evidente que o apelante S.F.G., na época dos fatos, exercendo o cargo público de auditor fiscal da receita estadual, é considerado funcionário público para efeitos penais, nos termos do art. 327 do Código Penal[2], e que ele exigiu vantagem indevida de forma indireta, ou seja, utilizando-se de seu assistente particular R.C.O., ex-funcionário terceirizado da Agência Fazendária, que tinha autonomia para representá-lo e agir em seu nome, e dos intermediários E.D.S. e J.T.S., contadores das vítimas, os quais lhes transmitiram a exigência, sendo todos os apelantes coautores do crime tributário.

Assim, não prosperam as teses defensivas de ausência de provas de autoria, do dolo, da configuração dos delitos, ou de que a condenação se baseou exclusivamente na gravação ambiental, pois como dito, trata-se de um conjunto probatório firme e vasto a comprovar a prática dos delitos e não somente a referida prova, cabendo salientar que os apelantes J.T.S. e E.D.S. não negaram que participaram da segunda reunião, oportunidade em que houve a gravação da conversa por parte das vítimas.

Portanto, a sentença muito bem analisou todo o conjunto probatório, encontra-se devidamente fundamentada com base nos autos constantes dos autos, abordou todas as matérias e teses defensivas com riqueza de detalhes, destacando toda a sequência dos fatos, razão pela qual, adoto-a também como razão de decidir para manter a condenação de todos os apelantes em seus exatos termos, *in verbis* (fls. 3.930-3.958):

> *"(...)*
>
> *3.1- CRIME DO ART. 3º, INCISO II, DA LEI 8137/90- imputado aos réus S.F.G., R.C.O., E.D.S., J.T.S. e O.S.M..*
>
> *Vejamos a redação do tipo penal descrito no art. 3º, inciso II, da Lei 8137/90:*
>
> *Art. 3° Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):*
>
> *I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;*
>
> *II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.* ***Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. (GN)***
>
> *III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

Trata-se de crime funcional contra a ordem tributária que não exige a realização de resultado naturalístico para sua consumação, de forma que a mera exigência, solicitação ou recebimento, para si ou para outrem, de vantagem ilícita, já atrai a incidência do delito, independentemente da omissão na realização de ato de ofício consistente no lançamento ou cobrança integral de tributo ou contribuição sindical. Nas modalidades exigir e solicitar vantagem ilícita, a consumação do delito não demanda o efetivo pagamento, caracterizando-se como crime instantâneo por essa razão.

A prática do crime mediante exigência de vantagem ilícita consiste na intimidação da vítima de forma explícita, quando o funcionário público promete causar-lhe algum mal, ou implícita, quando o funcionário público amedronta a vítima de forma velada. Além disso, o dispositivo legal em comento prevê expressamente

2 *"Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública."*

que a exigência pode ser feita de duas formas: direta, quando o funcionário público, pessoalmente e de forma explícita, faz a exigência à vítima; indireta, quando o funcionário público se vale de interposta pessoa para executar o núcleo do tipo penal.

Por não ser crime de mão própria, mas sim crime próprio (exigindo uma característica especial do sujeito ativo, que deve ser funcionário público), admite coautoria e participação de particulares, sem qualquer vínculo com a administração pública. É essa também a conclusão extraída da interpretação do art. 30 do CP, pois as elementares do tipo penal, mesmo de natureza pessoal, comunicam-se entre os agentes.

Fixadas essas premissas teóricas com relação ao crime funcional em lume, passo a analisar as provas.

A partir dos depoimentos apresentados pelas testemunhas, bem como as outras provas colhidas nos autos, não restam dúvidas quanto à materialidade e autoria do crime com relação aos réus S.F.G., R.C.O., E.D.S. e J.T.S..

Constituem o acervo probatório: Termo de Declarações (fls. 65/73), Auto de Cientificação (fls. 74/77), Auto de Lançamento e de Imposição de Multa (fls. 68/69), Intimação Fiscal (fls. 85/87), Termo de Declarações - A.B.V.C. (fls. 96/99), Relatório de Informação – transcrição de conversa ambiental (fls. 100/125), Levantamento Patrimonial – S.F.G. (fls. 133/135), Levantamento Patrimonial – R.C.O. (fl. 137), Relatório de Informação 024/2016 – Monitoramento de R.C.O. (fls. 152/159), Relatório de Informação 024/2016 – S.F.G. (fls. 159/164), Relatório de Informação 024/2016 – Monitoramento de O.S.M. (fls. 164/167), Termo de Declarações – S.F.G. (fls. 196/199), Relatório de Informação n° 039/2016 (fls. 385/390), Relatório de Informação n° 162/2016 (fls. 429/439), Relatório de Informação n° 213/2016 (fls. 583/594), Relatório de Informação n° 225/2016 (fls. 642/671), Relatório de Informação n° 26/2017 (fls. 790/810), Relatório de Informação n° 27/2017 (fls. 812/815), Relatório de Investigação n° 33/2017 – Encerramento das Ações de Interceptação Telefônica (fls. 818/824), Auto de Lançamento e de Imposição de Multa – Empresa B&M (fls. 956/961), Demonstrativo de Vendas no Cartão de Crédito – Empresa B&M Ltda (fls. 962/963), Auto de Cientificação (fls. 964/967), Impugnação ao Auto de Cientificação (fls. 1054/1062), Guia de Informação e Apuração – Empresa B&M Ltda (fls. 1077/1092), Contestação (fls. 1095/1096), Intimação Fiscal (fl. 1729), Laudo Pericial de Equipamento Computacional Portátil – celulares e mídias digitais (fls. 2507/2564), Laudo Pericial de Degravação de Áudios (fls. 2984/3015), Laudo Pericial de Degravação de Áudio - Complemento (fls. 3628/3630), bem como os depoimentos colhidos perante o Ministério Público, na fase investigativa.

Nota-se por meio dos documentos acostados no Procedimento Investigatório Criminal n. 23/2016, relativo à investigação desenvolvida no âmbito do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado, que o auditor fiscal S.F.G. foi o responsável pela fiscalização da empresa "B&M Ltda", de propriedade das vítimas, que culminou na lavratura do Auto de Lançamento e de Imposição de Multa n. 32.317. R.C.O., conforme se depreende do resultado da busca e apreensão realizada em sua residência, foi o responsável por entregar a intimação fiscal no escritório de contabilidade A - SE Ltda - ME, responsável pela assistência técnico-contábil da empresa "B&M Ltda". Na residência do réu foram encontrados diversos outros documentos sigilosos, dentre eles extrato da Coordenadoria de Inteligência Fiscal da SEFAZ, onde conta o relatório de vendas de cartões de crédito e débito pelas empresa mencionada.

O lançamento do tributo ocorreu em data posterior às duas reuniões realizadas entre as vítimas e os réus J.T.S., E.D.S. e O.S.M., a primeira entre os dias 27 e 28 de junho de 2016 e a segunda no dia 14 de julho de 2016, sendo esta última gravada unilateralmente pelos empresários pelas vítimas. A primeira reunião, aliás, foi convocada pelos contadores foi realizada após o decurso do prazo de 10 dias para esclarecimentos à SEFAZ.

Em sede de depoimento extrajudicial, L.M.S.(fls. 2376/2377) declarou que seu cônjuge, R.C.O., exercia a atividade de agente administrativo, sendo que, particularmente, realizava serviços para os fiscais da Secretaria Fazendária, sendo que a renda do casal era composta pela soma do salário dela e de R.C.O.. A testemunha negou estar ciente do total dos vencimentos do réu, ainda que de maneira aproximada. Questionada sobre a rotina de labor, declarou que no período matutino R.C.O. se dirigia à SEFAZ, sendo que, durante a tarde, geralmente trabalhava de casa. Contou que o cônjuge costuma fazer viagens pela região, mas não

tinha conhecimento se voltava com dinheiro. Negou ciência de recebimento de valores de fiscais ou agentes contábeis.

Alexsander Martins Carvalho, Christian de Lima Ishibashi, Clodoaldo Garcia Dias e Guilherme João da Silva (fls. 2376/2377) nada disseram de concreto sobre os fatos descritos da denúncia.

Franco Cardoso Silva (fls. 2376/2377) declarou que R.C.O. apresentara-se a ele como fiscal da AGENFA. Disse ter-lhe repassado pagamentos em espécie, de forma que nem sempre as empresas eram notificadas. Afirmou que as propostas de pagamentos ilícitos sempre partiram de R.C.O., nunca das empresas fiscalizadas. Tais fatos aconteciam há menos de um ano, e iniciaram-se apenas quando da entrada de R.C.O. na fiscalização regional. Os diálogos ocorriam por telefone ou externamente ao escritório da testemunha. Ao ouvir o áudio mostrado pelo representante do Ministério Público, confirmou que a ocasião tratava-se sobre recebimento de propina. Na conversa gravada, o acerto (vantagem ilícita) a que R.C.O. se refere ultrapassaria o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais). O declarante desconhecia o fato de R.C.O. não ser funcionário público, visto que ele possuía acesso a todos os documentos, transações e negociações. Franco Cardoso admitiu saber que existem mais escritórios que aceitavam as propostas de R.C.O., embora não soubesse especificar quais.

R.C.O., ouvido perante o Ministério Público (fls. 2376/2377), declarou que, durante aproximadamente nove anos, esteve vinculado laboralmente à empresa Dígito, na função de assistente administrativo, lotado na Secretaria Fazendária em Paranaíba. Naquele local, trabalhava na digitação de planilhas e documentos, sendo contratado ainda por sete agentes do fisco para serviços de assessoria. Em 2015, entretanto, seu contrato com a empresa foi extinto, permanecendo como assistente contratado por dois fiscais apenas, A.O.A. e S.F.G., a exercer as funções habituais de digitação. De acordo com o acusado, A.O.A. e S.F.G. pagavam-lhe individualmente quantia variável entre R$ 600,00 (seiscentos reais) e R$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais) mensais. R.C.O. disse atuar nos municípios onde os fiscais têm competência, realizando viagens para a entrega de notificações que devem ser entregues pessoalmente. Sobre acesso ao sistema, R.C.O. confirmou a utilização das senhas funcionais dos respectivos auditores. Sustentou ir à AGENFA apenas quando requisitado por A., não realizando atendimentos, nem mesmo externamente (a contadores). Questionado sobre a existência de considerável quantidade de documentos públicos em sua residência, sustentou que, ao deixar a empresa, levou consigo arquivos, dentro dos quais estavam tais documentos; algumas dessas notificações encontradas tratavam-se de ordens de trabalho atuais em que trabalhava para A. e S., e, sendo assim, entregue-lhe por eles. No que concerne à autorização pública para a manutenção de tais procedimentos em sua moradia, R.C.O. afirmou tê-la recebido dos auditores com quem mantinha vínculo, ainda que não mais equiparado à figura de funcionário público desde sua demissão como funcionário terceirizado da SEFAZ. O então investigado disse conhecer, dentre os contadores da A - SE Ltda - ME Contabilidade, apenas J.T.S., com quem teria tratado pendência a respeito da empresa B&M referente à notificação de cobrança. R.C.O. disse ter explicado a J.T.S. o procedimento de notificação e autuação da empresa, negando a exigência de pagamento de valores ilícitos para a resolução do problema da empresa B&M, tampouco em relação a quaisquer outras empresas. Confirmou conhecer Jonhston e Franco Cardoso, e negou ter recebido qualquer quantia deste último.

A.O.A, auditor fiscal, também ouvido durante as investigações (fls. 2376/2377) disse ter competência sobre as cidades de Aparecida do Taboado, Inocência, Paranaíba, Cassilândia, Chapadão do Sul e Costa Rica, sendo a sede do local de trabalho em Paranaíba. Quando questionado em relação à autonomia para redução de valores tributários de empresas autuadas, explicou não ser possível essa ação, visto que, a partir da autuação, a competência passa a ser da capital do estado. Identificou R.C.O. como prestador de serviço particular de digitação, desvinculado da Secretária de Fazenda, embora tivesse sido funcionário terceirizado daquele local pela empresa Dígito. Sobre o acesso do R.C.O. aos documentos, afirmou que repassa as informações necessárias a R.C.O., autorizando seu acesso aos documentos, levando-os até a residência do investigado, para que ele as digite e as envie ao secretário do auditor para conclusão. Confirmou que R.C.O. toma conhecimento de informações sigilosas de empresas, embora ele não possa tratar diretamente com as empresas. Afirmou que para este serviço, paga-lhe o valor de R$ 600,00. Disse desconhecer outros contadores que utilizem dos serviços de R.C.O.. Negou que R.C.O. entrasse em contato com contadores em seu nome, negocie redução de multas e condutas afins, não sendo autorizado a tanto.

E.D.S., ouvido na fase investigativa (fls. 2376/2377), esclareceu ter contato apenas com o chefe da Secretaria Fazendária, quando necessário. Acerca da empresa B&M, confirmou que, entre a notificação e a autuação da empresa, contatou os proprietários da empresa para apresentar as medidas cabíveis, sendo que J.T.S., conhecendo o sujeito de prenome R.C.O., que entrara em contato com ele, apresentou a possibilidade de redução do valor da multa aplicada, mediante valores ilícitos, quantia da qual não tem ciência. E.D.S. disse desconhecer os fiscais responsáveis pela autuação, lembrando-se do nome de A.O.A. e, quando mencionado, o nome de S.F.G..

J.T.S. (fls. 2376/2377), disse que o termo de autuação da empresa vítima foi-lhe entregue por R.C.O.. Havia uma proposta de redução da multa por R.C.O., negando entretanto que houvesse sido especificado o valor para tanto. Inicialmente, acreditava tratar-se de fiscal tributário. No entanto, declarou ter redirecionado as vítimas para o contato de R.C.O., como uma opção ao pagamento integral da multa, já que ficara subentendida a possibilidade de negociar, ainda que ilegalmente, o débito da empresa. J.T.S. negou que tenha comentado com seus colegas E.D.S. e O.S.M. a respeito da proposta de propina a R.C.O.. Confirmou que a possibilidade de redução da multa por meio de pagamento externo a R.C.O. foram mencionada aos empresários desde a primeira reunião, juntamente com E.D.S..

O.S.M**.** (fls. 2376/2377) declarou que a ele foi solicitada apenas a confecção do recurso defensivo das vítimas proprietárias da empresa B&M. Negou o conhecimento da proposta de pagamento ilícito para redução da multa tributária inicialmente, porém, tal proposta foi-lhe mencionada por R.M.C., quando do pedido de confecção da defesa, situação que teria incomodado a vítima. Negou veementemente conhecer a origem da proposta de propina. O.S.M. afirmou ter sido contatado por S.F.G. para solicitação de documentos referentes à empresa autuada apenas.

Em fase judicial, R.M.C. (fls. 2656/2658), cônjuge da proprietária do estabelecimento "B&M", esclareceu que, em 2016, a atividade contábil do local era de responsabilidade do "Escritório A - SE Ltda - ME Contabilidade", nas pessoas de E.D.S., J.T.S. e O.S.M.. No ano em comento, a empresa de sua esposa foi autuada pela Receita, recebendo a notificação por meio de E.D.S., o qual alegou a existência de dívida no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), acrescida de multa de 150% (cento e cinquenta por cento), culminando no valor de R$ 90.000,00 (noventa mil reais), devendo este ser pago, obrigatoriamente, à vista. Diante de questionamentos, E.D.S**.** relatou tratar-se de procedimento relativo à sonegação de impostos concernente às vendas em cartão de crédito. Nesse seguimento, durante reunião na sede do escritório, o acusado reiterou a impossibilidade de parcelamento da dívida, relatando que, em caso de inadimplência, o casal perderia todos os bens registrados em seus nomes. Foi-lhes oferecida uma possibilidade de solução, com a qual o fiscal atuante colaboraria. R.M.C. teria indagado se a "quebra" oferecida tratar-se-ia de propina, recebendo respostas evasivas que sugeriam a ilicitude do pagamento. Em uma segunda oportunidade, a vítima e sua esposa gravaram o diálogo com os três contadores, sendo informados por E.D.S**.** e J.T.S. sobre o contato com R.C.O., falsamente apresentado como fiscal. Nesse sentido, a dívida poderia ser reduzida para R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), sendo R$ 15.000,00 (quinze mil reais) relativos à propina e R$ 3.000,00 (três mil reais) referentes à "quebra" da dívida. O depoente relatou ter tido conhecimento do fiscal responsável pela notificação apenas ao apoderar-se do papel em posse de E.D.S., constando o nome de S.F.G.. Questionado na ocasião, O.S.M. alegou desconhecimento acerca do ocorrido. Setenta dias após a primeira notificação, a cobrança relativa à multa foi encaminhada à sua residência, não correspondendo ao valor alegado pelos contabilistas, razão pela qual procurou o Ministério Público e informou a ocorrência. R.M.C. afirmou ter ficado claro o papel de R.C.O. como intermediador, enquanto S.F.G**.** apenas receberia os valores. Ademais, O.S.M. teria ainda o procurado, após o conhecimento dos fatos pelo Ministério Público, alegando contato com S.F.G. para questionar a incidência de taxação, tendo como resposta a possibilidade de recurso diante da insatisfação. Durante a conversa gravada, ainda segundo a vítima, O.S.M. relatou a existência de estabelecimentos comerciais que pagavam contribuições mensais ao mencionado fiscal para redução de tributos e não notificação de comerciantes, tratando-se de operação corriqueira no município. A vitima alegou sentir-se pressionada ao pagamento indevido diante os sócios do escritório de contabilidade. Por fim, confirmou que a participação de R.C.O. foi-lhe relatada pelos contadores, em principal O.S.M. e E.D.S.. Nesse sentido, embora não conste na degravação colacionada aos autos a voz de O.S.M., a vítima ratificou sua presença em ambas as reuniões. Por outro lado, negou veementemente ter solicitado ou alegado que pagaria cerca de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) para solucionar o conflito, pois,

em realidade, J.T.S. teria trazido à tona a possibilidade de "quebra" da multa. Em complementação de seu depoimento (fls. 2656/2658), foi realizada a reprodução da gravação referida, oportunidade na qual a vítima identificou, por volta do minuto 36 (trinta e seis), a fala de O.S.M., referindo-se à habitualidade com que outros comerciantes do município pagam propina aos agentes do fisco.

A.B.V.C. (fls. 2656/2658), vítima e proprietária do estabelecimento comercial "B&M", confirmou as informações já fornecidas por seu cônjuge. De acordo com ela, desde 2010 o "Escritório A - SE Ltda - ME" era responsável pelo controle contábil de sua empresa. Narrou que o estabelecimento recebeu autuação da Receita Federal em 2016, oportunidade em que foram contatados por E.D.S. para que se dirigissem ao escritório. Acompanhada pelo marido, foram recebidos por E.D.S. e J.T.S., sendo-lhes relatada a existência de autuação relativa à sonegação de impostos, correspondendo à cobrança no valor de R$ 90.000,00 (noventa mil reais), a qual deveria ser paga à vista; contudo, devido à retenção do documento, as vítimas perderam o prazo para defesa. Ainda assim, A.B.V.C. demonstrou aos contadores sua intenção de contratar advogado para pleitear redução da multa, medida considerada infrutífera por eles. Os acusados apresentaram-lhe então a possibilidade de "quebra" da multa por parte do fiscal de quem eram "parceiros". Posteriormente, R.M.C. e A.B.V.C. receberam nova ligação dos réus para apresentarem o resultado das tratativas com o fiscal, ensejo em que retornaram ao escritório e registraram o diálogo. As vítimas foram informadas da cobrança de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), dos quais R$ 15.000,00 (quinze mil reais) corresponderiam à vantagem ilícita e R$ 3.000,00 (três mil reais) ao pagamento da dívida. Ao negarem novamente a negociação, J.T.S. alterou seu comportamento. Posto isto, O.S.M. foi chamado, demonstrando-se mais solícito à adequação da multa, realizando, inclusive, a defesa administrativa das vítimas; entretanto, o réu ainda narrou que tais pagamentos, mediados por R.C.O. com destino a S.F.G., tratar-se-iam de fato corriqueiro no município. E.D.S. não se manifestava acerca das negociações, deixando claro que o contato com o fiscal era de responsabilidade de J.T.S.; por outro lado, mesmo sempre presente nas reuniões, nunca se opôs ao que era discutido. Diante da irregularidade da situação, A.B.V.C. e seu cônjuge compareceram ao Ministério Público para noticiar os fatos, oportunidade em que reconheceram L.M.S., esposa de R.C.O., como funcionária do local; segundo a vítima, L.M.S. demonstrou intranquilidade; posteriormente, R.C.O. compareceu à residência de Vilésio para questionar as razões da visita ao local. A.B.V.C. relatou não conhecer S.F.G. e R.C.O.; quanto a Vilésio, declarou conhecê-lo enquanto Policial Militar lotado no Ministério Público. Negou ter solicitado ao escritório a verificação de possibilidades de pagamento ilícito e declarou que a opção de parcelamento do débito só foi apresentada após a negativa da contribuição ilícita, quando O.S.M. já teria se juntado à reunião e passado a esclarecer os fatos.

A testemunha Vilésio Braz de Souza (fls. 2656/2658), advertida e compromissada na forma da lei, afirmou conhecer R.C.O., visto trabalhar junto à esposa do mesmo no Ministério Público, sabendo que o réu trabalhava na AGENFA neste município. Contou que R.C.O. o procurou em sua residência, mostrando-se alterado, a indagar se Vilésio teria ido ao Ministério Público na data anterior. Outrossim, a esposa do denunciado passou a evitá-lo no ambiente de trabalho.

Fábio Magno Aquino (fls. 2656/2658), testemunha advertida e compromissada na forma da lei, contou ter acompanhado, enquanto membro do GAECO, os 4 (quatro) períodos de interceptações. A partir delas, concluiu-se que R.C.O. era assessor dos auditores fiscais S.F.G. e A.O.A., restando evidente sua submissão hierárquica. O agente enviava notificações para as empresas autuadas por S.F.G., preenchia os pedidos de parcelamento de dívidas e além de outras atividades de atribuição do fiscal, o qual mantinha-se na Imobiliária Vale do Aporé, em Cassilândia. Durante a investigação, constatou-se que R.C.O. possuía a senha de acesso dos auditores ao sistema da Secretaria da Fazenda, fato confirmado por A.O.A. – este apresentava dificuldade em acessar os documentos de seu computador funcional pois não teria acesso aos mesmos, estando a senha com R.C.O.; este mantinha contato ainda com comerciantes e contadores da região, instruindo-os a efetuarem a cobrança dos clientes após o recebimento das autuações, para que pudessem "tirar o seu". Embora se tratasse de funcionário terceirizado, R.C.O. apresentava-se como servidor da SEFAZ, como o fez a um gerente do Supermercado Pioneiro. Durante as interceptações, não foi verificado nenhum contato entre S.F.G. e os contadores do escritório A - SE Ltda - ME. Contudo, na análise de ligações feitas em período anterior, foi observada uma ligação de S.F.G. para J.T.S. e outra de O.S.M. para S.F.G.; no mesmo período, houve em

torno de 19 (dezenove) registros de ligações entre R.C.O. e J.T.S., posteriores às reuniões entre as vítimas e os contabilistas do Escritório A - SE Ltda - ME.

Marcos Garcia Macedo (fls. 2656/2658), testemunha advertida e compromissada na forma da lei, afirmou ter atuado em algumas fases da interceptação telefônica e dos serviços de campo, acompanhando S.F.G., R.C.O. e os contadores O.S.M., J.T.S. e E.D.S.. Durante as interceptações, Marcos percebeu que R.C.O. prestava serviços para S.F.G. e A.O.A. em trabalhos diversos, embora mantivesse contato com outros colaboradores da Receita Federal no município. Ambos os auditores conferiam autonomia total a R.C.O., apenas assinando os documentos por ele confeccionados. Este, quando das interceptações, contatou Franco Cardoso, contador do município vizinho, requerendo que este cobrasse um de seus clientes e assim pudesse "tirar o dele". Na busca e apreensão à residência de R.C.O., este declarou receber a quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais) de S.F.G. e de A.O.A. para a prestação dos serviços, sendo a renda da casa a soma dessa quantia com o salário recebido por sua esposa. No entanto, embora à primeira vista sua moradia parecesse simples, em seu interior foram encontrados um veículo Chevrolet Cruze, uma coleção de jaquetas de couro, cômodos bem mobiliados, ricos em detalhes e em aparelhos eletrônicos, alem de vasta área para churrasco, ou seja, um padrão que não condizia com a renda declarada por R.C.O.. No local, apreenderam documentos relacionados a várias empresas, dentre elas a da vítima. A testemunha afirmou ainda haver registro de ligação telefônica entre J.T.S. e S.F.G. um ou dois dias após a reunião com os proprietários da empresa B&M.

A testemunha Frederico Paiva Leal de Souza Prates (fls. 2656/2658) declarou ter trabalhado juntamente com o denunciado R.C.O., sendo ambos contratados como digitadores. De acordo com Frederico, cada funcionário possuía uma senha para acesso ao sistema e execução de suas tarefas, havendo diferença entre os níveis de senha de terceirizados e concursados. Quanto a S.F.G., caracterizou-o como sujeito de boa índole.

A testemunha Jusceni de Fátima Aparecida Queiroz (fls. 2656/2658) declarou que R.C.O. era funcionário terceirizado da Agência Fazendária e exercia a função de digitador, possuindo, para tanto, senha própria; no entanto, acredita que não era liberado seu acesso para expedição de determinados documentos de atividade titular fiscal. Em relação a S.F.G., negou o conhecimento de quaisquer fatos que desabonassem sua conduta, assim como dos contadores E.D.S., O.S.M. e J.T.S.. Embora não soubesse elencar as funções de CHAQUIBI, afirmou que o mesmo trabalhava vinculado aos fiscais A.O.A. e S.F.G.; não soube confirmar a existência de pagamento de valores pelo auxílio aos referidos fiscais. Por fim, mesmo após sua demissão, a presença de R.C.O. era comum na Coordenadoria, não observando possível trânsito de documentos.

A testemunha Irineu Douglas Cassiano dos Santos e Max Henrique da Silva (fls. 2656/2658) nada souberam dizer sobre os fatos.

A testemunha Valdir Aparecido da Maia (fls. 2656/2658) nada informou a respeito dos fatos relatados nos autos.

Ailton Barbosa de Jesus (fls. 2656/2658), testemunha compromissada, negou a existência de pagamentos no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) mensais ao acusado S.F.G.. Afirmou a idoneidade de E.D.S., O.S.M. e J.T.S..

A testemunha Marinho da Silva (fl. 2687), Álvaro David de Silva (fl. 2766) e Ítalo Picolotto (fl. 2794), nada souberam dizer a respeito dos fato.

A testemunha compromissada Jonston Chaves Martin*s* (fl. 2794), a respeito do réu R.C.O., disse que acreditava ser R.C.O. um servidor da AGENFA, ainda que ele não tenha se apresentado desta forma. Assim pensava devido ao trato profissional rotineiro, sendo comum enviar-lhe documentos ou mesmo entregá-los pessoalmente. O declarante negou que S.F.G. ou R.C.O. tenham requerido vantagens indevidas para a prestação de serviços ligados à sua atividade laborativa.

Ailton Barbosa de Jesus (fls. 2818/2820), testemunha compromissada, tendo respondido algumas questões relacionadas ao labor contábil, afirmou a voa fama de E.D.S., O.S.M. e J.T.S..

Jean Diniz Queiroz (fls. 3074/3075), testemunha compromissada, ex-funcionário do Escritório de Contabilidade A - SE Ltda - ME, negou que S.F.G. ou quaisquer outros auditores/funcionários da Receita Federal frequentassem o escritório. A testemunha narrou uma ocasião em que os proprietários da Empresa B&M dirigiram-se ao local devido a uma incompatibilidade entre a emissão de notas fiscais de entrada e de saída. Ambos foram orientados a respeito da obrigatoriedade da emissão de notas, entretanto, declararam fazer algumas operações por meio do Cadastro de Pessoa Física (CPF), como meio de economia, preferindo manter a prática.

A testemunha Milton Garcia de Freitas Júnior (fl. 3165) negou que houvesse qualquer desabono à conduta do denunciado O.S.M..

Douglas Wilian Moda (fl. 3165), desconhecendo quaisquer detalhes a respeito dos fatos, relatou uma ocasião em que chegou ao escritório dos denunciados e encontrou os proprietários da Empresa B&M deixando o local, sendo que um deles, R.M.C., proferira as seguintes palavras: "vê lá com ele e depois me fala", dirigidas ao denunciado J.T.S..

A testemunha compromissada Ulisses Teixeira de Freitas (fls. 3572/3573) alegou desconhecer quaisquer condutas ilícitas do acusado S.F.G..

O réu S.F.G., durante interrogatório colhido na fase judicial (fl. 3142) negou as acusações contidas na exordial. Esclareceu que R.C.O. prestava-lhe serviço na função de digitador dos processos administrativos, assim como para outros auditores, sendo-lhe pago para isso o valor de R$ 600,00 (seiscentos reais).

O acusado R.C.O**.** (fls. 3572/3573) alegou que os acontecimentos constantes da inicial acusatória tratam-se de inverdades, sendo sua função, enquanto funcionário terceirizado da Secretaria de Fazenda, a de digitador, embora fosse remunerado por alguns fiscais para prestar-lhes serviços, levando notificações aos escritórios de contabilidade e comerciantes do município.

E.D.S. (fls. 3572/3573), em interrogatório, negou todos os fatos a ele imputados. De acordo com o denunciado, após J.T.S. demonstrar às vítimas o cálculo do imposto e da multa a serem cobrados, R.M.C. indagou se haveria outra forma de negociarem o valor com fiscais do município. Embora E.D.S. tenha permanecido omisso, J.T.S. cedeu à pressão dos clientes e declarou que entraria em contato com R.C.O., assessor de S.F.G.. Posteriormente, em nova reunião, o acusado percebeu a mudança no comportamento das vítimas para com ele e seus associados, apresentando-se incisivas, a culpar os profissionais do escritório pela autuação fiscal. Quando desta reunião, o réu já havia confirmado com J.T.S. a conversa havida com R.C.O., quem acreditava ser funcionário da Secretaria de Fazenda. No que tange a O.S.M., o acusado confirmou sua presença na reunião apenas com o fim de esclarecimento a respeito dos possíveis recursos cabíveis à autuação, não integrando a proposta de propina. O agente negou que tenha proferido as falas a ele atribuídas na denúncia.

O denunciado J.T.S. (fls. 3572/3573) relatou que, uma vez averiguada a sonegação de impostos, E.D.S. contatou os proprietários do R.S.P. para instruí-los das medidas cabíveis; diante da demonstração dos cálculos que poderia ocorrer sobre a autuação, as vítimas pediram que fosse oferecido um "agrado" no valor de R$ 3.000,00 ou R$ 4.000,00 juntamente ao órgão de fiscalização. Tendo encontrado R.C.O. casualmente, requereu a redução do imposto, pedindo que, caso não fosse possível, seu cliente estava disposto a pagar a supracitada quantia. De pronto, R.C.O. afirmou que o acordo seria de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), dos quais R$ 15.000,00 (quinze mil reais) seriam a título de propina e R$ 3.000,00 (três mil reais) da autuação – proposta apresentada às vítimas durante a segunda reunião. O denunciado disse pensar que R.C.O. tratava-se de funcionário da SEFAZ. Negou que os trechos apresentados na denúncia, em que são citados os fiscais S.F.G. e A.O.A., tivessem sido por ele mencionados.

O.S.M. (fls. 3572/3573) afirmou desconhecimento a respeito da primeira reunião entre seus sócios e os proprietários da empresa. No entanto, após a segunda reunião, da qual participou, pressionado por R.M.C. e A.B.V.C., contatou S.F.G. para que requerer que fosse aplicada ao caso a alíquota do simples nacional, tendo S.F.G. negando-se a fazê-lo. Negou que em sua presença, ou mesmo para ele, R.M.C. e A.B.V.C. tivessem oferecido quaisquer propostas de pagamento de propina.

Conforme se depreende claramente dos depoimentos, a autoria do delito de exigir vantagem ilícita das vítimas R.M.C. e A.B.V.C., com a finalidade de deixar de lançar ou cobrar tributo, recai sobre os réus S.F.G., R.C.O., E.D.S. e J.T.S..

O acusado S.F.G. é auditor fiscal da SEFAZ e, de forma indireta, valendo-se dos demais réus como intermediários, exigiu vantagem ilícita das vítimas, exercendo, por meio desses mesmos corréus, intimidação implícita. Os agentes exigiram o pagamento de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) para que não houvesse o lançamento integral do ICMS devido ao fisco estadual, sendo R$ 15.000,00 a título de propina e R$ 3.000,00 para baixar o débito.

As vítimas foram enfáticas ao dizer que após a intimação fiscal entregue por R.C.O. no escritório "A - SE Ltda - ME Contabilidade", onde trabalham os réus E.D.S., J.T.S. e O.S.M., foram realizadas duas reuniões nas quais a temática era o pagamento de vantagem ilícita para evitar a cobrança integral do ICMS não recolhido nas operação com cartões de crédito e débito, bem como a respectiva multa.

R.M.C. e A.B.V.C., tanto na fase investigativa quanto em juízo, disseram que E.D.S. e J.T.S. atuaram como intermediários da negociação espúria, apontando o pagamento de propina como a única alternativa para minimizar os efeitos da fiscalização da SEFAZ e evitar que o montante do imposto e da multa fosse cobrado integralmente e de uma única vez, o que poderia provocar grande impacto na vida financeira dos empresários. Nota-se que as vítima foram intimidadas indiretamente com a postura dos réus E.D.S. e J.T.S. durante as duas reuniões, onde lhes foi realçado o risco de não aceitar a proposta do fiscal.

Neste ponto, fica superada a tese de atipicidade das condutas de E.D.S. e J.T.S., pois o pagamento de propina não foi apresentado como mera opção, mas sim como a única alternativa às vítimas.

A atuação mais incisiva foi de J.T.S., responsável por fazer contato com R.C.O. para negociar o valor da propina, bem como a forma de pagamento. Contudo, a participação de E.D.S. também está evidenciada, principalmente porque ele e J.T.S., sócios do Escritório Ativa estavam juntos nas duas reuniões e, segundo as vítimas, ambos apresentaram a proposta de pagamento indevido.

Os dois empresários, após a primeira abordagem dos réus E.D.S. e J.T.S., realizada entre os dias 27 e 28 de junho de 2016, resolveram gravar a segunda reunião, agendada para o dia 14 de julho de 2016. Embora os laudos periciais realizados na mídia apresentada pelas vítimas não tenham sido conclusivos quanto à identificação de cada um dos interlocutores, confrontando as transcrições com os depoimentos das vítimas, tem-se a clara ideia de que naquela reunião o assunto principal era a negociação da propina exigida pelo auditor fiscal.

Neste sentido, vejamos parte da transcrição da gravação ambiental contida no laudo pericial de fls. 2984/3015:

M?: [incompreensível] é R.. R. B., você conhece? Não é da época desse R. Ele me disse que conhece, ele tá sempre aí viu. Ele até foi no seu estabelecimento lá [incompreensível].

F1: Ele é fiscal?

M?: Não ele trabalha pro fiscal.

F1: Ah.

M?: Ele não é funcionário nem da Agenfa ele é funcionário do fiscal. Tem assim [incompreensível].

F1: Ah não é nem do Estado?

M?: Não. [incompreensível] tem três fiscais aqui, contrata ele [incompreensível] o serviço deles [incompreensível] juiz tem um monte de assessor lá quando tem que dá um, conforme o processo, eles que [incompreensível] dá uma olhada e manda a caneta, o cara só fica intermediando.

F1: Hã.

M?: [incompreensível] o R..

F? Cadê aquela folha [incompreensível].

F1: Tarde.

M?: Boa tarde. E aí vamu [incompreensível].

M1: Hã? De boa hein.

M?: Tô procurando aquele, intimação.

M?: Por quê?

M?: Bom, enquanto eu acho. C. você que conversou com o R..

M?: U, eu conversei com o R. [incompreensível] fazer esse preço.

M?: Eu achei assim, meio salgado, mas nos pensamu. Ele

cobrou quinze mil, foi direto ao ponto, mas três mil da multa, dezoito mil.

F1: Uhum.

M?: Eu cotava a dívida, seria noventa e quatro, com redução cairia para cinquenta e seis.

M1: Claro que não, na realidade [incompreensível] trinta mil.

M?: É, cê pega. [incompreensível]. Seria duzentos e vinte e dois mil vezes dezessete por cento, vai dar trinta e sete setecentos e quarenta, vezes cento e cinquenta por cento.

M1: Só que essa dívida não é parcelado.

M?: É parcelado só que você vai pagar tudo juros em cima de noventa e quatro.

M1: Isso aí eu parcelo em quanto?

M?: Você fala os quinze?

M1: É.

M?: Os quinze?

M1: Não, os quinze não, esse negócio de propina aí pra mim não resolve.

F1: A gente não concorda com propina.

M?: Eu sei mas [incompreensível].

F1: Tipo assim a gente tá errado, porque tipo assim, a gente não foi orientado, porque desde dois mil e dez trabalhando com vocês, vocês não nos orientaram. Quem comentou esse assunto a poucos meses foi [incompreensível] Gigi, aí nós perguntamo pro Adriano que é um do escritório. Ele realmente falou que estava existindo, que agora pra frente o governo ia começar a fiscalizar. Aí eu liguei aqui no escritório conversei com o Doncleber, o Doncleber disse assim, olha A.B.V.C., é, empresa pequena eles nem analisam, pode faze, vocês não nos deve nenhum [incompreensível] vocês tem uma parcela de culpa nisso aí [incompreensível] da nossa

empresa. Então assim, a gente vai procurar o quê? A gente quer sim, não quer pagar propina. Não é da nossa índole.

M?: [incompreensível] a seria, eu falei pra vocês, [incompreensível] ele se ofereceu. Isso aí a gente pega e dá opção porque eu também sinceramente, se for pra autuar vai foi o que eu peguei justifiquei com ele. Se fô realmente pra pagar valor de imposto, seria pra pagar seus duzentos e vinte e dois mil. Por quê? Porque o produto de vocês, a maioria é substituição tributária, bebida, refrigerante, água, suco, essas coisas. Então eu falei pra ele, setenta por cento é substituição. Então se você pega duzentos e vinte e dois mil vezes setenta por cento vai dar cento e cinquenta e cinco. Então se você pegar duzentos e vinte e dois menos cento e cinquenta e cinco vai dar sessenta e sete mil. Sessenta e sete mil vezes dezessete por cento vai pra onze trezentos e noventa vezes cento e cinquenta por cento...

F1: Então, porque é assim, nós...

M?: Dá isso aqui ó.

F1: Nós procuramos um especialista advogado na área tributária tá, que é muito conhecido nosso de Campo Grande e a gente vai passar o caso pra ela. Pra ela solucionar pra gente, porque se for pra pagar eu prefiro pagar [incompreensível].

M?: Eu sei.

F1: Do que propina. Eu acho assim que até vocês é, acho bem estranho assim que vocês fazer esse tipo de trabalho.

M?: Não, num é trabalho é uma opção. Vou ser sincero. Ele chegou, ele chegou e dava a entender.

F1: Aham.

M?: Vou ser sincero para vocês. É o mesmo pensamento que vocês tem não o pensamento que a gente tem, assim, por que. Tem clientes que não pensa como vocês. Tem clientes que já pensa em oferecer.

F1: Uhum.

M?: Então o que acontece, quando ele se pôs na situação ainda eu falei pra vocês. Ó ele deixou bem claro que si paga alguma coisa ele reduz a multa. E eu não ofereci propina pra ele.

F1: então eu acho assim.

M?: Você entendeu.

M?: Agora vou ser sincero pra você, pode ser a tributária que fô, pode ser o melhor advogado que fô, não vai derruba, tô sendo sincero pra você, porque eu fiz especialização lá no [incompreensível] e não derruba. E outra coisa, o Estado, o Estado começou essa cobrança, essa situação de débito primeiramente, essa questão do débito de emissão de cartão o Estado começou a fiscalizar ano passado.

Ficou evidente, ainda, a atuação de R.C.O. como intermediário diretamente ligado ao réu S.F.G., pois ele foi o responsável por entregar a intimação fiscal referente à empresa das vítimas e por fazer o contato com o réu J.T.S., sócio do escritório "A - SE Ltda - ME Contabilidade", além do contato direto mantido pelo próprio fiscal, como consta no Relatório de Informação n. 213/SÓI/GAECO/2016, relativo à análise dos registros telefônicos dos investigados (fl. 589), indicando que no dia 27/06/2016 J.T.S. recebeu uma ligação de S.F.G., data correspondente à primeira reunião realizada com as vítimas.

Em juízo, R.M.C. e A.B.V.C. confirmaram terem os contadores identificado R.C.O. como intermediador entre os escritórios/comerciantes e o auditor fiscal S.F.G., que apenas recebia as vantagem ilícitas. Neste ponto ambas as vítimas disseram que os contadores foram firmes em dizer que havia uma forma de "quebrar"

a dívida junto ao auditor fiscal, mas por meio de seu representante R.C.O.. J.T.S., a seu turno, mencionou ainda que R.C.O., ao oferecer o referido acordo, nem mesmo reportou-se ao chefe para ponderar o valor a ser cobrado, ao que pareceu ter bastante autonomia em relação ao fiscal. O réu E.D.S., por fim, ratificou o que foi narrado pelas vítimas e por Tiago, declarando ser R.C.O. o contato de seu associado com o auditor fiscal.

É o que se pode extrair também da gravação ambiental realizada pelas vítimas, quando da reunião com os acusados E.D.S. e J.T.S.. Trago à colação trecho pertinente:

M?: O R.C.O. que é o.

M?: Imobiliária [incompreensível]. O R.C.O. que é o intermediário.

M1: Com aval dele né.

F1: Esse R.C.O. é daqui ou não?

M2: Esse R.C.O. é daqui [incompreensível].

F1: [incompreensível].

M?: [incompreensível] você deve conhece.

M2: [incompreensível] Só que assim, quando, [incompreensível] quando o Estado era muito bagunçado em termos de tributação né, tinha fiscal que ele era mensalista de determinadas empresas.

F1: Uhum.

M2: [incompreensível] na Cometa por exemplo, esse S.F.G..

M?: o S.F.G.?

M2: O S.F.G., o S.F.G. passava lá todo mês e pegava lá quatro mil reais de ICMS e dava parecer lá de situação no livro de termo de ocorrência, eu cansei de ver. Aquele A.O.A., ele fiscalizava o G.T., trabalhava com o G.T. na época lá, o fi do D. aí o B. recebia também mensalmente, todo, todo mês passava lá, pegava [incompreensível] e queijo era liberado pra ele também, pegava queijo pra fazer churrasco, não sei o que, não seio o que, e pegava o dinheiro dele lá e dava um parecer no livro. Então esses caras eles são acostumados a receber essa propina entendeu.

F1: Uhum.

M2: Até esse dinheiro assim mesmo. Mas no final tudo tem solução, a gente vai trabalhar. E aí o ideal, o ideal desde que vocês decidam, queira, o ideal era fazer uma retificação desse período pra trás pra vocês não correr esse risco ou se form um valor pequenininho corre o risco.

M?: [incompreensível].

M2: Tenta faze uma retificação...

M?: [incompreensível].

M2: Não porque na verdade ela tá intimando só um período né deles. Até você se, até você se notificado.

M?: [incompreensível].

M2: Tenta faze uma retificação...

M?: [incompreensível] pra trás [incompreensível].

M2: [incompreensível] foge à intimação. Mas aí vocês também precisam decidir, se ficar nesse um e oitenta e seis eu até correria o risco, porque o cara não vai fica fiscalizando muito. E a partir de agora vocês começaram a seguir o cartão [incompreensível].

F1: Tá, mas se ele soube que a gente vai paga essa propina, ele vai querer puxar tudo.

M?: Não, não sei.

M2: Não, não porque...

M?: Porque tem ordem de serviço [...].

M2: Tem ordem de serviço. É assim A.B.V.C., só pra você entender, tem a hierarquia, tem a superintendência lá tributária, aí tem os órgãos de acompanhamento e tem os auditor lá embaixo, então a superindência não, mas esses órgãos de controle e fiscalização eles verifica que aqui na empresa [incompreensível] vamu a ela lá, no vermelho, aí ela manda o fiscal naquele período, entendeu, então se depois disso não tive nada, ela não manda mais ninguém. [incompreensível].

M1: [incompreensível] paga, eu não tenho condições pra paga. Eu não tenho condições.

F1: Não tem condição mesmo.

M1: Infelizmente [incompreensível].

M2: A gente vai corre e vai paga isso aí. E aí o que que eu acho, eu acho qu vale a pena vocês contesta sim.

F1: E aí faz a retificação de dois mil e catorze pra cá?

M2: Dois mil e catorze, dois mil e quinze né.

F1: É.

M2: Eu acho interessante desde que vocês paguem devagarzinho [incompreensível].

M?: [incompreensível].

M2: É.

M?: [incompreensível].

M2: Mais uns dois, três meses aí.

As testemunhas Fábio Magno Aquino e Marcos Garcia Macedo, nos depoimentos colhidos em juízo, disseram que durante as investigações comprovou-se que S.F.G. conferia autonomia a R.C.O. e este encontrava-se subordinado ao fiscal. Aliás, a atuação de R.C.O. como intermediário da exigência de propina foi relatada também pela testemunha Franco Cardoso Silva, ouvido durante as investigações, porém, com relação a outro auditor fiscal, o que vem a corroborar as provas da atividade ilícita desenvolvidas por R.C.O..

Fato relevante é o apresentado pelo Policial Militar Marcos Garcia Macedo a respeito da moradia do acusado. Segundo Marcos, embora a residência de R.C.O. fosse localizada em um bairro periférico, o automóvel, a mobília e demais detalhes eram incompatíveis com a renda alegada pelo agente, porém, assim o seriam caso R.C.O. tivesse um outro meio de sobrevivência. O mesmo se depreende a partir do Levantamento Patrimonial do acusado, de fl. 137.

Ao tratar da autoria do crime imputado ao réu S.F.G., o Ministério Público invocou a "teoria do domínio do fato", argumentando que, embora não tenha praticado o núcleo do tipo, ele era o autor intelectual e se valeu dos demais réus para praticar o crime.

A meu ver, entretanto, o réu S.F.G., embora não tenha feito contato direto com as vítimas, praticou o núcleo do tipo penal ao exigir vantagem ilícita se utilizando dos outros três réus. Como já salientado anteriormente, o tipo penal do art. 3º, inciso II, da Lei n. 8137/90 prevê expressamente que a exigência pode ser direta, quando formulada pelo funcionário público, ou indireta, quando a exigência ocorre por meio de interposta pessoa, como no caso dos autos.

Ficou comprovado que R.C.O. agiu como representante dos interesses de S.F.G. e os outros dois réus, E.D.S. e J.T.S., atuaram como intermediários, fazendo contato com as vítimas e transmitindo a exigência. Portanto, todos os agentes respondem pelo mesmo crime, em coautoria.

Não merece prosperar as teses de atipicidade da conduta imputada a S.F.G. ou de ausência de provas, uma vez comprovada a prática delitiva, não apenas por meio da gravação ambiental, onde o nome dele é mencionado como destinatário da propina, mas também diante dos depoimentos das vítimas e demais provas documentais indicando que R.C.O. atuava como seu" funcionário particular".

Também já ficou delineado que o crime em questão é próprio, ou seja, exige uma característica especial do sujeito ativo, devendo ser ele funcionário público. Contudo, por não se tratar de crime de mão própria, admite a coautoria por particulares, sem vínculo com a administração, comunicando-se a todos os agentes a elementar do tipo penal.

Nesse passo, o fato do auditor fiscal não ter comparecido a nenhuma das reuniões realizadas entre os contadores e as vítimas, isso não afasta, como dito alhures, a tipicidade do crime funcional, pois praticado de forma indireta, por meio de interpostas pessoas.

No que concerne à participação de O.S.M. na trama exposta, ainda que sua presença tenha sido confirmada pelas vítimas na segunda reunião na sede do Escritório A - SE Ltda - ME, depreende-se que sua participação deu-se somente com o fim de esclarecer possíveis recursos administrativos contra a autuação fiscal recebida. R.M.C. contou que, questionado, O.S.M. alegou desconhecimento dos fatos ocorridos, tendo, posteriormente, contatado S.F.G. para argumentar a incidência da multa. A.B.V.C., a seu turno, relatou que, ao ser chamado a integrar a reunião, o acusado mostrou-se receptivo quanto a ideia da interposição de recurso, e a realizar a defesa administrativa.

O réu, ao ser interrogado, negou ciência do requerimento de quaisquer valores ilícitos por parte dos seus colegas contadores para diminuição do valor dos impostos cobrados.

Assim, não há prova suficiente acerca da participação do réu O.S.M. na empreitada criminosa descrita na denúncia, principalmente porque de tudo quanto demonstrado, ficou evidente apenas que os sócios E.D.S. e J.T.S. agiram como intermediários para a exigência de vantagem ilícita em favor do auditor fiscal S.F.G..

Existindo dúvida sobre a autoria delitiva, o caminho é a absolvição do acusado, em atenção ao princípio do in dubio pro reo.

3.2 – CRIME DO ART. 325, CAPUT, E § 1º, DO CP, imputado ao réus S.F.G.

O tipo penal em questão vem assim redigido:

> *Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:*
>
> *Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.*

§ 1.º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

O Ministério Público imputa ao réu S.F.G**.** a prática do crime de violação do sigilo funcional, por ter fornecido a R.C.O. documentos com informações fiscais sigilosas, relativas a contribuintes, além de ter fornecido senha de acesso ao sistema da SEFAZ.

Sobre o sigilo fiscal das informações financeiras dos contribuintes, o art. 198 do CTN estabelece que:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

Também regulamentando o sigilo das informações fiscais em poder do Estado, a Lei Estadual n. 1810/97 dispõe:

***Art. 223.** Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação para fins extrafiscais, por parte da Fazenda Estadual ou de seus funcionários, de qualquer informação obtida, em razão de ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.*

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo os seguintes casos:

I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da administração pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo no órgão

ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 3.477, de 20.12.2007, DOE MS de 21.12.2007)

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da administração pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 3.477, de 20.12.2007, DOE MS de 21.12.2007)

Conforme se depreende dos documentos apreendidos na residência de R.C.O. (termo circunstanciado de busca e apreensão de fls. 1314/1324 e documentos de fls. 1325 e ss), de fato ele teve acesso a diversas informações sigilosas relativas a fiscalização de tributos, que estavam sob os cuidados da SEFAZ e foram a ele repassadas por auditores fiscais, dentre eles S.F.G.. As informações a que R.C.O. teve acesso, por estarem relacionadas ao processos de fiscalização tributária, são de interessa da administração pública.

Comprovou-se que o réu franqueou a R.C.O. o acesso a diversos documentos sigilosos, relativos à situação financeira de contribuintes fiscalizados por ele, contendo, além da intimação fiscal, autos de lançamento e imposição de multa, extratos de movimentações financeiras de empresas auditadas, relatórios de rendimentos e outros. Diversos dos documentos e informações encontradas na residência de R.C.O., pessoa alheia aos quadros da Secretaria de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, são acobertados pelo sigilo fiscal e chegaram a seu poder através do auditor fiscal S.F.G..

Da mesma forma, ***restou comprovado nos autos que o réu S.F.G. forneceu senha de acesso ao sistema da SEFAZ a R.C.O.. Os acessos do corréu a referido sistema, utilizando-se da senha do fiscal, restou comprovada por meio do depoimento de R.C.O., na fase investigativa, onde ele revela que fazia uso das senhas de S.F.G. e de outro fiscal.*** Além disso, A.O.A., auditor fiscal ouvido durante as investigações, disse que ***R.C.O.*** ficava em posse de sua senha funcional, conferindo credibilidade à afirmação dele, quando interrogado perante o Ministério Público.

A testemunha Fabio Magno Aquino (fls. 2656/2658), descreveu em seu depoimento ter ficado patente que ***R.C.O.*** possuía a senha de acesso dos auditores ao sistema da SEFAZ, o que inclusive foi confirmado por A.O.A..

Não merece prosperara a tese defensiva sobre a incidência do princípio da consunção, pois não restou comprovado que o crime de violação do sigilo funcional teria sido o meio necessário para a prática do delito contra a ordem tributária (art. 3º, inciso II, da Lei 8037/90).

Pelo contrário, como o próprio auditor fiscal, detentor de acesso ao sistema da SEFAZ em razão de seu ofício, praticou o crime de exigir vantagem ilícita das vítimas, de forma indireta, a pretexto de não lançar integralmente o ICMS e multa devidos, a conduta de violação do sigilo funcional não é meio indispensável para a prática do delito mais grave, inexistindo nexo de dependência entre os crimes.

Vale dizer, o crime contra a ordem tributária ocorreria independentemente do crime de violação do sigilo funcional. Além disso, os delitos em questão protegem bens jurídicos diferentes - o art. 325 do CP tutela a administração pública e o art. 3º, inciso II, da Lei 8137/90 tutela a ordem tributária -, o que também afasta a absorção pretendida pela defesa.

Ademais, a conduta de violação do sigilo funcional não configurou por si só, crime mais grave, já que o delito contra a ordem tributária foi praticado em momento distinto e está divorciado do contexto desse primeiro delito. Não há falar, portanto, em relação de subordinação ou subsidiariedade entre as duas figuras típicas.

(…)

Compulsando os autos, confiro credibilidade aos depoimentos que foram prestados perante autoridade policial e em juízo, e que estão em consonância entre si e com as provas carreadas nos autos. Neste sentido,

não restam dúvidas acerca da autoria e materialidade dos delitos do art. 3º, inciso II, da Lei 8137/90, imputado ao réus S.F.G., E.D.S., R.C.O. e J.T.S., bem como do art. 325, caput, e §1º, do CP, imputado ao réu S.F.G., uma vez que o arcabouço probatório se mostrou suficiente para sustentação do édito condenatório nos termos da denúncia. Assisto parcial razão ao pleito do Ministério Público, sendo a condenação, nos termos acima indicados, medida de justiça que se impõe.

Observo que o fatos são típicos, ilícitos e culpáveis, bem como ausentes estão causas de exclusão da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Passo ao dispositivo da sentença.

(...).” (grifei).

De fato, incabível a aplicação do princípio da consunção, pois os crimes tributário e violação de sigilo funcional são distintos, autônomos, independentes, não se constituindo a conduta de um como preparação, meio ou execução do outro.

Tal princípio reserva-se a casos em que o crime meio é utilizado para alcançar o crime fim. No caso concreto, a violação do sigilo não foi utilizado como meio necessário para a prática do crime tributário, tratando-se de condutas independentes, não havendo vinculação entre os crimes.

Cleber Masson leciona que *“De acordo com o princípio da consunção, ou da absorção, o fato mais amplo e grave consume, absorve os demais menos amplos e graves, os quais atuam como meio normal de preparação ou execução daquele, ou ainda como seu mero exaurimento.” (Direito Penal Esquematizado, Parte Geral, Vol. 1, 9ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015).*

O princípio da consunção/absorção só tem incidência naquelas hipóteses em que existam, necessariamente, um crime meio e um crime fim. Em se tratando dos referidos delitos, não há qualquer relação de meio e fim entre um e outro, não havendo como se cogitar de que o menos grave seja meio necessário para a consecução do outro, mais grave.

Dessa forma, o conjunto probatório é firme a demonstrar que o apelante S.F.G. exigiu, indiretamente, ou seja, por intermédio dos corréus/apelantes R.C.O., J.T.S. e E.D.S., vantagem indevida das vítimas R.M.C. e A.B.V.C., consistente no valor total de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) para deixar de lançar integralmente o débito tributário e respectiva multa, não há falar em absolvição do crime previsto no art. 3º, II, da Lei n.° 8.137/90.

Comprovado, ainda, que o apelante S.F.G. forneceu sua senha e deu acesso ao corréu/apelante R.C.O., pessoa não autorizada, ao sistema da SEFAZ (Secretaria de Estado de Fazenda) e a documentos sigilosos, relativos à situação financeira de contribuintes por ele fiscalizados, não há falar em absolvição do crime previsto no art. 325, *caput*, e § 1º, I, do Código Penal.

A respeito:

> *“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA (ARTIGO 317, §1º, DO CÓDIGO PENAL),* ***VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL (ARTIGO 325 DO CÓDIGO PENAL)*** *E PREVARICAÇÃO (ARTIGO 319 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS NA FASE EXTRAJUDICIAL, POR GRAVAÇÃO DE VÍDEO SEM AUTORIZAÇÃO DAS TESTEMUNHAS, AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DAS AUTORIDADES QUE TOMARAM OS DEPOIMENTOS E, AINDA, POR SUPOSTA COAÇÃO DAS TESTEMUNHAS. NÃO OCORRÊNCIA.* ***GRAVAÇÃO DE CONVERSA PROMOVIDA POR UM DOS INTERLOCUTORES. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO.*** *ADEMAIS, CONTEÚDO DAS GRAVAÇÕES QUE NÃO FOI UTILIZADO PARA SUSTENTAR A CONDENAÇÃO E NÃO POSSUI OUTRA FINALIDADE SENÃO A DE EVIDENCIAR A AUSÊNCIA DE COAÇÃO POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUTORIDADES QUE FORAM APRESENTADAS ÀS TESTEMUNHAS INQUIRIDAS, CONSTANDO DOS TERMOS DE DECLARAÇÃO. COAÇÃO DA INFORMANTE*

APONTADA PELA DEFESA NÃO VERIFICADA. ADEMAIS, DECLARAÇÕES PRESTADAS ADMINISTRATIVAMENTE PELA REFERIDA INFORMANTE QUE NÃO FORAM UTILIZADAS PARA SUSTENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PREJUÍZO NÃO VERIFICADO. DE OUTRO LADO, COM RELAÇÃO ÀS DEMAIS TESTEMUNHAS, NÃO FOI APONTADO EM QUE CONSISTIRIA A COAÇÃO, DE MODO QUE, POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, NÃO SE CONHECE DO RECURSO NO PONTO. POR FIM, ALEGAÇÃO DE QUE AS DECLARAÇÕES PRESTADAS EXCLUSIVAMENTE NA FASE EXTRAJUDICIAL NÃO PODEM SER CONSIDERADAS. DESCABIMENTO. AINDA QUE NÃO POSSAM SER UTILIZADAS COMO FUNDAMENTO ÚNICO PARA A CONDENAÇÃO, OS ELEMENTOS INDICIÁRIOS, QUANDO CORROBORADOS PELAS PROVAS JUDICIAIS, PODEM SER CONSIDERADOS. OFENSA AO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO VERIFICADA. ***MÉRITO.*** *PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS PELOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLACIONADOS AOS AUTOS, ESPECIALMENTE PELO CONTEÚDO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS. GRAVAÇÕES QUE CONFIRMAM QUE* ***O APELANTE, DELEGADO REGIONAL DE POLÍCIA CIVIL, SOLICITOU O RECEBIMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA COMO FORMA DE DEIXAR DE PROVIDENCIAR A DEVIDA FISCALIZAÇÃO DAS BOATES E CASAS DE PROSTITUIÇÃO DO INTERLOCUTOR, CONCEDENDO ALVARÁ SEM O DEVIDO RIGOR FISCALIZATÓRIO.*** *TESE DEFENSIVA DE QUE OS VALORES SOLICITADOS SERIAM PARA O PAGAMENTO DE PRODUTOS GRANJEIROS QUE NÃO RESTOU DEVIDAMENTE COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.* ***PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE VIOLAÇÃO DO SIGILO FUNCIONAL. DESCABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS.*** *APELANTE QUE REALIZA LIGAÇÃO PARA ADVOGADO DOS AGENTES QUE PRATICAVAM O JOGO DO BICHO E PEDE QUE OS INFORME QUE A FISCALIZAÇÃO SERÁ INTENSIFICADA, INCLUSIVE COM MANDADOS DE BUSCA EXPEDIDOS, PEDINDO QUE ELES SUSPENDAM MOMENTANEAMENTE AS ATIVIDADES.* ***REVELAÇÃO DE FATO DE QUE TEVE CIÊNCIA EM RAZÃO DO CARGO. CRIME FORMAL QUE NÃO EXIGE A OCORRÊNCIA DE RESULTADO NATURALÍSTICO.*** *ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA A PRÁTICA DELITIVA. DESNECESSIDADE. CRIME QUE NÃO EXIGE DOLO ESPECÍFICO, BASTANDO O DOLO GENÉRICO EM REVELAR FATO SIGILOSO. CONDENAÇÃO MANTIDA. (...) SENTENÇA MANTIDA. -* ***É lícita a gravação de conversa por um dos interlocutores, ainda que sem a autorização ou conhecimento do outro.-*** *No processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetiva demonstração de prejuízo, conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal. - Pelo princípio da dialeticidade recursal, segundo o qual o efeito devolutivo da apelação criminal encontra limites nas razões expostas pela defesa, não se pode conhecer da alegação genérica de coação das testemunhas, sobretudo se o apelante não especifica no que consistiria a referida coação. - Os elementos indiciários aliados às provas produzidas durante o curso da instrução processual podem ser utilizados para fundamentar a condenação. - O agente que solicita vantagem indevida em razão da condição de funcionário público comete o crime de corrupção passiva, sendo que, evidenciado que, por essa razão, deixou de praticar ato de ofício, incide na causa especial de aumento legalmente prevista (artigo 317, §1º, do Código Penal).* ***- O funcionário público que revela fato de que teve ciência em razão do cargo e que deveria permanecer em silêncio comete o crime previsto no artigo 325 do Código Penal, ainda que não demonstrado o seu interesse pessoal na revelação, uma vez que o tipo penal não exige dolo específico, bastando o dolo genérico em revelar o fato sigiloso.*** *(...) Recurso parcialmente conhecido e, rejeitadas as preliminares, desprovido." (TJSC, Apelação n. 0003871-67.2011.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 26-07-2016).*

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME PRATICADO POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL. PREVARICAÇÃO COMISSIVA (24 VEZES), PREVARICAÇÃO OMISSIVA ***E VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL*** *(ART. 319 (24 VEZES), ART. 319 E ART. 325, § 2º, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA.*

*RECURSO DA DEFESA. **VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS.** RÉ (AGENTE PENITENCIÁRIA) QUE INFORMA AO PRESO SOBRE OPERAÇÃO "PENTE FINO", REALIZADA PARA APREENDER OBJETOS ILÍCITOS NAS CELAS DO PRESÍDIO REGIONAL DE JOINVILLE. **FATO INERENTE AO SIGILO FUNCIONAL QUE RESULTOU PREJUÍZOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONFISSÃO JUDICIAL CORROBORADA PELO DEPOIMENTO DE COACUSADO E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PROVAS SUFICIENTES.** (...) **CONDENAÇÕES MANTIDAS.** (...)." (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.008540-3, de Joinville, rel. Marli Mosimann Vargas, Primeira Câmara Criminal, j. 23-06-2015).*

*"PROCESSO PENAL. SENTENÇA. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCONSIDERAÇÃO DAS TESES SUSCITADAS NAS ALEGAÇÕES FINAIS. PROVIMENTO JURISDICIONAL SATISFATORIAMENTE FUNDAMENTADO. HIGIDEZ. PREFACIAL REPELIDA. A circunstância do juiz não se haver fundado em argumento deduzido pelas partes e de proclamar entendimento que não o pretendido, não significa que tenha proferido julgamento citra petita, pois a eles não está adstrito por força do princípio do jura novit curia. O que se faz mister é que a sentença observe a res in judicium deducta, podendo estear-se em fundamento jurídico e legal diverso, não padecendo do vício da invalidez aquela em que seu prolator repele, após proceder ao exame, as questões ventiladas, declinando as razões do seu convencimento, atendendo, por conseguinte, à exigência erigida em postulado constitucional. **APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL** E CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADAS. **ABSOLVIÇÃO. PROVAS CONTUNDENTES DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. CONDENAÇÃO IMPERATIVA. Se o conjunto probatório evidencia, clara e insofismavelmente, a materialidade e a autoria dos delitos narrados na denúncia, descabe a absolvição. GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO. DIÁLOGO QUE NÃO PODE SER TIDO POR CONFIDENCIAL. LEGALIDADE. PRECEDENTES DO EXCELSO PRETÓRIO. "Omissis. 2. É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação. Precedentes**. 3. Agravo regimental desprovido" (STF, AI n. 560223 AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 12.04.2011, disponível em www.stf.jus.br, acesso em 2 ago. 2011). TRANSCRIÇÃO DO TEOR DO DIÁLOGO. MALFERIMENTO DA LEI PROCESSUAL PENAL. ATO QUE NÃO SE EQUIPARA À PERÍCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MÁCULA INEXISTENTE. REJEIÇÃO. **O direito processual brasileiro, no tocante às nulidades, edificou seu alicerce, dentre outros, no princípio da instrumentalidade das formas, traduzido pelo brocardo pas de nullité sans grief, segundo o qual não se decreta nulidade sem prejuízo. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS QUE SE COADUNAM E ENCONTRAM ESTEIO NO PROCESSO. VALOR PROBANTE INEQUÍVOCO. ALICERCE SEGURO PARA A CONDENAÇÃO.** O status funcional da testemunha por si só não suprime o valor probatório do seu depoimento, que goza da presunção juris tantum de veracidade, especialmente quando prestado em juízo, ao abrigo da garantia do contraditório. Por isso, as declarações de policial só não terão valor se não se coadunarem com os demais elementos de convicção existentes no processo. (...)." (TJSC, Apelação Criminal n. 2011.006808-2, de Gaspar, rel. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Criminal, j. 02-08-2011).*

DA PENA DE PERDA DO CARGO.

O apelante S.F.G., pugnou, ainda, pelo afastamento da pena de perda do cargo.

Constata-se que, na sentença, após a aplicação das penas de 03 (três) anos de reclusão e 06 (seis) meses de detenção, além de 10 (dez) dias-multa, pelo crime funcional contra a ordem tributário e crime de violação de sigilo funcional, em atendimento ao art. 92, I, "a", do CP, foi declarada a perda do cargo público ocupado pelo apelante S.F.G..

Determina o referido dispositivo:

> *"Art. 92 - **São também efeitos da condenação:***
>
> ***I - a perda de cargo,** função pública ou mandato eletivo:*
>
> *a) **quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.**"*

Percebe-se que a norma é clara quanto à perda do "cargo público".

No entanto, no caso em tela, verifica-se que o apelante S.F.G. se aposentou no decorrer da instrução criminal (na data de 07/02/2018 – fl. 4.028), ou seja, antes da prolação da sentença condenatória (em 10/06/2020).

Consta, ainda, que o apelante sofreu procedimento administrativo disciplinar, o qual foi concluído e anexado às fls. 3.167 e 3.284-3.551, e que ele foi punido com a pena disciplinar de 60 (sessenta) dias de suspensão, a qual foi convertida em multa, decisão proferida no dia 28/08/17 (fl. 3.534), ou seja, também no decorrer da presente instrução processual e antes da aposentadoria.

Portanto, o apelante não ocupava mais cargo público quando da prolação da sentença, estando na inatividade.

Conforme artigo publicado no site "olharjurídico":

> *"Dessa forma, ainda que condenado por crime praticado durante o período de atividade, o servidor público não pode ter a sua aposentadoria cassada com fundamento no art. 92, I, do Código Penal, mesmo que a sua aposentadoria tenha ocorrido no curso da ação penal, sob pena de afronta à legalidade penal.*
>
> *Os efeitos de condenação criminal previstos no art. 92, I, do Código Penal, embora possam repercutir na esfera das relações extrapenais, são efeitos penais, na medida em que decorrem de lei penal. Pela natureza constrangedora desses efeitos (que acarretam restrição ou perda de direitos), eles somente podem ser declarados nas hipóteses restritas do dispositivo mencionado, o que implica afirmar que o rol do art. 92 do Código Penal é taxativo, sendo vedada a interpretação extensiva ou analógica para estendê-los em desfavor do acusado, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.*
>
> *Dessa maneira, como a previsão legal é dirigida para a "perda de cargo, função pública ou mandato eletivo" não se pode estendê-la ao servidor que se aposentou, ainda que no decorrer da ação penal, vez que ele não ocupa cargo e nem exerce função pública."*[3]

A respeito, vem decidindo o STJ:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 92, I, "B", DO CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. **PERDA DO CARGO PÚBLICO. APOSENTADORIA SUPERVENIENTE AO DELITO. POSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO.** ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (POSIÇÃO VENCIDA DA RELATORA). ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO: VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.*

3 Disponível em <https://www.olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=943&artigo=o-efeito-penal-da-perda-do-cargo-publico-nao-alcanca-aposentadoria-deferida-regularmente#:~:text=Trata%2Dse%20da%20reda%C3%A7%C3%A3o%20do,)%20penal%20condenat%C3%B3ria(o).&text=E%20tamb%C3%A9m%20a%20lei%20penal%20%C3%A9%20fruto%20do%20poder%20pol%C3%ADtico%20do%20povo.> acesso em 08/12/20.

1. Segundo a ótica majoritária da colenda Sexta Turma, construída a partir do voto divergente do eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, é inviável ter-se como efeito da condenação penal a perda da aposentadoria, em razão de inexistente previsão legal.

2. Recurso especial da defesa a que se dá provimento (com voto vencido da relatora). (...)"

(REsp 1250950/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, ***SEXTA TURMA,*** *julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012).*

"PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. EFEITOS. APOSENTADORIA. CASSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Sexta Turma desta Corte não tem admitido a cassação da aposentadoria como consectário lógico da condenação criminal, em razão de ausência de previsão legal. Precedente.

2. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento."

(RMS 31.980/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, ***SEXTA TURMA,*** *julgado em 02/10/2012, DJe 30/10/2012).*

"RECURSO ESPECIAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. 1. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANTO AO AGRAVO. SÚMULAS N.S 292 E 528 DO STF. 2. INOBSERVÂNCIA DO ART. 514 DO CPP. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE RELATIVA QUE NÃO SE RECONHECE. SÚMULA N. 330 DO STJ. 3. ***CRIME COMETIDO NA ATIVIDADE. POSTERIOR APOSENTADORIA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. ART. 92, I, ALÍNEA "A", DO CP. ROL TAXATIVO. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES****. 3. AGRAVO NÃO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.*

1. Não há interesse recursal na interposição do agravo, porquanto a decisão que admite parcialmente o recurso especial devolve a esta Corte Superior de Justiça o conhecimento de toda a matéria arguida no apelo nobre, não estando adstrita ao juízo de admissibilidade feito pelo Tribunal de origem. Súmulas n.s 292 e 528 do Pretório Excelso.

2. De acordo com a Súmula n. 330 desta Corte, É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.

3. Condenado por crime funcional praticado em atividade, anteriormente à aposentaria, que se deu no curso da ação penal, não é possível declarar a perda do cargo e da função pública de servidor inativo, como efeito específico da condenação. A cassação da aposentadoria, com lastro no art. 92, I, alínea "a", do Código Penal, é ilegítima, tendo em vista a falta de previsão legal e a impossibilidade de ampliar essas hipóteses em prejuízo do condenado.

3. Agravo não conhecido e recurso especial parcialmente procedente."

(REsp 1416477/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), ***QUINTA TURMA,*** *julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014).*

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ***CRIME COMETIDO NA ATIVIDADE. POSTERIOR APOSENTADORIA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. ART. 92, I, ALÍNEA "A", DO CP. ROL TAXATIVO. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES.***

I. A perda do cargo público somente pode ser declarada nas hipóteses restritas e taxativamente previstas na lei, vedada a interpretação extensiva ou analógica em desfavor do réu, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

II. ***A previsão legal é dirigida para a perda de cargo, função pública ou mandato efetivo, o que não é a hipótese dos autos, considerando que o agravado, no decorrer da ação penal, aposentou-se.***

III. Consubstanciando a aposentadoria um ato jurídico perfeito, com preenchimento de requisitos legalmente exigidos, não se pode desconstituí-la como efeito extrapenal específico da sentença condenatória, mesmo que o fato apurado tenha sido cometido quando o funcionário ainda estava ativo. A cassação da aposentadoria tem previsão legal, mas no âmbito administrativo, não na esfera penal.

IV. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 1447549/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, ***QUINTA TURMA,*** *julgado em 03/03/2016, DJe 09/03/2016)*

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 92 DO CP. EFEITO DA CONDENAÇÃO PENAL. PERDA DO CARGO PÚBLICO. APOSENTADORIA SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NO CP. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O art. 92 do Código Penal apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a perda da aposentadoria e, por se tratar de norma penal punitiva, não admite analogia in malam partem.

2. Precedentes da Quinta e da Sexta Turma.

3. Agravo regimental improvido."

(AgInt no REsp 1529620/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, ***SEXTA TURMA****, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016).*

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TORTURA. ***POLICIAL MILITAR REFORMADO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. EFEITO EXTRA-PENAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 92, INCISO I, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.*** *POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA NA ESFERA ADMINISTRATIVA, NOS TERMOS LEGALMENTE PREVISTOS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.*

1. O efeito da condenação relativo à perda de cargo público, previsto no art. 92, inciso I, alínea b, do Código Penal, não se aplica ao servidor público inativo, uma vez que ele não ocupa cargo e nem exerce função pública.

2. O rol do art. 92 do Código Penal é taxativo, não sendo possível a ampliação ou flexibilização da norma, em evidente prejuízo do réu, restando vedada qualquer interpretação extensiva ou analógica dos efeitos da condenação nele previstos.

3. Configurando a aposentadoria ato jurídico perfeito, com preenchimento dos requisitos legais, é descabida sua desconstituição, desde logo, como efeito extrapenal específico da sentença condenatória; não se excluindo, todavia, a possibilidade de cassação da aposentadoria nas vias administrativas, em procedimento próprio, conforme estabelecido em lei.

4. Recurso especial desprovido."

*(REsp 1317487/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, **QUINTA TURMA,** julgado em 07/08/2014, DJe 22/08/2014).*

*"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. POLICIAL MILITAR REFORMADO. **CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. EFEITO EXTRAPENAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 92, INCISO I, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.***

I - Nos termos do art. 92, inciso I, do Código Penal, constitui efeito extrapenal da sentença penal condenatória a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, ou quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. Entretanto, nos termos do parágrafo único do dispositivo acima citado, esta consequência não pode ser determinada de forma automática, sendo imprescindível a exposição dos motivos para a decretação da sanção.

*II - **A previsão legal, no entanto, nada diz a respeito da cassação de aposentadoria do servidor civil, ou da reforma, caso se trate de servidor público militar. Por se tratar de norma penal punitiva, não se pode ampliar o rol de efeitos extrapenais contidos no dispositivo, sob pena de violação ao princípio que proíbe o emprego da interpretação analógica in malam partem, como consectário lógico do princípio da reserva legal, que veda a imposição de penalidade sem previsão legal prévia e expressa.***

Agravo regimental desprovido."

*(AgRg no AREsp 980.297/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, **QUINTA TURMA,** julgado em 20/03/2018, DJe 23/03/2018).*

Dessa forma, em atendimento ao princípio da legalidade, considerando que antes da prolação da sentença, no decorrer da ação penal, o apelante S.F.G. se aposentou, ou seja, não ocupa mais cargo público, afasto a pena de perda do cargo.

DAS PENAS DE MULTA E PECUNIÁRIA.

Improcedem os pedidos dos apelantes R.C.O., E.D.S. e J.T.S. de exclusão ou redução da pena de multa do crime tributário.

Primeiro, porque o art. 3°, II, da Lei n.° 8.137/90 prevê pena de 03 a 08 anos reclusão e pagamento de multa, sendo impossível, assim, afastar a pena de multa.

Segundo, porque percebe-se que o valor do dia-multa foi fixado acima do mínimo legal (1/5 do salário mínimo), em observância ao disposto no art. 60 do CP. Já a quantidade final de dias-multa (10) foi fixada de forma proporcional à pena reclusiva (3 anos de reclusão) (fl. 3.961).

De acordo com o art. 60 do Código Penal:

"Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo."

No caso foi justificado na sentença que estava sendo considerada a situação econômica dos réus, que tiveram a defesa patrocinada por advogados particulares e possuem emprego fixo (fl. 3.961).

Quanto à alegação do apelante R.C.O. de que está desempregado, além de não haver comprovação a respeito, poderá demonstrar a impossibilidade financeira junto ao Juízo da Execução Penal e pleitear o parcelamento da multa.

Como é cediço, o magistrado possui discricionariedade, dentro dos limites legais, para fixar a pena em conformidade com sua finalidade, prevenção e repressão do crime. Assim, não há reparo a ser feito.

Nesse sentido, entende o STJ:

> ***"A aplicação da pena de multa orienta-se pelo critério de proporcionalidade com a pena reclusiva, tendo o seu valor definido observando-se duas etapas distintas, quais sejam, a fixação da quantidade de dias-multa, com base nas circunstâncias do art. 59, do Código Penal, e o valor atribuído a cada qual, de acordo com a capacidade econômica do réu."***
>
> *(STJ, HC 224881/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 24/05/2012).*

Não merece reparo a sentença quando substituiu a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no importe de 10 salários mínimos (fl. 3.961), porquanto foi fixada em patamar suficiente para a prevenção e reprovação do delito e levou em consideração as gravíssimas circunstâncias dos fatos e a capacidade econômica dos apelantes, sendo que E.D.S. e J.T.S. são sócios do escritório de contabilidade, enquanto R.C.O., após buscas realizadas em sua residência, verificou-se que possui considerável poder aquisitivo.

Segundo, porque os apelantes foram patrocinados por advogados particulares desde o início da instrução criminal e era ônus da defesa trazer aos autos provas de que não possuem condições de efetuar o pagamento do valor estipulado, o que inocorreu.

Vê-se que a defesa não demonstrou nos autos que o apelante R.C.O. está desempregado (afirmou em juízo que está vendendo roupas, ainda que informalmente), seu rendimento e a impossibilidade financeira dele e dos apelantes E.D.S. e J.T.S. de arcar com o pagamento da pena pecuniária, sendo certo que poderão pleitear, junto ao Juízo da Execução Penal, o parcelamento do valor imposto, de modo a tornar exequível a pena alternativa aplicada.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL [...] PENA RESTRITIVA - PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - 01 SALÁRIO MÍNIMO - AFASTAMENTO – IMPOSSIBILIDADE - COMPETÊNCIA - JUÍZO DA EXECUÇÃO.* ***[...] 3. Acaso seja impossível ao réu o cumprimento da pena pecuniária, caberá ao Juízo da Execução Penal averiguar, na hipótese de aceitação do beneficiário, a possibilidade de prestação de outra natureza, sendo certo, contudo, que o não cumprimento da pena pecuniária redundará, em última hipótese, na retomada da pena privativa de liberdade*** *[...]" (TJ-DF 20180110022300 DF 0002343-71.2017.8.07.0011, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 21/02/2019, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: 28/02/2019).*
>
> ***"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. […] PARCELAMENTO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. [...] - Compete ao Juízo da Execução analisar pedido atinente ao parcelamento da pena de prestação pecuniária [...]"*** *(TJ-MG – APR: 10223150249181002 MG, Relator: Matheus Chaves Jardim, Data de Julgamento: 04/04/2019, Data de Publicação: 12/04/2019).*
>
> ***"[...] PENA PECUNIÁRIA. REDUÇÃO. Obedecidos os ditames legais e fixada a pena pecuniária em quantum proporcional a condição financeira do apelante, não há falar-se em redução, mormente porque o seu pagamento poderá ser parcelado e reanalisado perante o juízo da execução penal. [...]"*** *(TJ-GO – APR: 02652584820168090175, Relator:*

DES. CARMECY ROSA MARIA A. DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 03/04/2018, 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2503 de 11/05/2018).

DA ISENÇÃO DAS CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS.

Por fim, deixo de isentar os apelantes E.D.S. e J.T.S. do pagamento das custas processuais, pois foram defendidos desde o início da instrução processual por advogado particular (fl. 2.409, 2.460) e não comprovaram ser hipossuficientes.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06 C/C ARTIGO 297 DO CP C/C ARTIGO 12, CAPUT DA LEI n. 10.826/2003 –TRÁFICO DE DROGAS e ARTIGO 297 DO CP - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PENAS-BASES MANTIDAS – COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO COM A REINCIDÊNCIA – JUSTIÇA GRATUITA DESCABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) Não restou comprovada a hipossuficiência financeira, além de estar sendo assistido por advogado particular, para fazer jus a benesse da justiça gratuita." (TJMS. Apelação 0025418-39.2014.8.12.0001. Rel Des. Manoel Mendes Carli. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 23/06/2015).*

Assim, considerando que os agentes não trouxeram aos autos comprovação do estado de pobreza a justificar a concessão dos benefícios da justiça gratuita, não há como deferir os pedidos.

Em relação aos prequestionamentos, tenho que a sentença penal condenatória não viola nenhuma Lei Federal nem norma constitucional, estando em consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

Conclusão.

Diante do exposto, em parte com o parecer, rejeito as preliminares e nego provimento aos recursos defensivos de R.C.O., E.D.S. e J.T.S. e dou parcial provimento ao recurso defensivo de S.F.G., somente para afastar a pena de perda do cargo.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos de ricardo chaquibi de oliveira, edvaldo dias santos e jocinei tiago saturnino e, deram parcial provimento ao recurso de stênio ferreira gonçalves.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Apelação Criminal nº 0002845-27.2018.8.12.0046 - Chapadão do Sul

EMENTA - RECURSO MINISTERIAL – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE RECURSAL ARGUIDA PELA DEFESA – NÃO ACOLHIDA – MÉRITO – PLEITO DE CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – PRETENSÃO ACOLHIDA – PLEITO DE CONDENAÇÃO DO DELITO DE DIREÇÃO PERIGOSA – IMPOSSIBILIDADE – PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS PREJUDICADO – CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – REQUISITOS PREENCHIDOS – APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI DE DROGAS AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – INCABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Esta Corte tem entendimento no sentido de que, de acordo com o art. 5º, parágrafos 1º e 3º, da Lei n.º 11.419/2006, a intimação eletrônica é considerada como realizada no dia em que o intimando efetuar a consulta eletrônica ou, não sendo esta realizada no prazo de 10 (dez) dias corridos, contados da data do envio, deverá ser considerada como realizada tacitamente no último dia do prazo dos 10 (dez) dias previstos para consulta. Preliminar arguida pela defesa, em contrarrazões, rejeitada.

II – Restou comprovado que, além de manter associação estável e permanente com os corréus para o exercício da traficância, paralelamente e com objetivos distintos, o réu também integrava organização criminosa estruturalmente ordenada, nacionalmente conhecida pela sigla "PCC". A prova desses fatos repousou, substancialmente, nos depoimentos testemunhais colhidos em juízo, especialmente dos policiais que atuaram no caso, e nos relatórios de transcrições das interceptações telefônicas, que davam a indicação da exata extensão das atividades criminosas por ele praticadas.

III – O artigo 34 da Lei das Contravenções Penais foi derrogado pelo Código de Trânsito Brasileiro no que tange às vias terrestres. Resta prejudicado o pedido de danos materiais.

IV – Se o conjunto probatório deixa evidente que a acusada estava unida com os corréus, de forma estável e permanente, com o firme propósito de praticar o crime de tráfico de drogas, deve ser reformada a sentença para que seja condenada também por infração ao art. 35 da Lei n.º 11.343/06.

V – Diante da inexistência de prova inequívoca a respeito da participação dos filhos menores dos acusados no delito de associação ao tráfico, não deve incidir a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. º 11.343/06.

RECURSOS DEFENSIVOS – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVO – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – INOCORRÊNCIA – PLEITO ABSOLUTÓRIO REFERENTE AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE E DA PENA DE MULTA – CABÍVEL – AFASTAMENTO DE DIVERSAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS CONSIDERADAS COMO NEGATIVAS MAL SOPESADAS – EXTENSÃO À CORRÉ, NOS TERMOS DO ART. 580, DO CPP - REGIME FECHADO MANTIDO – CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I – Não há falar em ofensa ao princípio da correlação ou julgamento *extra petita*, visto que apesar da imprecisão apontada, da leitura integral peça acusatória, infere-se que está atribuída a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, ao réu Aldinei. Preliminar rejeitada.

II – Restou comprovado pelo conjunto probatório, especialmente pelos depoimentos testemunhais colhidos em juízo e relatórios de interceptação telefônica, que os réus Aldinei e Simone praticaram os delitos de tráfico de drogas e associação ao tráfico, razão pela qual não há se falar em absolvição. Condenações mantidas.

III – Se algumas circunstâncias judiciais não receberam fundamentação concreta, reduz-se a pena-base para montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Em atendimento ao art. 580, do CPP, estende-se o benefício à corré.

IV – Em atendimento ao art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, tratando-se de agente reincidente, que possui circunstância judicial negativa, deve ser mantido o regime prisional fechado, o qual é necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito. De igual forma, deve ser mantido o regime prisional fechado à apelante que foi condenada em pena superior a 8 (oito) anos de reclusão e possui circunstância judicial negativa.

V – Cabível a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao apelante, tendo em vista sua condição de hipossuficiência financeira, pois foi assistido pela Defensoria Pública Estadual, a qual possui rígidos critérios seletivos para oferecer atendimento exclusivamente aos hipossuficientes.

Em parte, com o parecer, rejeito as preliminares arguidas pela defesa e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o réu Aldinei como incurso nas sanções penais do artigo 2º, da Lei n.º 12.850/13 e a ré Gabriela por infração ao art. 35 da Lei n.º 11.343/06 e, dou parcial provimento aos recursos defensivos para reduzir a pena-base e de multa dos réus Aldinei, Simone e João Vitor e conceder os benefícios da justiça gratuita para o réu Aldinei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram as preliminares. No mérito, por maioria, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor. Por maioria, contra o parecer, deram parcial provimento aos recursos defensivos, nos termos do voto do Relator, vencido o Vogal.

Campo Grande, 2 de março de 2021.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recursos de Apelação Criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e pelos réus Aldinei Araújo Bezerra de Sousa, Simone Lopes Miranda e João Vitor Alves de Souza contra a sentença de fls. 750-768 da Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul/MS.

Aldinei Araújo Bezerra de Sousa foi condenado à pena de: 08 anos, 01 mês e 06 dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 809 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* c/c 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06; 05 anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 1.166 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/06; e 01 ano, 04 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 13 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 344 do Código Penal.

Simone Lopes Miranda foi condenada à pena de: 07 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 793 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* c/c 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06 e 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 816 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/06.

João Vitor Alves de Souza foi condenado à pena de 07 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 793 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* c/c 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06 e absolvido dos delitos descritos art. 35 da Lei 11.343/06; art. 344 do CP e art. 34 da Lei 3.688/41, com fulcro no art. 386, VII, V e III, do CPP.

O Ministério Público Estadual, pelo recurso interposto às fls. 827-886, requer a reforma da sentença, pugnando pela condenação dos réus: *Aldinei* quanto ao crime descrito no art. 2º da Lei nº 12.850/13; *João Vitor* quanto à contravenção penal prevista no art. 34 da Lei nº 3.688/41 e *Gabriela* quanto ao crime descrito no art. 35 da Lei de Drogas. Pleiteia, também, a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 quando da dosimetria da pena dos acusados relativo ao art. 35 da Lei de Drogas. Apresentou prequestionamento.

A defesa do acusado João Vitor Alves de Souza (fls. 1293-1316), em contrarrazões, requer o improvimento do recurso ministerial.

A defesa dos acusados Aldinei Araújo Bezerra de Souza e Gabriela Oliveira Bernardi (fls. 1353-1387) em contrarrazões, pugna pelo não conhecimento do recurso ministerial, por ser manifestamente intempestivo e por ausência de regularidade formal em sua interposição. Subsidiariamente, requer seja negado provimento ao recurso.

Em suas razões recursais (fls. 934-954), o réu *Aldinei*, preliminarmente, pugna pela declaração de nulidade absoluta da sentença que aplicou a causa de aumento de pena do art. 40, VI, da Lei de Drogas. Subsidiariamente, no mérito, requer o afastamento da referida causa de aumento; a absolvição pelo crime de associação ao tráfico de drogas; a fixação da pena-base de todos os crimes no mínimo legal, visto que as circunstâncias judiciais não são prejudiciais ao apelante e a concessão dos benefícios da gratuidade judicial, nos termos da LC 111/2005.

A defesa dos acusados Simone Lopes Miranda e João Vitor Alves de Souza, em razões recursais (fls. 1223-1285), pugna pela: absolvição de Simone no tocante ao delito de tráfico de drogas, com base no princípio *in dubio pro reo* e ao delito de associação para o tráfico, vez que não restou configurado o ânimo de se associar, nos termos do art. 386, VII, do CP. No tocante aos dois apelantes, requer: o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, a redução da pena-base ao mínimo legal; redução da pena de multa e alteração do regime inicial de cumprimento de pena. Apresentou prequestionamento.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (fls. 987-1025 e 1316-1346), pugna pelo improvimento dos recursos defensivos. Apresentou prequestionamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de fls. 1392-1417, manifestou-se pelo provimento parcial do recurso ministerial, apenas para condenar o réu Aldinei pelo cometimento do ilícito descrito no art. 2º da Lei nº 12.850/13 e a ré Gabriela pela prática do crime do art. 35 da Lei nº 11.343/06, bem como para que seja aplicada aos réus Simone e Aldinei a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 e improvimento dos recursos defensivos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recursos de Apelação Criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e pelos réus Aldinei Araújo Bezerra de Sousa, Simone Lopes Miranda e João Vitor Alves de Souza, qualificados nos autos, contra a sentença de fls. 750-768 da Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul/MS.

O Ministério Público Estadual, pelo recurso interposto às fls. 827-886, requer a reforma da sentença, pugnando pela condenação dos réus: Aldinei quanto ao crime descrito no art. 2º da Lei n.º 12.850/13; João Vitor quanto à contravenção penal prevista no art. 34 da Lei n.º 3.688/41 e Gabriela quanto ao crime descrito no art. 35 da Lei de Drogas. Pleiteia também a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06 quando da dosimetria da pena dos acusados relativo ao art. 35 da Lei de Drogas. Apresentou prequestionamento.

Em suas razões recursais (fls. 934-954), o réu Aldinei, preliminarmente, pugna pela declaração de nulidade absoluta da sentença que aplicou a causa de aumento de pena do art. 40, VI, da Lei de Drogas, por ofensa ao Princípio da Congruência. Subsidiariamente, no mérito, requer o afastamento da referida causa de aumento; a absolvição pelo crime de associação ao tráfico de drogas; a fixação da pena-base de todos os crimes no mínimo legal, visto que as circunstâncias judiciais não são prejudiciais ao apelante e a concessão dos benefícios da gratuidade judicial, nos termos da LC 111/2005.

A defesa dos acusados Simone Lopes Miranda e João Vitor Alves de Souza, em razões recursais (fls. 1223-1285), pugna pela: absolvição de Simone no tocante ao delito de tráfico de drogas, com base no princípio *in dubio pro reo* e ao delito de associação para o tráfico, vez que não restou configurado o ânimo de se associar, nos termos do art. 386, VII, do CP. No tocante aos dois apelantes, requer: o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06, a redução da pena-base ao mínimo legal; redução da pena de multa e alteração do regime inicial de cumprimento de pena. Apresentou prequestionamento.

Passo à análise.

Da tempestividade do recurso do Ministério Público**.**

A defesa do réu Aldinei aduz que o recurso ministerial é intempestivo (fls. 922-933).

Inicialmente cumpre salientar que, vinha entendendo que a intimação pessoal do Ministério Público se aperfeiçoa com o mero recebimento dos autos no órgão ministerial, sendo, pois, indiferente o momento em que o Promotor de Justiça irá consultar os autos e emitir o "ciente".

Ocorre que, tanto a 5ª quanto a 6ª Turmas do STJ, vem decidindo que, em se tratando de processo eletrônico, devem ser aplicadas as regras constantes da Lei n.º 11.419/06:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.* ***TEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO MINISTERIAL. CONSUMAÇÃO DA INTIMAÇÃO ELETRÔNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO DECURSO DE PRAZO DO ART. 5º DA LEI N. 11.419/2006. TERMO INICIAL.*** *DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. I - O Novo Código de Processo Civil e o Regimento Interno desta Corte (art. 932, inciso III, do CPC/2015 e arts. 34, inciso VII, e 255, § 4.º, ambos do RISTJ) permitem ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível, prejudicado, ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, e ainda, dar ou negar provimento nas hipóteses em que houve entendimento firmado em precedente vinculante, súmula ou jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da matéria debatida no recurso, não importando essa decisão em cerceamento de defesa ou violação ao princípio da colegialidade.* ***II - Esta Corte tem entendimento no sentido de que, de acordo com o art. 5º, parágrafos 1º e 3º, da Lei n. 11.419/2006, a intimação eletrônica é considerada como realizada no dia em que o intimando efetuar a consulta eletrônica ou, não sendo esta realizada no prazo de 10 (dez) dias corridos, contados da data do envio, deverá ser considerada como realizada tacitamente no último dia do prazo***

dos 10 (dez) dias previstos para consulta. Precedentes. *Agravo regimental desprovido." (AgInt no AREsp 1421588/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019).*

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. PARQUET ESTADUAL. INTIMAÇÃO ELETRÔNICA. REMESSA DOS AUTOS VIA PORTAL DO TRIBUNAL. DIES A QUO. DATA DE EFETIVA CONSULTA. ART. 5º DA LEI N. 11.419/2006. APELAÇÃO TEMPESTIVA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. 1. ***A realização da intimação eletrônica se dá no dia em que o intimando efetuar a consulta eletrônica ou, não sendo essa realizada no prazo de 10 dias corridos, contados da data do envio, deverá ser considerada como realizada tacitamente no último dia do prazo dos 10 dias previstos para consulta (Lei n. 11.419/2006). 2. Para a jurisprudência deste Superior Tribunal, a Lei n. 11.419/2006 não faz exceção ao Ministério Público, devendo-se, em atendimento à igualdade das partes no devido processo legal, aplicar a mesma regra dos §§ 1º e 3º, do art. 5º desta lei, ao órgão ministerial.*** *3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1762101/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 13/11/2018).*

Assim, apesar do meu entendimento pessoal exarado em casos semelhantes anteriores, em que não conhecia do recurso ministerial, no atual quadro vivenciado pelo direito processual não há mais lugar para individualismo, cabendo ao julgador contribuir para a uniformização, compatibilizando-se ao colegiado, que em relação a matéria em apreço, firmou a compreensão de que a intimação eletrônica deve observar os termos do art. 5º, §§ 1º e 3º, da Lei n.º 11.419/06.

Desta forma, considerando que se trata de processo eletrônico, verifica-se que os autos foram encaminhados para vista/intimação do Ministério Público em 31.05.2019 (fl. 771), entretanto este restou intimado apenas no dia 06.06.2019, conforme certidão de ciência de intimação (fl. 794), iniciando o prazo de interposição do recurso no dia 07.06.2019 e encerrando em 13.06.2019.

Como o recurso ministerial foi interposto no dia 10.06.2019, ou seja, dentro do quinquídio legal, deve ser conhecido, diante de sua tempestividade.

Assim, ao contrário do que alega a defesa, não há irregularidades. Conforme se extrai da fl. 812, o juiz recebeu o recurso de apelação, não havendo se falar em ausência de regularidade formal.

Por conseguinte, as razões recursais (fls. 827-887) foram apresentadas tempestivamente.

DO RECURSO MINISTERIAL

Pleito de condenação do réu Aldinei relacionado ao crime de organização criminosa

O pedido merece acolhimento.

Analisando os autos, é possível observar que as provas existentes no processo são firmes no sentido de demonstrar que o acusado Aldinei integra a organização criminosa PCC – Primeiro Comando da Capital.

Ao contrário do que foi destacado pelo juízo de primeiro grau, entendo que a condenação do réu ao crime de organização criminosa não configura *bis in idem*, visto que se trata de conduta diversa daquela pela qual foi condenado ao crime de associação ao tráfico.

Com a finalidade de evitar desnecessária tautologia, invoco, como razões de decidir[1], a exposição feita pelo Procurador de Justiça em seu parecer que, ao formar seu convencimento acerca dos fatos, bem analisou o contexto probatório. Veja:

> *"Analisando detidamente o feito, tem-se que merece prosperar a insurgência ministerial.*
>
> *Primeiramente, anote-se que as provas são robustas e indicam que o acusado é integrante da organização criminosa denominada "Primeiro Comando da Capital" (PCC), fato este, inclusive, incontroverso e já reconhecido pelo MM. Juiz em sentença.*
>
> *A divergência reside apenas quanto à caracterização ou não de bis in idem, porquanto, segundo o entendimento do magistrado, o réu Aldinei se relaciona com a organização criminosa visando sempre à prática do tráfico de drogas. Concessa venia, discorda-se de tal posicionamento.*
>
> *As provas obtidas demonstram, seguramente, que o apelado Aldinei não liderava apenas a prática do comércio de entorpecentes, mas também ações ilícitas contra o patrimônio e de coação a testemunhas, conforme amplamente demonstrado na peça ministerial.*
>
> *Por meio de interceptações telefônicas, foi possível se compreender a configuração desta vasta facção criminosa, que atua dentro e fora dos estabelecimentos prisionais em Mato Grosso do Sul e em outros estados, com inúmeros integrantes, estruturada e organizada para o fim de cometer diversos crimes, dentre os quais o tráfico de drogas, homicídio, coações a testemunhas, roubo, furto e outros.*
>
> *Importante anotar, ademais, que não é necessária a efetiva concretização de tais delitos para que se configure o crime de organização criminosa, bastando que os agentes estejam associados com o objetivo em comum de praticá-los, de forma organizada, com divisão de tarefas, mesmo que informalmente.*
>
> *Acerca do tema, o Tribunal de Justiça desse estado já decidiu:*
>
> ***(...) 1. O conjunto probatório formado por intercepção telefônica, degravação de conversas de WhatsApp, relatório policial de conversas telefônicas, fotos e pelos depoimentos dos policiais foi robusto em provar que os réus praticaram os crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico de drogas e organização criminosa. Não há se dizer em bis in idem ou absorção do crime de associação criminosa previsto no art. 2º, caput, e § 2º, da Lei nº 12.850/13 pelo crime de associação para o tráfico de drogas tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343/03. Isso, porque o acervo probatório demonstra, indene de dúvidas, que os réus não se limitavam ao tráfico de drogas e associação para o tráfico, iam mais além, pois também integravam a organização PCC, para a prática de outros crimes. Havendo prova que os réus integravam a organização criminosa denominada PCC e que tal organização utilizava arma de fogo para a empreitada criminosa, deve ser mantida a causa de aumento de pena prevista no § 2º do art. 2º da Lei nº 12.850/13. (...)*** *(TJMS. Apelação Criminal n. 0000423-14.2019.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 20/03/2020, p: 23/03/2020) (grifo posterior)*
>
> *Portanto, imperiosa a condenação do acusado Alcinei também pela prática do delito descrito no art. 2º da Lei nº 12.850/13."*

1 *"(...) Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da* ***motivação "per relationem",*** *que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República.* ***A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério*** *Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator****) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir****". (AI 825520 AgR-ED, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-174 DIVULG 09-09-2011 PUBLIC 12-09-2011 EMENT VOL-02584-02 PP-00258). (Destaquei),*

Cabe ressaltar que a participação do réu Aldinei no PCC não se limitava a narcotraficância, o que restou comprovado especialmente pelos depoimentos dos policiais Ariani Silva e Felipe Machado Potter, os quais eram responsáveis pelas interceptações telefônicas no caso.

A investigadora de polícia judiciária Ariani Silva, em juízo, destacou que Nei era chefe da organização, "Geral de Disciplina", responsável por fazer recrutamento e manter cadastro dos integrantes. Relatou que em uma das ligações foi falado que matou um CV e que enterrou o corpo junto com um outro rapaz de uma fazenda, sendo que tudo recai no Nei. Acrescentou ainda que Nei participou de uma ameaça contra "Carneiro", sendo que Nei recebeu uma ligação de Vitinho (membro do PCC), onde falaram que iam cobrar isso e no dia que foram na casa dele acharam um taco de tortura, com prego na ponta. Aduz que "Carneiro" mudou o depoimento (fls. 468-469).

O delegado de polícia Felipe Machado Potter, em juízo, relatou que logo no começo das interceptações, houve uma reunião regional do PCC por teleconferência, com indivíduos presos em Paranaíba e Cassilândia. Destacou que ficou claro que Nei era membro proeminente dessa associação e era "Geral da Disciplina do Vale do Aporé", agindo como "polícia do crime", impondo normas do PCC. Afirma que todos os dias eles tinham reunião com cerca de 1h, 1h30min. Falavam sobre o que estava acontecendo, mencionavam diversas vezes a polícia, sendo que dessas conferências participava apenas o réu Nei**.** A ré Simone sabia disso, mas se limitava ao tráfico. Aponta que Aldinei menciona várias vezes nas ligações outros crimes como furto, roubos, tráficos de drogas, na região do bolsão. Além disso, Aldinei ameaçava testemunhas, participava no recrutamento a procura de novos membros na cidade, se comunicava com o Vitor ou Taciano, que a época desempenhava como disciplina de bairro em busca de outras pessoas que também desempenhasse disciplina na cidade. Eram cobrados que eles estivessem sempre à disposição, falavam sobre furtos de motos (fls. 468-469).

Dessa forma, ficou comprovado que o réu mantinha associação estável e permanente com os corréus para o exercício da traficância, entretanto, paralelamente e com objetivos distintos, também ficou demonstrado que o réu integrava organização criminosa estruturalmente ordenada, nacionalmente conhecida pela sigla "PCC". A prova desses fatos repousou, substancialmente, nos depoimentos testemunhais colhidos em juízo, especialmente dos policiais que atuaram no caso, e nos relatórios de transcrições das interceptações telefônicas (fls. 62-167), que davam a indicação da exata extensão das atividades criminosas por ele praticadas.

Logo, as provas são claras, seguras e não deixam dúvidas de que o réu deve ser condenado também em relação ao delito de organização criminosa, razão pela qual merece ser penalmente responsabilizado, pelo que acolho o pleito.

Perante o exposto, acolho a pretensão recursal acusatória, para condenar o réu como incurso nas sanções penais do artigo 2º, da Lei n.º 12.850/13.

Passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase, examino as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. A culpabilidade é normal à espécie. Os antecedentes não são desfavoráveis. Não há elementos para avaliar a conduta social. Inexistem elementos para sopesar a personalidade. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito não destoam da normalidade. O comportamento da vítima não contribuiu para a prática criminosa. Assim, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, incide apenas a atenuante da confissão espontânea, a qual, porém, à luz da súmula 231 do STJ, não será capaz de ensejar a redução da pena. Assim, mantenho a pena intermediária no mesmo patamar.

Na terceira fase, não incidem minorantes ou majorantes. Dessa forma, fixo **a** pena definitiva em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

b) Pleito de condenação do réu João Vitor pela contravenção penal de direção perigosa e fixação de danos materiais.

A acusação pleiteia que o apelante seja condenado a contravenção de direção perigosa, aduzindo que o art. 34 do Decreto Lei n.º 3.688/41 não foi derrogado. Ademais, requer que seja fixado valor de indenização mínima para reparação dos danos materiais.

Pois bem.

Segundo consta, o apelado *João Vitor* infringiu o contido no referido dispositivo legal ao conduzir veículo automotor, em via terrestre, pois *"conduziu veículo automotor, qual seja, Parati, cor vermelha, placas KCX-5553, em via pública, gerando perigo de dano"* (fl. 06 e 610).

Ocorre que, já me posicionei sobre a matéria, acompanhando o voto do Des. Ruy Celso Barbosa Florence, no julgamento da apelação criminal n. 0004179- 93.2012.8.12.0018, a fim de absolver o agente da contravenção penal do art. 34 do Decreto-Lei n. 3.688/41, em razão de sua derrogação pelo Código de Trânsito Brasileiro, que só permanece vigente quanto às embarcações, senão vejamos:

> *"Sucede, entretanto, que o art. 34 da Lei de Contravenções Penais foi derrogado pelo Código de Trânsito Brasileiro, que regulou inteiramente as infrações administrativas e penais em vias terrestres."*

Além dos crimes de trânsito (arts. 302 a 312), o CTB previu exaustivo rol de infrações de ordem administrativa (arts. 161 a 255), muitas punidas com multa, suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo, e nas quais se encontrarão, seguramente, todas ou quase todas as condutas imagináveis, e que possam importar em direção perigosa de veículo pela via pública (que se amoldavam ao antigo art. 34 da LCP) e eventualmente não se ajustem aos crimes de embriaguez, racha ou velocidade incompatível (art. 306, 308 e 311).

Corroborando essa compreensão, o artigo 161 da Lei 9.503/1997, ao disciplinar a cumulação material de sanções, determinou o seguinte:

> *"Art. 161. Constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação complementar ou das resoluções do CONTRAN, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX."*

O dispositivo, em sua última parte, contém regra hermenêutica, que, assegurando a incidência cumulativa de normas sancionadoras, exclui toda punição penal estranha ao Capítulo XIX daquela lei, ou seja, "Dos Crimes do Trânsito", com que resta evidente a derrogação do art. 34 da Lei de Contravenções Penais.

Sobre tema, Fernando Célio de Brito Nogueira, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, declina com exatidão que "a vontade do legislador, no novo Código de Trânsito, foi regular a matéria administrativa e penal por inteiro", assentando que:

> *"1º) – trouxe tipos penais próprios de homicídio culposo e lesão corporal culposa (arts. 302 e 303), afastando a incidência do art. 121, §§ 6º e 7º, do CP; 2º) – trouxe a omissão de socorro de trânsito (art. 304), que afasta a incidência do crime de omissão de socorro do Código Penal (art. 135), pelos menos quando o omitente for o condutor do veículo; 3º) – definiu o crime de inovação artificiosa de trânsito (art. 312), que afasta a aplicação do crime do art. 347 do CP (fraude processual), nos casos de acidente de trânsito em que houver lesão corporal ou morte; 4º) – trouxe tipos penais que abrangem condutas que antes se amoldavam aos arts. 32 e 34 da LCP, que são os crimes de embriaguez ao volante (art. 306), racha (art. 308), direção não habilitada (art. 309) e velocidade incompatível (art. 311); 5º) – previu até mesmo conduta típica que antes implicava em co-autoria ou participação no art. 32 da LCP (crime de permissão, entrega ou confiança indevidas da direção – art. 301); 6º) – definiu o delito de violação da suspensão ou proibição do direito de dirigir decretadas com fundamento no Código de trânsito (art. 307), afastando, com isso, a incidência dos delitos de desobediência e descumprimento de decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (arts. 330 e 359 do CP); 7º) – previu agravantes genéricas da pena nos crimes de trânsito (arts. 298) e agravantes*

especiais no tocante ao homicídio e lesão corporal culposos de trânsito (arts. 302 e 303); 8º) – definiu, ainda, infração de trânsito como a violação a preceito de ordem administrativa ou criminal previsto neste Código (art. 161)" (in "O Novo Código de Trânsito revogou ou não as contravenções dos arts. 32 e 34 da LCP, Rev. Br. de Ciências Criminais, 24/223 – destaquei)

Assim, respeitando posições em contrário, considero que o Código de Trânsito derrogou tacitamente não somente a contravenção do art. 32 da LCP, como também a do art. 34 da LCP. Destarte, as condutas que não encontrarem adequação nos arts. 306, 308, 309 e 311 do Código de Trânsito foram transformadas em infrações administrativas, importando em abolitio criminis.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados deste Sodalício:

"(...) CONTRAVENÇÃO PENAL DE DIREÇÃO PERIGOSA. RECURSO DEFENSIVO. ART. 34 DO DECRETO-LEI Nº 3688/41. DERROGAÇÃO PELO CTB. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO. A contravenção penal de direção perigosa prevista no artigo 34 da Lei de Contravenções Penais foi derrogada por conta da edição do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997), tornando a conduta atípica, o que implica na absolvição do acusado dessa imputação." (TJMS; ACr 0001906-06.2015.8.12.0029; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro; DJMS 13/12/2018)

"APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO RÉU. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CTB. CONDENAÇÃO MANTIDA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CRIME DO ART. 305 DO CTB. INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO. DECISÃO DO PLENÁRIO DESTE TRIBUNAL QUE VINCULA SEUS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS. RECONHECIDA A CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. CONTRAVENÇÃO PENAL. ARTIGO 34 DECRETO-LEI Nº 3.688/41. DERROGAÇÃO PELO CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO. PENA-BASE E MULTA. ANÁLISE DE OFÍCIO. SIMETRIA ENTRE PENA CORPÓREA E MULTA. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) ***A contravenção penal de direção perigosa, prevista no artigo 34 da LCP, foi derrogada com a sobrevinda da Lei nº 9.503/1997.*** *(...) "* (TJMS; APL 0003153-65.2014.8.12.0026; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 09/10/2017) (g. n.)

"APELAÇÃO. PENAL E PROCESSO PENAL. DESOBEDIÊNCIA À ORDEM DE PARADA DE POLICIAL. ***ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTRAVENÇÃO PENAL DE DIREÇÃO PERIGOSA. REVOGAÇÃO PELO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.*** *CORRUPÇÃO DE MENORES. DESCONHECIMENTO DA IDADE DO ADOLESCENTE. PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PELA REPARA-ÇÃO DOS PREJUÍZOS À VÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. PENA. ABRANDAMENTO NECESSÁRIO. REGI- ME E SUBSTITUIÇÃO. PLEITOS PREJUDICADOS. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. Desobedecer ordem policial de parada constitui infração administrativa, sendo fato penalmente atípico, conduzindo à absolvição do agente pela prática do crime de desobediência, em homenagem ao princípio da fragmentariedade.* ***Não se cogita a condenação pelo art. 34, do Decreto-Lei nº 3.688/41, pois referida contravenção penal foi revogada pelas disposições do Código de Trânsito Brasileiro.*** *(...)"* (TJMS; APL 0038280-42.2014.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJMS 15/12/2015) (g. n.)

*"****CONTRAVENÇÃO PENAL DE DIREÇÃO PERIGOSA.*** *DESOBEDIÊNCIA. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. REDUÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER A PERMISSÃO OU A HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. RECONHECIMENTO CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE*

POR RESTRITIVA DE DIREITO. RECURSO PROVIDO. ***O código de trânsito derrogou tacitamente não somente a contravenção do art. 32 da LCP, como também a do art. 34 da LCP (direção perigosa). Destarte, as condutas que não encontrarem adequação nos arts. 306, 308, 309 e 311 do código de trânsito foram transformadas em infrações administrativas, importando em abolitio criminis.*** *(...)"* (TJMS; APL 0202430-81.2012.8.12.0010; Fátima do Sul; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 22/05/2015) (g.n.)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Resta prejudicado o pedido de fixação de danos materiais.

c) Pleito de condenação da ré Gabriela pelo crime de associação ao tráfico de drogas.

O Ministério Público Estadual pleiteia a condenação da ré Gabriela por infração ao art. 35 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que as provas são firmes nesse sentido.

Pois bem.

Consta da denúncia:

"(...) em data não apurada precisamente, mas certo que no dia 26 de novembro de 2018, por volta das 17h00min., em uma residência localizada na rua São José dos Pinhais, Sibipiruna, próximo a uma creche, neste Município de Chapadão do Sul/MS, os denunciados Aldinei Araujo Bezerra de Souza, João Vitor Alves de Souza, Gabriela Oliveira Bernardi, Juseli Jordani Costa da Silva e Simone Lopes Miranda, cientes da de tráfico de entorpecentes.

De acordo com o apurado, tanto a residência de Aldinei Araujo Bezerra de Souza e Simone Lopes Miranda, quanto a casa de João Vitor Alves de Souza e Gabriela Oliveira Bernardi funcionavam como pontos de venda de substância entorpecente, a qual era adquirida por Juseli Jordani Costa da Silva no Município de Campo Grande e, posteriormente, revendida pelos Denunciados no local dos fatos ou, então, eram entregues em diversos pontos da cidade.

Outrossim, tem-se que as denunciadas Simone Lopes Miranda e Gabriela Oliveira Bernardi auxiliavam os denunciados Aldinei e João Vítor no preparo da droga para a posterior revenda.

Sobejam nos autos elementos suficientes acerca da autoria e da materialidade constantes no Auto de Prisão em Flagrante Delito de fls. 02-03, Boletim de Ocorrência de fls. 28-30 e fls. 31, Auto de Apreensão de fl. 35, Autos de Exame Preliminar em Substância Vegetal Apreendidas de fl. 36, Relatório de Transcrições de interceptação telefônica de fls. 37-89, Auto Fotográfico de fls. 90-92, anotações de fls. 104-105, extratos de depósitos bancários de fls. 107, Auto de Apreensão de fl. 112, bem como pelos depoimentos colhidos pela autoridade policial." (fls. 06-07)

O crime de associação para o tráfico, definido pelo art. 35 da Lei n.º 11.343/06 estabelece o seguinte:

"Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa."

Primeiramente, cabe esclarecer que para se configurar o crime descrito é imprescindível que seja comprovado a permanência e durabilidade da associação. Nesse sentido, esclarece Guilherme de Souza NUCCI que:

"O tipo previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06 se configura quando duas ou mais pessoas reunirem-se com a finalidade de praticar os crimes previstos nos arts. 33 e 34 da

norma referenciada. Indispensável, portanto, para a comprovação da materialidade, o animus associativo de forma estável e duradoura com a finalidade de cometer os crimes referenciados no tipo."[2]

Conforme se extrai do acervo probatório, é nítida a associação de Gabriela em conjunto com os réus Simone e Aldinei. É o que se constata dos depoimentos colhidos:

Na fase inquisitorial, Gabriela negou que guardou drogas para as pessoas de Aldinei ou Simone, sendo que apenas conhece Simone e que eventualmente a ajuda em seu salão. Aduz que não tinha conhecimento da droga encontrada em seu quarto e nem sabe sua origem, mas acredita que pertença a Aldinei (fl. 42).

Em juízo, a acusada *"negou que praticasse tráfico de drogas.* ***Confirmou que foi encontrada droga em sua residência e que a droga pertencia à Aldinei;*** *não soube dizer se havia uma balança no local. No dia da prisão seu marido João Vítor havia sido solto há três dias; ele não concordou com o fato dela guardar a droga. Informou que ela e João Vítor estavam separados quando ele foi preso, mas quando ele saiu pediu para ficar na casa dela.* ***Esclareceu que as vezes Aldinei ia em sua residência; e que ele pagou R$ 600,00 para deixar a droga em sua residência por 15 dias.*** *Contou que no dia dos fatos, Aldinei havia pedido uma carona para João Vítor. Não conhecia Juseli até o dia da prisão. Negou que tivesse vendido drogas. Negou que em seu celular tivesse alguma conversa a respeito de drogas. Informou que tem um filho de três anos de idade e que a droga estava na residência, onde estava a criança. Disse que nunca sentiu cheiro de droga. Informou que conhecia Aldinei há uns seis meses; não tinha intimidade com ele, apenas tinha contato porque ele estava se relacionando com Simone. Aduziu que um dia estava reclamando de dinheiro, por isso Aldinei ofereceu dinheiro para que ela guardasse a droga. Disse que Simone trabalhava para ela; não tem conhecimento se Simone mexia com tráfico; contou que Simone a ajudava no salão fazendo unha e mexendo com cabelo. Contou que João Vítor estava com tornozeleira e que só podia sair de casa durante o dia. Não tinha conhecimento de que Aldinei fizesse parte de organização criminosa; não sabe se Aldinei fez alguma coação à alguma testemunha. Disse que no dia dos fatos Aldinei ligou para João Vítor pedindo uma carona e que ela havia ido junto, mas não foi porque Aldinei informou que eles iriam buscar drogas"* (fls. 537-538) (g. n.)

O acusado João Vitor Alves de Souza, na fase inquisitorial, alegou que a mochila encontrada no quarto de Gabriela lhe pertencia, sendo que ele havia a colocado lá. Aduz que havia cocaína, crack e maconha, além de duas balanças de precisão na mochila (fl. 28).

Em juízo, o acusado negou o tráfico de drogas. Afirmou que foi encontrada droga em seu veículo e fugiu da polícia porque Aldinei pediu. Aduz que estava com Aldinei porque sua esposa estava guardando droga para ele, mas não tinha conhecimento deste fato, pois estava preso. Afirma que logo que tomou conhecimento, falou para Aldinei que não queria droga em sua casa. Aduz que a droga foi colocada em seu carro por Aldinei, que pegou em um terreno perto da rodoviária. No veículo, estava com Aldinei e Juseli. Haviam 10kg de maconha, embalado em uma fita dentro de uma bolsa. No quarto de Gabriela foi encontrado crack e cocaína. Alega que Gabriela precisou guardar a droga porque quando ele foi preso, o casal tinha muitas dívidas. Relata que só tinha contato com Nei para comprar droga e teve que ir buscar a droga no dia da prisão porque Aldinei o obrigou, porque ele não poderia perder aquela droga. Aduz que quando foi preso, Gabriela se separou dele, mas quando saiu, precisou ficar na casa dela porque não tinha endereço para colocar na tornozeleira (fls. 468-469, arquivo audiovisual).

A acusada Simone Lopes Miranda, em juízo, "afirmou se ex-convivente de Aldinei, mas não participava do tráfico com ele. Disse que desconfiava que ele praticasse tráfico de drogas, porque ele tinha uma divida alta que ele tinha que pagar. Não sabe se ele participa de alguma organização criminosa. Negou que seus filhos se envolvessem de alguma forma com o tráfico. Não sabia que a droga estava guardada na residência de Gabriela, há mais ou menos uns 12/13 dias; não sabe quando a droga iria ser retirada. Disse que trabalhava no salão para Gabriela e que, como ela estava precisando de dinheiro, seu marido ofereceu pagar para que ela

2 NUCCI, Guilherme de Souza, Leis Penais e Processuais Comentadas, vol. 1, ed. Revista dos Tribunais, 7ª ed. pág. 336

guardasse droga para ele**.** Não sabe se João Vítor sabia que Gabriela estava guardando droga para Aldinei. Contou que no dia dos fatos, seu marido saiu com João Vítor para buscar uma peça; não sabia que eles haviam ido pegar droga. Não conhecia Juseli, mas que seu ex-convivente afirmou que havia dado uma carona para ela. Esclareceu que, por vezes, Aldinei usava seu aparelho celular. Sustentou que seus filhos nunca presenciaram traficância. Informou que nem ela e nem Aldinei são usuários de drogas. Disse que o que fez de errado foi atender o telefone, quando alguém ligava perguntando de seu ex-convivente" (fl. 539) (g. n.).

A investigadora de polícia judiciária Ariani Silva, em juízo, declarou que interceptou durante 45 dias Aldinei, sendo que era nítido o tráfico de drogas entre ele e Simone. Afirma que Simone tinha amizade com Gabriela e elas se comunicavam por telefone e quando João Vitor foi preso pela primeira vez, a relação delas se tornou mais nítida. Neste período, começaram a guardar as drogas na casa de Gabriela, sendo que Simone tinha a chave da casa. Relata que Aldinei pediu para Simone ligar para Gabriela para guarda a droga na residência dela, mas neste dia Aldinei estava sem carro, então pediu para Gabriela ligar para João Vitor para ele e Aldinei buscarem a droga. Aduz a depoente que passou para o delegado em tempo real e informou que eles iriam buscar a droga, mas não sabia onde era. Quando delegado saiu da delegacia com o policial Izaias, deram de cara com Aldinei e João Vitor saindo da rodoviária, pois era próxima à delegacia. Afirma que foi encontrada bastante droga com Nei. Aduz que Gabriela e Simone estavam fumando beck na presença de crianças. Afirmou que o preparo de drogas era na casa de Gabriela e João Vitor. Relata que Breno, Micaela, Aldinei, João Vitor, Gabriela, Vitinho e Mandioca eram associados (fls. 468-469, arquivo audiovisual).

O acusado Aldinei Araújo Bezerra de Souza, em juízo, *"afirmou que conhece todos os acusado, menos Juseli, porque apenas deu uma carona para ela***.** Disse que foi encontrada droga no caso e na residência de João Vítor. *Afirmou que toda droga lhe pertencia. Sustentou que João Vítor não tem participação nos fatos, porque estava preso. Afirmou que estava com João Vítor bebendo e que passaram e viram Juseli na esquina, com roupa curta, motivo pelo qual pediu para João Vítor parar o carro e oferecer carona; buscou droga na área verde e a droga veio de Campo Grande. Disse que Simone não tinha participação nos fatos porque nunca levou droga para casa.* Em relação a Gabriela, como João Vítor estava preso, pediu para ela guardar a droga na casa dela, em troca de dinheiro***;*** *ele não tinha conhecimento de que a droga estava na casa dele;* quando ele foi solto a droga estava no local há 20 dias. *Sustentou que havia afirmado para João Vítor que tiraria a droga da casa dele, o que aconteceria no dia dos fatos.* A droga que estava no carro estava sendo levada para casa de João Vítor**.** *Afirmou que não viu que a policia era ela, porque eles estavam a paisana. Esclareceu que sua esposa em nenhum momento traficou ou vendeu droga; disse que sua esposa nunca teve envolvimento com droga, tanto que ela pediu para que ele parasse de mexer com drogas. Simone não tinha conhecimento de que havia drogas na casa de Gabriela, a não ser que Gabriela tivesse falado para ela. Não sabe se foi encontrado dinheiro na casa de Gabriela, sabe que apenas em sua casa foi encontrado dinheiro. Contou que Gabriela nunca foi visitar João Vítor na cadeia e que acha que ele foi para casa dela quando foi solto, porque ele gostava dela. Esclareceu que no momento da perseguição, passou em frente à creche, mas não havia movimento na rua. Aduziu que os fatos ocorreram por volta das 15 hrs. Disse que a policia bateu no carro em que ele e joão Vítor estavam por querer. Nunca se associou aos demais acusados para traficar. Esclareceu que Gabriela apenas aceitou guardar a droga, por um mês, pois ela precisava de dinheiro. Nunca ameaçou os outros acusados, não ameaçou João Vítor para ir buscar a droga no dia da prisão. (...)* Confirmou que a balança encontrada na casa de Gabriela era para o tráfico. Esclareceu que Gabriela guardou drogas para ele apenas dessa vez, por, mais ou menos, um mês. *Usou o celular da Simone quando seu celular estava quebrado, inclusive para fins de traficância, mas ela não tinha conhecimento destes fatos. Afirmou que Simone não sabia que no dia dos fatos havia saído para pegar drogas com João Vítor. Nunca praticou traficância na frente de seus filhos/enteados"* (fls. 537-538) (g. n.).

O delegado de polícia Felipe Machado Potter, em juízo, relatou que Aldinei chamava a atenção em algumas abordagens de rotina e a partir disto foi requerida a interceptação telefônica dele. Afirma que por meio da interceptação, foi confirmada a suspeita de que ele praticava tráfico de drogas. Também foi possível identificar outras pessoas envolvidas, como Gabriela que ficou encarregada de guardar a droga em sua residência e Simone, esposa de Aldinei, que vendia e entregava a droga. Relata que a policial Ariane, encarregada das interceptações, lhe telefonou dizendo que Aldinei buscaria uma droga que havia chegado, juntamente com o réu João Vitor, pois o carro de Aldinei havia quebrado. Pondera que quando saiu da delegacia, viu Aldineei e

João Vitor saindo da rodoviária, em alta velocidade. João Vitor estava conduzindo o carro, Aldinei estava no banco carona e uma moça estava no banco de trás. Aduz que eles estavam indo em direção à casa de Gabriela. Durante a fuga, relata que os réus passaram próximo a uma creche e bateram no veículo da esposa do policial Adriano. Afirma que dentro do veículo havia aproximadamente 10 kg de maconha. Como estava caracterizada a associação entre Simone, Nei e Gabriela, resolveram entrar na casa de Simone e Gabriela. Relata que efetuaram a prisão de Simone e Gabriela na residência de Simone. Na casa de Simone não encontraram entorpecentes, apenas depósitos e anotações. Na casa de Gabriela, encontraram uma mochila preta com o restante do entorpecente, aproximadamente 600g de crack. Salvo engano, havia uma quantidade de dinheiro na mochila. Aduz que Gabriela era chamada de "guarda-roupa", pois era responsável pelo esconderijo da droga. Relatou que logo que começou a interceptação de Nei e Simone, sabiam que eles deixavam a droga em algum lugar e sempre era o mesmo local. Decorrido cerca de 10 dias, veio à tona que era Gabriela, sendo que ela estaria guardando a droga no mínimo há 30 dias. Aduz que Gabriela disse que não sabia da droga, mas era impossível ela não saber, pois o cheiro de 600g de crack se espalha (fls. 468-469, arquivo audiovisual).

No mesmo sentido, foi o depoimento do investigador de polícia judiciária Izaias Ferreira de Freitas (fls. 468-469).

Ademais, conforme bem ponderou o Ministério Público Estadual em suas razões recursais:

> *"(...) No curso das investigações, após ter sido deferida a quebra do sigilo das ligações telefônicas verificou-se o intenso envolvimento de SIMONE e GABRIELA no esquema criminoso, ao passo que o réu JOÃO VITOR, mesmo que estivesse há três dias em liberdade, confessou que sabia da existência da droga em sua residência.*
>
> *Na oportunidade, foi constatada a associação para o tráfico entre os ACUSADOS, pois, JOÃO VITOR, vulgo "CID" e Gabriela são reiteradamente mencionados nas conversas entre SIMONE, NEI e os usários de entorpecentes.*
>
> ***Extrai-se das investigações que a dinâmica do crime seria a seguinte: ALDINEI era quem liderava o negócio, inclusive era membro integrante da organização criminosa denominada PCC e realizava a distribuição do entorpecente juntamente com SIMONE, sendo que esta era responsável pela compra do entorpecente, inclusive efetuava o depósito do dinheiro diretamente na conta corrente dos prováveis fornecedores; já GABRIELA era responsável por armazenar e preparar a droga para venda e comercialização, bem como auxiliar os demais acusados no que fosse preciso para a mercancia neste município.***
>
> ***Assim, está patente a configuração do artigo 35, caput, da Lei Federal nº 11.343/2006, porquanto demonstrado na peça acusatória e na instrução que os Apelados se reuniram com o propósito de manter/realizar/efetivar uma meta comum, qual seja, comercializar substâncias entorpecentes nesta cidade de Chapadão do Sul!*** *(...)"* (fl. 881) (g. n.)

Portanto, diante das provas colhidas durante a instrução criminal, especialmente as declarações das testemunhas, aliadas aos autos de apreensão (fls. 58-59 e 196), auto de prisão em flagrante delito (fls. 13-15), fotografias (fls. 168-170 e 259-267), relatórios de interceptação telefônica (fls. 62-167) e circunstâncias fáticas que envolveram o delito em questão, evidenciando que a apelada Gabriela estava unida, de forma estável e permanente, com o firme propósito de praticar o crime de tráfico de drogas juntamente com os réus Aldinei e Simone, deve ser reformada a sentença a fim de que seja condenada por infração ao art. 35 da Lei n.º 11.343/06.

Passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase, examino as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. A culpabilidade é de grande intensidade, vez que a acusada guardava os entorpecentes em sua residência, onde mora com seus filhos menores, que podiam ter acesso à droga. Os antecedentes não são desfavoráveis. Não há elementos para avaliar a conduta social e a personalidade do agente. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito não destoam da normalidade. O comportamento da vítima não contribuiu para a prática criminosa. A quantidade e a natureza da droga são desfavoráveis, vez que foi encontrado 565g de crack e 75g de cocaína

em sua residência. Assim, fixo a pena-base em 04 (três) anos de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

Na segunda fase, não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Assim, fixo a pena intermediária no mesmo patamar da pena-base.

Na terceira fase, não incidem minorantes ou majorantes. Dessa forma, fixo a pena definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

Ante a ausência de elementos sobre a capacidade econômica da ré, fixo no mínimo legal o valor unitário de cada dia-multa (art. 49, § 1º, do CP).

d) Reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06

O Órgão Ministerial pondera que, apesar de ter condenado os réus Aldinei e Simone pelos crimes dos artigos 33 e 35 da Lei de Drogas, o magistrado aplicou a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, do referido diploma legal, apenas em relação a um dos delitos, qual seja, o art. 33, c*aput.*

Pois bem.

Verifica-se que às fls. 796-799, o Ministério Público Estadual opôs embargos de declaração com a finalidade de que fosse aplicada a causa de aumento de pena do inciso VI do art. 40 da Lei de Drogas na dosimetria da pena do crime de associação para o tráfico dos réus Simone e Aldinei.

Entretanto, o juízo de primeiro grau não acolheu a pretensão, sob o fundamento de que *"(...) não restou comprovada a participação dos menores no delito descrito no Art. 35 da Lei de Drogas, muito menos que eles tinham ciência da existência de uma associação"* (fl. 800).

De fato, no caso em tela, não restou comprovado que os filhos menores dos réus tinham participação na prática de associação ao tráfico ou ainda que tivessem a ciência da existência da associação. Não há provas nesse sentido.

Consoante ensina Renato Marcão[3], a respeito da incidência da referida causa de aumento:

> *"Envolver criança ou adolescente tem sentido de atuar conjuntamente, utilizar ou contar com a participação. (...) "Visar atingir criança ou adolescente é ter como objetivo, meta final, destinar a droga a tais inimputáveis, que gozam de especial e justificada proteção jurídica, em face da sua particular condição biológica, psíquica, moral e de caráter, ainda em fase inicial de formação.*
>
> *O agente pode visar atingir criança ou adolescente, destinando a droga para consumo ou para que eles pratiquem o comércio espúrio em próprio nome, por conta e risco (fora dos limites do concurso de agentes)."*

Logo, diante da inexistência de prova inequívoca a respeito da participação dos menores no delito de associação ao tráfico, entendo que não deve incidir a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06.

DOS RECURSOS DEFENSIVOS

Preliminar de nulidade absoluta - Do pedido de reconhecimento da nulidade da sentença por violação ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença – apelante Aldinei

Em razão do reconhecimento, pelo juízo de primeira instância, da incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, a defesa do apelante Aldinei suscita preliminar de nulidade da sentença por ofensa ao princípio da correlação, sob o argumento de que a referida causa de aumento não está narrada na denúncia.

3 Tóxicos, Lei n. 11.343/06, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

Pois bem.

Ao contrário do que assevera a defesa, não há falar em ofensa ao princípio da correlação ou julgamento *extra petita*, visto que apesar da imprecisão apontada, da leitura integral peça acusatória (fls. 01-11), infere-se que está atribuída a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, ao réu Aldinei.

Nesse sentido, destaco o julgado:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. CONTINUIDADE DELITIVA. ANÁLISE COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. DESNECESSÁRIO INGRESSO NA SEARA CONSTITUCIONAL. FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA OBSERVADO. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos casos dos autos, a matéria foi analisada com base na legislação infraconstitucional porquanto desnecessário ingressar na seara constitucional para o reconhecimento da incidência do art. 71 do CP.* ***Uma vez que os fatos estão expressamente narrados na denúncia, o agravante pode se defender do que lhe é imputado, não havendo se falar portanto, em violação ao princípio da congruência.*** *(...)"* (AgRg no AREsp 1637200/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020) (g. n.)

Assim, tendo em vista que a ocorrência da majorante foi demonstrada na peça exordial acusatória, posto que narrado que o tráfico de drogas era realizado na presença dos filhos menores dos réus Simone e Aldinei, que eram conviventes e inclusive residiam no mesmo local, não há se falar ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Rejeito a preliminar.

b) Pleito absolutório – apelantes Aldinei e Simone.

A defesa da acusada Simone postula a absolvição da ré pelos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico, enquanto a defesa do réu Aldinei pugna apenas pela absolvição do réu pelo crime de associação ao tráfico.

A materialidade dos delitos restou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 13-15), Boletim de Ocorrência nº 1920/2018 (fls. 47-51), Auto de Exame Preliminar em Substâncias Químicas Apreendidas (fls. 60-61), Relatório de Transcrições (fls. 62-167), Fotografias (fls. 168-170; 183-187 e 259-267), Laudo de Exame Toxicológico (fls. 334-337) e depoimentos testemunhais.

A autoria, de igual forma, restou demonstrada.

Na fase inquisitorial, o réu Aldinei declarou que na data de 25 de novembro de 2018, escondeu 10 quilos de maconha na área verde, sendo que saiu na data de 26 de novembro de 2018 para buscar a droga na companhia de João Vitor, em carro de propriedade do mesmo. Afirma que fugiram dos policiais e foram abordados nas proximidades da escola técnica, após sofrerem um acidente de trânsito. Foi encontrado pelos policiais, no banco de trás do veículo, 10 kg de maconha, momento em que recebeu voz de prisão. Informa que havia uma mulher com ambos no veículo, mas nunca há havia visto na vida. Aduz que somente pediu a João Vitor que guardasse as drogas e ele aceitou, no mesmo dia em que saiu da prisão. Negou que Simone tinha envolvimento com o processo e que nada de ilícito foi encontrado em sua residência, não sabendo porque ela foi presa. Relata que a procedência da droga encontrada na casa de João Vitor é boliviana, sendo que comprou de lá e foi transportada de ônibus. Aduz que comprou a droga encontrada no carro em Campo Grande/MS, tendo a mesma vindo de ônibus, no dia que escondeu no mato. Alega que não faz mais parte do PCC, sendo que participou de 2009 a 2015, sendo excluído no final de 2015 por contrair dívidas particulares, as quais posteriormente foram quitadas, mas mesmo assim foi excluído. Aduz que ele próprio vende a droga, sendo que não possui local fixo de venda, pois vendia somente por telefone, o cliente ligava e o declarante marcava o local da entrega (fls. 22-23).

Em juízo, o réu *"(,,,) afirmou que conhece todos os acusado, menos Juseli, porque apenas deu uma carona para ela. Disse que foi encontrada droga no caso e na residência de João Vítor. Afirmou que toda droga lhe pertencia. Sustentou que João Vítor não tem participação nos fatos, porque estava preso. Afirmou que estava com João Vítor bebendo e que passaram e viram Juseli na esquina, com roupa curta, motivo pelo qual pediu para João Vítor parar o carro e oferecer carona; buscou droga na área verde e a droga veio de Campo Grande. Disse que Simone não tinha participação nos fatos porque nunca levou droga para casa. Em relação a Gabriela, como João Vítor estava preso, pediu para ela guardar a droga na casa dela, em troca de dinheiro; ele não tinha conhecimento de que a droga estava na casa dele; quando ele foi solto a droga estava no local há 20 dias. Sustentou que havia afirmado para João Vítor que tiraria a droga da casa dele, o que aconteceria no dia dos fatos. A droga que estava no carro estava sendo levada para casa de João Vítor. Afirmou que não viu que a policia era ela, porque eles estavam a paisana. Esclareceu que sua esposa em nenhum momento traficou ou vendeu droga; disse que sua esposa nunca teve envolvimento com droga, tanto que ela pediu para que ele parasse de mexer com drogas. Simone não tinha conhecimento de que havia drogas na casa de Gabriela, a não ser que Gabriela tivesse falado para ela. Não sabe se foi encontrado dinheiro na casa de Gabriela, sabe que apenas em sua casa foi encontrado dinheiro. Contou que Gabriela nunca foi visitar João Vítor na cadeia e que acha que ele foi para casa dela quando foi solto, porque ele gostava dela. Esclareceu que no momento da perseguição, passou em frente à creche, mas não havia movimento na rua. Aduziu que os fatos ocorreram por volta das 15 hrs. Disse que a polícia bateu no carro em que ele e joão Vítor estavam por querer. Nunca se associou aos demais acusados para traficar. Esclareceu que Gabriela apenas aceitou guardar a droga, por um mês, pois ela precisava de dinheiro. Nunca ameaçou os outros acusados, não ameaçou João Vítor para ir buscar a droga no dia da prisão. Negou fazer parte de organização criminosa, uma vez que foi excluído do PCC em 2016, por dívidas, mas não recebeu nenhuma pena porque conseguiu pagar a dívida. No momento da prisão não participava mais da organização criminosa; quando participava tinha o apelido de moicano; sua função na organização criminosa era financeira; participou de videoconferências com organizações criminosas, há dois meses antes da prisão; afirmou que participou porque mesmo tendo saído, como Chapadão não tinha "disciplina e organização", e participou muitos anos da organização, eles pediam sua ajuda. Em relação ao Osvaldo, contou que João Vítor estava preso, e que conversou com carneiro sozinho, porque ele havia falado que o delegado forjou o depoimento dele; confirmou que conversou com ele em relação ao processo em que são réus Micaely, Breno e Ugor; negou que tivesse ameaçado a testemunha Osvaldo; sustentou que nunca chegou perto desta testemunha. Explicou que conversou com eles em relação a outro processo, no qual não estava envolvido, porque não gosta do "tipo de pessoas" como carneiro. Confirmou que a balança encontrada na casa de Gabriela era para o tráfico. Esclareceu que Gabriela guardou drogas para ele apenas dessa vez, por, mais ou menos, um mês. Usou o celular da Simone quando seu celular estava quebrado, inclusive para fins de traficância, mas ela não tinha conhecimento destes fatos. Afirmou que Simone não sabia que no dia dos fatos havia saído para pegar drogas com João Vítor. Nunca praticou traficância na frente de seus filhos/enteados"* (fls. 536-537).

A acusada Simone, em juízo, "(..) *afirmou se ex-convivente de Aldinei, mas não participava do tráfico com ele. Disse que desconfiava que ele praticasse tráfico de drogas, porque ele tinha uma dívida alta que ele tinha que pagar. Não sabe se ele participa de alguma organização criminosa. Negou que seus filhos se envolvessem de alguma forma com o tráfico. Não sabia que a droga estava guardada na residência de Gabriela, há mais ou menos uns 12/13 dias; não sabe quando a droga iria ser retirada. Disse que trabalhava no salão para Gabriela e que, como ela estava precisando de dinheiro, seu marido ofereceu pagar para que ela guardasse droga para ele. Não sabe se João Vítor sabia que Gabriela estava guardando droga para Aldinei. Contou que no dia dos fatos, seu marido saiu com João Vítor para buscar uma peça; não sabia que eles haviam ido pegar droga. Não conhecia Juseli, mas que seu ex-convivente afirmou que havia dado uma carona para ela. Esclareceu que, por vezes, Aldinei usava seu aparelho celular. Sustentou que seus filhos nunca presenciaram traficância. Informou que nem ela e nem Aldinei são usuários de drogas. Disse que o que fez de errado foi atender o telefone, quando alguém ligava perguntando de seu ex-convivente* (fl. 539).

Por sua vez, o investigador de polícia judiciária Izaias Ferreira de Freitas, declarou na fase inquisitorial que os agentes do SIG da Polícia Civil de Chapadão de Sul vinham recebendo denúncias que Aldinei Araujo Bezerra, vulgo Ney, estaria vendendo entorpecentes nesta cidade. Aduz que foi montada uma operação

de observação do suspeito, que foi abordado por diversas vezes na cidade, primeiramente em um veículo VW PARATI de cor prata e placa OOW-2347 e posteriormente em um veículo VW GOL de cor branca e placas KEO-705, sem que, contudo, fosse flagrado na posse de substância entorpecente. Esgotadas as possibilidades de investigação pelos meios convencionais, a polícia civil representou pela medida cautelar de interceptação das comunicações telefônicas do celular de Aldinei, a qual foi devidamente renovada em duas oportunidades. Afirma que no decorrer deste acompanhamento, a polícia civil foi capaz de descobrir uma elaborada rede de tráfico de drogas, da qual participavam: Aldinei Araujo Bezerra; sua esposa Simone Lopes Miranda, que o auxiliava na venda e armazenagem de entorpecentes; Wellinton Lima Alves, vulgo barata, que entregava a droga a mando de Ney para usuários; Gabriela Bernardi, que armazenava os entorpecentes em sua residência e João Vitor Alves de Souza, vulgo Cid, esposo de Gabriela, que tão logo saiu da penitenciária sob monitoramento eletrônico, passou a auxiliar Ney na atividade do tráfico. A equipe constatou também que as autuadas Simone e Gabriela, apesar de serem responsáveis por filhos menores de 6 anos, mantinham tais crianças no mesmo ambiente em que guardavam substâncias entorpecentes, ou mesmo, no caso de Simone, levavam o próprio filho quando da entrega de drogas para usuário. Também foi possível constatar que Aldinei integrava a organização criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital – PCC. Relata que na tarde de 27 de novembro, a equipe interceptou ligação em que Ney chamava Cid para buscar droga que havia chegado na cidade. Assim, a equipe do SIG saiu em diligências, vindo a encontrar os dois saindo da rodoviária em um veículo VW PARATI cor vermelha, KCX-5553 com uma terceira integrante no banco de trás do carro. Após perseguição dos réus, que empreenderam fuga em alta velocidade, a polícia militar, após ser acionada, se deslocou ao local onde auxiliaram na prisão de Aldinei e João Vitor. Foram encontrados pouco mais de 10 quilos de substância análoga à maconha acondicionada em forma de tijolos. Após a prisão destes e de Juseli, a equipe se dirigiu até a casa de Ney, onde encontrou sua esposa Simone em companhia de Gabriela, dando voz de prisão em flagrante as duas pelo crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Em revista à casa de Simone e Ney, foi encontrado cerca de R$800 em espécie. Em ato continuo, se deslocaram até a casa de Gabriela, onde encontraram no quarto desta uma mochila contendo substâncias análogas a crack, cocaína e maconha (fls. 16-18).

Em juízo, a testemunha prestou depoimento no mesmo sentido (fl. 468-469, arquivo audiovisual).

A investigadora de polícia judiciária Ariani Silva, em juízo, declarou que interceptou durante 45 dias Aldinei, sendo que era nítido o tráfico de drogas entre ele e Simone. Afirma que Simone tinha amizade com Gabriela e elas se comunicavam por telefone e quando João Vitor foi preso pela primeira vez, a relação delas se tornou mais nítida. Neste período, começaram a guardar as drogas na casa de Gabriela, sendo que Simone tinha a chave da casa. Relata que Aldinei pediu para Simone ligar para Gabriela para guarda a droga na residência dela, mas neste dia Aldinei estava sem carro, então pediu para Gabriela ligar para João Vitor para ele e Aldinei buscarem a droga. Aduz a depoente que passou para o delegado em tempo real e informou que eles iriam buscar a droga, mas não sabia onde era. Quando delegado saiu da delegacia com o policial Izaias, deram de cara com Aldinei e João Vitor saindo da rodoviária, pois era próxima à delegacia. Relatou que eles envolviam crianças no tráfico, porque por vezes elas atendiam o telefone para realizar o comércio de entorpecente, além de levaram as crianças junto para fazer a entrega. Aduz que interceptou diversas reuniões de Aldinei com o PCC e que a função dele era cadastrar e manter as pessoas na organização. Recebeu uma ligação de Aldinei para Vitinho, menor de idade, onde eles falavam que iam cobrar o "Carneiro", tendo em vista que ele era cagueta. Afirma também que interceptou Carneiro ligando para Simone pedindo droga, pois ele havia os ajudado, mudando o depoimento, mas Simone negou, dizendo que Breno e Mikaela estavam presos. Relata que Aldinei ameaçou Carneiro, porque eles eram uma associação. Afirma que foi encontrada bastante droga com Nei. Aduz que Gabriela e Simone estavam fumando beck na presença de crianças. Afirmou que o preparo de drogar era na casa de Gabriela e João Vitor. Relata que Breno, Micaela, Aldinei, João Vitor, Gabriela, Vitinho e Mandioca eram associados (fls. 468-469, arquivo audiovisual).

No mesmo sentido, foram os depoimentos dos policiais Adriano Camargo e Felipe Machado Potte**r** (fls. 468-469, arquivo audiovisual).

Como restou demonstrado pelo conjunto probatório, ficou comprovado que os réus Aldinei e Simone mantinham associação estável e permanente para o exercício da traficância. Igualmente, restou demonstrado

que a ré Simone cometeu o delito de tráfico de drogas, vez que auxiliava o réu Aldinei na venda e armazenagem de entorpecentes. A prova desses fatos repousou, substancialmente, nos depoimentos testemunhais colhidos em juízo, especialmente dos Policiais que atuaram no caso, e nos relatórios de interceptação telefônica (fls. 62-167), que davam a indicação da exata extensão das atividades criminosas por eles praticadas.

Logo, as provas são claras, seguras e não deixam dúvidas de que os réus praticaram os delitos de associação ao tráfico e tráfico de drogas, pelo que afasto tal pleito.

c) Penas-bases e multa – apelantes Aldinei, Simone e João Vítor.

As defesas dos apelantes Aldinei, Simone e João Vitor postulam a redução das penas-bases. A apelante Simone também pleiteia a redução da pena de multa.

Para melhor análise da pretensão, inicialmente destaco trecho objeto de irresignação da defesa do apelante Aldinei: (fls. 762):

> *"(...) **ALDINEI ARAÚJO BEZERRA DE SOUZA***
>
> *Nos termos do Art. 59 do Código Penal, considerando-se as diretrizes ali estabelecidas, constato que são negativas apenas*
>
> *I. Culpabilidade: o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de grande intensidade, pois sabia a todo o tempo que estavam cometendo um ato nocivo à sociedade. Há de se levar em conta também a participação do acusado em uma das associações criminosas mais perigosa e violenta do país, fato que só agrava a situação. Outrossim, o acusado não poupava nem a inocência de seus filhos, ainda crianças, levando-os na entrega de entorpecentes, para não chamar a atenção da polícia;*
>
> *II. Antecedentes: não possui, haja vista ter se passado mais de 05 anos do trânsito em julgado das condenações anteriores;*
>
> *III. Conduta Social: não há nada nos autos que infirme sua boa conduta social e personalidade;*
>
> *IV. Personalidade: a personalidade do acusado demonstra ser de má índole, voltada para o crime, sem se importar com prejuízo que possa vir a causar para a sociedade. Além disso, o acusado ameaçou uma testemunha de outro processo, para que ele mudasse sua versão, comprovando que não se trata de boa pessoa. Por fim restou comprovado nos autos tratar-se de membro do Primeiro Comando da Capital (PCC), organização criminosa voltada ao cometimento de diversos crimes;*
>
> *V. Motivos do Crime: Não se verifica nos autos elementos que minimizem a conduta ilícita do acusado, sendo claro que o que motivou foi à necessidade obter lucro com atividade ilícita, não cogitando em se submeter a um trabalho digno, como de regra, os homens de bem o fazem;*
>
> *VI. Circunstâncias e Consequências do Crime: as circunstâncias são as normais para o tipo penal. Quanto às consequências do crime, só se pode concluir ser aquelas inerentes a oferta de drogas perante à sociedade, contribuindo com os crescentes índices de violência e crimes decorrentes que acontecem nesta cidade e pelo país a fora, destruindo as famílias e tirando a paz de todo mundo;*
>
> *VII. Comportamento da Vítima: não existiu vítima imediata, pois em crimes desta natureza a vítima é toda a sociedade, não só os que procuram a droga mais também os seus familiares, que sofrem as consequências de forma indireta do uso e da dependência. Em relação ao crime de ameaça, a vítima apenas disse a verdade em Juízo, o que levou o acusado a ir em sua residência a fim de fazê-la mudar a versão apresentada".*

No tocante à circunstância judicial da culpabilidade, deve ficar delimitado que ela somente pode ser considerada negativa quando a conduta do agente se mostrar exacerbada ou censurável. Segundo Ricardo Augusto Schimitt, "*a circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade"*, de modo que devem ser valoradas *"a frieza e a premeditação, as quais revelem maior intensidade no modo de agir do agente (intensidade maior no dolo)"*.

O juiz sentenciante valorou negativamente a culpabilidade do apelante, em razão deste saber que estava cometendo um ato nocivo à sociedade, tratando-se de fundamentação genérica. Ademais, considerando que houve a reforma da sentença para condená-lo ao crime de organização criminosa e que foi condenado a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei de Drogas, a valoração negativa dessa circunstância deve ser afastada.

Por "personalidade", deve ser considerado *"o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualidade pessoal e social de determinada pessoa"*.

De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, *"A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito."*

No caso, entendo que a fundamentação exarada não se mostra apta a negativar a moduladora. Há que ser ressaltado, ainda, que o fato de o réu integrar o PCC já acarretou a condenação pelo crime descrito no art. 2º, da Lei nº 12.850/13 (organização criminosa), motivo pelo qual entendo como a circunstância judicial deve ser considerada neutra.

Quanto aos motivos do crime, o magistrado singular considerou-os, também, como negativos, utilizando-se do fundamento o fato de que o apelante buscar auferir *"(...) lucro com atividade ilícita, não cogitando em se submeter a um trabalho digno, como de regra, os homens de bem o fazem"* (fl.762). No entanto, tal valoração está inadequada, de modo que os elementos apontados não são aptos a ensejar a atribuição negativa a essa circunstância judicial.

Não se pode olvidar que é da essência da prática do crime de tráfico de drogas a opção por angariar lucro fácil a partir de fontes ilegais e proscritas pelo ordenamento jurídico. Assim, o fato de o apelante ser plenamente capaz de buscar trabalho lícito, mas não opta por tal alternativa e, sim toma a decisão de inserir-se no mundo do crime, não configura elemento inovador a ponto de justificar a exasperação da pena-base, porquanto integra a essência dos tipos penais previstos pela Lei nº 11.343/06, dentre eles o de comércio de entorpecentes.

A esse respeito, veja-se entendimento jurisprudencial sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE RESISTÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA RELATIVA AO DELITO DE RESISTÊNCIA. MATÉRIA ANALISADA À EXAUSTÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT PARA APROFUNDADO EXAME DE PROVAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALEGADO BIS IN IDEM NA ANÁLISE DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DO AUMENTO. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. CRITÉRIO INVÁLIDO. CONSEQUÊNCIAS. VALORAÇÃO NEGATIVA INERENTE AO PRÓPRIO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 5. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto". **6. Mostra-se indevida a exasperação da pena-base, pela valoração negativa dos motivos e consequências do crime, mediante a utilização de circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal e de critérios igualmente inválidos, como a busca do lucro fácil. Redução do aumento da pena-base que se impõe**. 7. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida para reduzir a pena fixada para o elito de tráfico*

> *a que foi condenado o Paciente para 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, mantida, no mais, a condenação".* (STJ, HC 211617 / MG, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, J. em 13/08/2013, Pub. em 23/08/2013) (grifo nosso).

Portanto, diante dos argumentos acima alinhados, há inadequação do fundamento utilizado pelo julgador de primeiro grau ao considerar negativos os "motivos do crime", de modo que a valoração dessa circunstância judicial deve ser afastada.

No tocante às consequências do crime que, na situação particular, foram tachadas como "graves" pelo magistrado singular, sob o fundamento de que "*só se pode concluir ser aquelas inerentes a oferta de drogas perante à sociedade, contribuindo com os crescentes índices de violência e crimes decorrentes que acontecem nesta cidade e pelo país a fora, destruindo as famílias e tirando a paz de todo mundo*", a sentença merece reforma.

Tal fundamentação merece reforma, porquanto os efeitos gerados pela droga relacionados aos danos afetos à saúde pública da população é ínsita ao tipo penal do tráfico de entorpecentes.

Como é cediço, a infração penal tipificada no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006 é crime de perigo abstrato, de modo que a mera realização da conduta típica estabelece a presunção de que a sociedade-vítima foi exposta à situação de risco. Assim, o fato de o agente criminoso traficar substâncias entorpecentes em detrimento da saúde, paz, ordem e tranquilidade públicas trata-se, pois, de presunção quase que absoluta da prática do tráfico, de forma que é dispensada qualquer prova sobre a efetiva situação de perigo, prejuízo e insegurança social.

Sobre as consequências do crime, destaco a lição de Ricardo Augusto Scmitt que, com sabedoria, assevera que *"a valoração das consequências do crime exige um plus que deriva do ato ilícito praticado pelo agente, não podendo ser próprio do tipo. Não podemos valorar a morte no homicídio, a subtração de coisa móvel no furto, a existência de ferimentos nas lesões corporais, pois todos são resultados inerentes ao respectivo tipo penal."*

Nessa seara, com enfoque nos elementos de prova existentes no processo, pode-se verificar que as consequências advindas da espécie penal em evidência são próprias e implícitas do tipo, não havendo qualquer elemento peculiar capaz de atribuir um desvalor acentuado a essa circunstância judicial. Daí, deve ser afastada a valoração negativa externada à circunstância judicial referente às consequências do crime.

Nesse norte, toma-se o entendimento estampado pela jurisprudência:

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO.WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ARGUMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO. ARTIGO 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CORRÉ EM SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL IDÊNTICA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.*
>
> *(...) 4.* ***Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, assim como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, bem como a vida de diversas famílias, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da penabase, a título de consequências desfavoráveis do crime****. (...)".* (STJ, HC 232948 / TO, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, J. em 27/03/2014, Pub. em 14/04/2014).

Tendo em vista o afastamento das circunstâncias judiciais negativas referente à *culpabilidade, motivos, personalidade e consequências do crime*, reduzo a pena-base do apelante ALDINEI nos seguintes termos: 05 (cinco) anos de reclusão, bem como pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa para o delito descrito no art. 33, c*aput,* da Lei 11.343/06; 3 (três) anos de reclusão, bem como pagamento de 700 (oitocentos) dias-multa para o delito descrito no art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06 e 1 (um) ano de reclusão, bem como pagamento de 10 (dez) dias-multa para o delito descrito no art. 344, *caput,* do Código Penal.

Na sequência passo à análise da pena-base da apelante Simone, fixada na sentença condenatória, com base nos seguintes termos (fls. 765):

> *"(...)* ***SIMONE LOPES MIRANDA***
>
> *I. Culpabilidade: o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de grande intensidade, pois sabia a todo o tempo que estavam cometendo um ato nocivo à sociedade. Há de se levar em conta também a quantidade de substâncias entorpecentes e o tipo crack e cocaína, fato que só agrava a situação, já que é grande o potencial de destruição à saúde pública;*
>
> *II. Antecedentes: não possui.*
>
> *III. Conduta Social: não há nada nos autos que infirme sua boa conduta social e personalidade;*
>
> *IV. Personalidade: a personalidade da acusada demonstra ser de má índole, voltada para o crime, sem se importar com prejuízo que possa vir a causar para a sociedade, ainda mais porque praticava o comércio de entorpecentes na frente de seus filhos, ainda crianças;*
>
> *V. Motivos do Crime: Não se verifica nos autos elementos que minimizem a conduta ilícita da acusada, sendo claro que o que motivou foi à necessidade obter lucro com atividade ilícita, não cogitando em se submeter a um trabalho digno, como de regra, as pessoas de bem o fazem;*
>
> *VI. Circunstâncias e Consequências do Crime: as circunstâncias são as normais para o tipo penal. Quanto às consequências do crime, só se pode concluir ser aquelas inerentes a oferta de drogas perante à sociedade, contribuindo com os crescentes índices de violência e crimes decorrentes que acontecem nesta cidade e pelo país a fora, destruindo as famílias e tirando a paz de todo mundo;*
>
> *VII. Comportamento da Vítima: não existiu vítima imediata, pois em crimes desta natureza a vítima é toda a sociedade, não só os que procuram a droga mais também os seus familiares, que sofrem as consequências de forma indireta do uso e da dependência."*

Pelos mesmos fundamentos já expostos, afasto a valoração das circunstâncias judiciais motivos e consequências do crime.

O juiz sentenciante valorou negativamente a culpabilidade da apelante, em razão desta saber que estava cometendo um ato nocivo à sociedade, tratando-se de fundamentação genérica. Entretanto, também valorou a circunstância como negativa em razão da quantidade de entorpecente encontrada e da natureza da droga**,** vez foram apreendidos "crack" e "cocaína", o qual tem um alto poder de dependência e é extremamente destrutivo à saúde dos usuários.

A majoração da pena-base, em atenção à referida circunstância está devidamente fundamentada em razão da natureza da droga e, em atenção ao art. 42 da Lei de Drogas, devendo, pois, ser mantida.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a possibilidade de majoração da pena-base em razão da natureza da droga:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ARTS. 59 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N.º 11.343/06. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. ART. 42 DA LEI N.º 11.343/06. QUANTIDADE DA DROGA. PARÂMETRO QUE PODE SER UTILIZADO NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ***1. O art. 42 da Lei de Tóxicos é expresso no sentido de que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto".*** *Assim, é evidente que a majoração da pena-base encontra-se devidamente fundamentada, em especial, em face da qualidade e grande quantidade de droga apreendida: 1.050g (mil e cinquenta gramas) de cocaína. 2. Constatasse que o quantum de aumento em 01 (um) ano de reclusão, na hipótese, revela-se proporcional e fundamentado, em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito de tráfico de drogas é de 05 a 15 anos. Desse modo, não há como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador. 3. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência pacificada no sentido de que não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, a utilização da quantidade e da qualidade da droga apreendida para fundamentar a majoração da pena-base e a fixação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. 4. Agravo regimental desprovido."* (STJ - AgRg no AREsp: 369586 MT 2013/0243278-1, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/12/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2014)"

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENAS BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OBSERVÂNCIA DO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006. CERTA QUANTIDADE, ***NATUREZA, VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS (COCAÍNA, MACONHA E CRACK).*** *CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. INCIDÊNCIA DA VACATIO LEGIS INDIRETA CONDITA NOS ARTS. 30 E 32 DA LEI N.º 10.826/2003, PARA O FIM DE AFASTAR DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO IV, DA LEI DE DROGAS (EMPREGO DE ARMA). INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Paciente condenado às penas de 07 anos de reclusão, mais 720 dias-multa, e de 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, mais 979 dias-multa, ambos em regime inicial fechado, como incurso nos arts. 33, c.c. o art. 40, inciso IV, e 35, c.c o art. 40, incisoIV, ambos da Lei n.º 11.343/06, em concurso material de crimes, porque preso em flagrante no dia 28/07/2009, mantinha em depósito 132 "sacolés" de cocaína (26g), 13 "sacolés" de crack (1,2g) e 17"sacolés" de maconha (22,1g), além de grande quantidade de munições (94 cartuchos, calibre 7mm). 2.* ***O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga. Tal procedimento foi devidamente adotado na fixação das penas-base dos delitos imputados ao Paciente, motivo pelo qual incabível a sua reforma.*** *3. A vacatio legis indireta prevista nos arts. 30 e 32 da Lei n.º 10.826/2003 visava incentivar o desarmamento da população, considerando atípica a conduta de posse de arma de fogo e/ou munição durante o período predefinido. A majorante contida no art. 40,inciso IV, da Lei n.º 11.343/06 agrega-se ao crime de tráfico ilícito de drogas, impondo-lhe maior reprovação. São institutos distintos, com finalidades diversas, sendo inviável confundi-los, principalmente, para o fim de afastar a sobredita causa de aumento de pena. 4. Ordem de habeas corpus denegada."* (STJ - HC: 201398 RJ 2011/0064665-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 21/02/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2013)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. NATUREZA (COCAÍNA E CRACK) E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA EVIDENCIADA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. AÇÃO PENAL EM CURSO. SÚMULA N.º 444/STJ. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O Paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, e 80

dias-multa, porque preso em flagrante no dia 03/05/2006, mantendo em depósito, para fins de mercancia ilícita, 11 trouxinhas de cocaína e 36 trouxinhas de crack. ***2. Correto o acórdão impugnado ao considerar que a natureza das substâncias entorpecentes (cocaína e crack), que foram, inclusive, apreendidas em considerável quantidade, traz maior reprovabilidade a conduta do agente.*** *3. Nos termos do enunciado da súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça: "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". 4. O regime intermediário é o adequado à espécie, uma vez que apena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante da presença de circunstância judicial desabonadora. Inteligência do art. 33, § 3.º,do Código Penal. Precedente. 5. Ordem parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, fixar a pena do Paciente em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 65 dias-multa, em regime inicial semiaberto."* (STJ , Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 27/09/2011, T5 - QUINTA TURMA)."

Em relação à valoração da circunstância judicial "personalidade", *"Refere-se ao seu caráter como pessoa humana. Serve para demonstrar a índole do agente, seu temperamento. São os casos de sensibilidade, controle emocional, predisposição agressiva, discussões antecipadas, atitudes precipitadas, dentre outras."* **(**SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 130)

Sobre a sua valoração, o STJ, firmou a tese no sentido de que: *"Este Sodalício entende que, para se atestar a personalidade negativa do réu, o magistrado deve utilizar-se de elementos concretos inseridos nos autos, justificantes da exasperação da pena-base cominada, sendo prescindível a realização de laudo pericial para tal constatação. "* (AgRg no REsp 1.406.058/RS, j. 19/04/2018)

Constata que o juízo de primeiro grau considerou a referida circunstância negativa pois a *"(...) acusada demonstra ser de má índole, voltada para o crime, sem se importar com prejuízo que possa vir a causar para a sociedade, ainda mais porque praticava o comércio de entorpecentes na frente de seus filhos, ainda crianças"* (fl. 765).

Tal valoração deve ser afastada, posto que o fato de que a acusada praticava o comércio de entorpecentes da frente de seus filhos já foi considerado ao ser incursa na causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas.

Tendo em vista o afastamento das circunstâncias judiciais negativas referente à personalidade, motivos e consequências do crime, deve ser reduzida a pena-base. Da mesma forma, observando o princípio da simetria entre a pena privativa de liberdade e a pena de multa, a pena de multa deve ser readequada para, no mesmo patamar da pena privativa de liberdade.

Diante da culpabilidade que foi mantida como desfavorável, fixo a pena-base em: 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como o pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 35, c*aput*, da Lei 11.343/06.

Por fim, passo à análise da pena-base do apelante João Vitor, fixada na sentença condenatória, com base nos seguintes termos (fls. 763-764):

"(...) ***<u>JOÃO VÍTOR ALVES DE SOUZA</u>***

Nos termos do Art. 59 do Código Penal, considerando-se as diretrizes ali estabelecidas, constato que são negativas apenas:

<u>I. Culpabilidade:</u> o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de grande intensidade, pois sabia a todo o tempo que estavam cometendo um ato nocivo à sociedade. Há de se levar em conta também a quantidade de substâncias entorpecentes e o tipo crack e cocaína, fato que só agrava a situação, já que é grande o potencial de destruição à saúde pública;

II. Antecedentes: possui antecedentes, inclusive já condenado por crimes relativos à mesma lei (298-300);

III. Conduta Social: não há nada nos autos que infirme sua boa conduta social e personalidade;

IV. Personalidade: a personalidade do acusado demonstra ser de má índole, voltada para o crime, sem se importar com prejuízo que possa vir a causar para a sociedade;

V. Motivos do Crime: Não se verifica nos autos elementos que minimizem a conduta ilícita do acusado, sendo claro que o que motivou foi à necessidade obter lucro com atividade ilícita, não cogitando em se submeter a um trabalho digno, como de regra, os homens de bem o fazem. Em relação ao crime de direção perigosa, a conduta do acusado deu-se em razão do fato dele possuir droga no interior do veículo e por isso tentou fugir, colocando em perigo a vida das pessoas que estavam próximas ao local;

VI. Circunstâncias e Consequências do Crime: as circunstâncias são as normais para o tipo penal. Quanto às consequências do crime, só se pode concluir ser aquelas inerentes a oferta de drogas perante à sociedade, contribuindo com os crescentes índices de violência e crimes decorrentes que acontecem nesta cidade e pelo país a fora, destruindo as famílias e tirando a paz de todo mundo; Em relação à contravenção de direção perigosa, o acusado poderia ter atropelado uma criança, posto que próximo ao local havia uma escola;

VII. Comportamento da Vítima: não existiu vítima imediata, pois em crimes desta natureza a vítima é toda a sociedade, não só os que procuram a droga mais também os seus familiares, que sofrem as consequências de forma indireta do uso e da dependência."

Pelos mesmos fundamentos já expostos, mantenho a valoração negativa da circunstância judicial referente à culpabilidade e afasto a valoração da circunstância judicial referente à personalidade.

Sobre os antecedentes, bem se sabe que eles consubstanciam circunstância judicial que diz respeito aos envolvimentos judiciais anteriores do acusado, onde haja sido condenado por sentença irrecorrível. Não se admite, pois, como "maus antecedentes", a consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso (Súmula 444, STJ).

Assim, considerando que a valoração negativa dos antecedentes depende da existência de condenações amparadas por sentenças transitadas em julgado, pode-se concluir que a análise do magistrado, nesse ponto, pautar-se-á por um critério absolutamente objetivo, isto é, por simples análise à certidão de registros criminais do acusado.

Com enfoque na situação sob exame, pode-se inferir que as respectivas certidões e folhas de antecedentes do apelante foram juntadas às fls. 298-300; 311-318 e 402-403. A partir desses documentos, observa-se que o apelante ostenta, em seu desfavor, somente uma condenação por crime anterior, amparada por sentença judicial transitada em julgado (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06). Diante desse contexto, percebe-se que o magistrado incorreu em bis in idem, pois valorou uma única condenação definitiva na primeira e segunda fases da dosimetria da pena.

Nesse sentido dispõe a Súmula 241 do STJ: "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

Portanto, tal antecedente será considerado apenas na segunda fase da dosimetria, ou seja, como agravante da reincidência, posto que não decorrido lapso temporal superior a 05 anos entre a extinção da pena do crime anterior e o presente tráfico de drogas (art. 64, I, CP).

Esse é o entendimento do STJ:

"HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS

EM JULGADO GERADORAS DE REINCIDÊNCIA. CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA COMO MAUS ANTECEDENTES. SISTEMA TRIFÁSICO. OFENSA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUANTO A ALGUMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. ***1. Ofende ao sistema trifásico de aplicação da pena e às regras penalmente existentes o édito condenatório que leva em consideração a circunstância legal da reincidência para elevar a sanção na primeira etapa da dosimetria, a título de maus antecedentes.*** *(...).”* (HC 122065/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 12/04/2010)

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVOS CONCRETOS NÃO APONTADOS. ART. 59 E 68 CP. MÉTODO TRIFÁSICO. INOBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. (...) ***A reincidência é circunstância agravante que deve ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena, e não na pena-base.*** *(...)“* (HC 33200/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 30/11/2006, DJ 26/02/2007, p. 642)

Quanto aos motivos do crime, o magistrado singular considerou-os, também, como negativos, utilizando-se do fundamento o fato de que o apelante busca auferir *“(...) lucro com atividade ilícita, não cogitando em se submeter a um trabalho digno, como de regra, os homens de bem o fazem. Em relação ao crime de direção perigosa, a conduta do acusado deu-se em razão do fato dele possuir droga no interior do veículo e por isso tentou fugir, colocando em perigo a vida das pessoas que estavam próximas ao local”* (fl.764). No entanto, tal valoração está inadequada, de modo que os elementos apontados não são aptos a ensejar a atribuição negativa a essa circunstância judicial.

Além da fundamentação já exposta anteriormente, a referida circunstância não deve ser negativamente valorada com base nos motivos do crime de direção perigosa, tendo em vista que o acusado foi absolvido desta prática.

Da mesma forma, deve ser afastada a valoração negativa referente às consequências do crime, tendo em vista a fundamentação inidônea.

Tendo em vista o afastamento das circunstâncias judiciais negativas referente à antecedentes, personalidade, motivos e consequências do crime, e mantida como desfavorável a culpabilidade, reduzo a pena-base do apelante nos seguintes termos: 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como o pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Em atenção ao art. 580 do CPP, passo à análise da pena-base da corré Gabriela Oliveira Bernardes quanto ao crime de tráfico de drogas.

A culpabilidade foi sopesada sob os seguintes fundamentos: *“o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta da acusada é de grande intensidade, pois sabia a todo o tempo que estavam cometendo um ato nocivo à sociedade. Há de se levar em conta também a quantidade de substâncias entorpecentes e o tipo crack e cocaína, fato que só agrava a situação, já que é grande o potencial de destruição à saúde pública; Além disso, o entorpecente estava guardado em sua residência em local de fácil acesso ao seu filho, ainda criança*;”.

Pois bem. O fato de saber que estava cometendo um ato nocivo à sociedade, trata-se de fundamentação genérica. Além disso, o fato de o entorpecente estar na residência em local de fácil acesso ao filho menor deve ser afastado, posto que isso já foi considerado ao ser incursa na causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas.

Entretanto, também valorou a circunstância como negativa em razão da quantidade de entorpecente encontrada e da natureza da droga, vez foram apreendidos “crack” e “cocaína”, o qual tem um alto poder de dependência e é extremamente destrutivo à saúde dos usuários.

A majoração da pena-base, em atenção à referida circunstância está devidamente fundamentada em razão da natureza da droga e, em atenção ao art. 42 da Lei de Drogas, devendo, pois, ser mantida.

No tocantes às moduladoras personalidade, motivos e consequências do crime, pelos mesmos fundamentos já expostos acima na análise dos corréus devem ser expurgadas, uma vez que inidoneamente sopesadas em desfavor da ré.

Tendo em vista o afastamento das circunstâncias judiciais negativas referente à personalidade, motivos e consequências do crime, deve ser reduzida a pena-base. Da mesma forma, observando o princípio da simetria entre a pena privativa de liberdade e a pena de multa, a pena de multa deve ser readequada para, no mesmo patamar da pena privativa de liberdade.

Diante da culpabilidade que foi mantida como desfavorável, fixo a pena-base em: 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como o pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 35, c*aput*, da Lei 11.343/06.

d) Causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06 – réus Aldinei, Simone e João Vítor.

A defesa dos apelantes Aldinei, Simone e João Vitor pugna o afastamento da causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, sob o fundamento de que não restou comprovado o envolvimento de crianças no delito.

Passo a analisar.

Conforme amplamente demonstrado pelos depoimentos dos policiais que participaram da operação que levou à prisão dos acusados (fls. 468-469, arquivos audiovisuais), restou comprovado que Aldinei e Simone realizavam a venda e entrega de entorpecentes na companhia de seus filhos, para que não levantassem suspeitas.

Ainda, foi constatado pelas interceptações telefônicas (fls. 62-167), que os filhos do casal atendiam ligações de pessoas interessadas em comprar drogas.

De igual forma, restou comprovado que João Vitor praticou a conduta descrita no art. 40, inciso IV, da Lei 11.343/06, tendo em vista que a droga foi localizada na casa onde morava com Gabriela, dentro de um guarda-roupa, local de fácil acesso ao filho do casal.

Nego provimento.

READEQUAÇÃO DAS PENAS

Apelante Aldinei Araújo Bezerra de Souza

Consoante acima analisado, observa-se que foi mantida como desfavorável a moduladora relativa à "personalidade", considerando-se a idoneidade da fundamentação exarada pelo magistrado da instância ordinária e afastadas, por outro lado, a "culpabilidade", "motivos" e "consequências do crime".

Assim, na primeira fase da dosimetria, em homenagem aos art. 59, do Código Penal e art. 42, da Lei nº 11.343/06, fixo a pena-base em:

- 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**,** para o delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06;

- 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, para o delito previsto no art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06;

- 01 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, para o delito previsto no art. 344, c*aput*, do Código Penal;

Na etapa intermediária, incide a circunstância atenuante relativa à confissão espontânea, consoante previsão expressa do art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, nos delitos previstos nos arts. 33, caput, da Lei 11.343/06 e art. 344 do CP. No entanto, em atenção à Súmula 231 do STJ, mantenho as penas intermediárias no mesmo patamar, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa para o delito do art. 33, caput, da Lei de Drogas e em 1 (um) ano de reclusão e 10 (treze) dias-multa, para o delito do art. 344, do Código Penal. Não há circunstância agravante.

Na última fase da dosimetria, presente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06 para o crime de tráfico de drogas. Assim, fixo a pena definitiva do art. 33, caput, da Lei de Drogas, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão unitária mínima.

Em relação aos demais delitos, na terceira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição de pena, tornando-as definitivas em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, para o delito do art. 344, do Código Penal e 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, para o delito previsto no art. 35, caput, da Lei 11.343/06.

Conforme acima analisado, o réu foi condenado também pelo delito previsto no artigo 2º, da Lei n.º 12.850/13 à pena definitiva de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Nos termos do art. 69, do Código Penal, somadas as penas, resta definitiva em 12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 1303 (mil trezentos e três) dias-multa.

Considerando o aspecto quantitativo da pena aplicada e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 33, § 2º, "a" e § 3º, do Código Penal, fixo o regime fechado para o cumprimento inicial da pena de reclusão.

Incabível a substituição da pena, pois ausente o requisito do art. 44, III, do CP.

Deixo de declarar a suspensão condicional da pena, ante a não observância do limite quantitativo do art. 77, "caput", do CP.

Apelante Simone Lopes Miranda.

Conforme acima decidido, observa-se que foi mantida como desfavorável a moduladora relativas à "culpabilidade", considerando-se a idoneidade da fundamentação exarada pelo magistrado da instância ordinária e afastadas, por outro lado, a "personalidade", "motivos" e "consequências do crime".

Assim, na primeira fase da dosimetria, em homenagem aos art. 59, do Código Penal e art. 42, da Lei n.º 11.343/06, fixo a pena-base em:

- 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, para o delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06;

- 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, para o delito previsto no art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06;

Na etapa intermediária, não incidem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na última fase da dosimetria, presente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06. Assim, fixo a pena definitiva do art. 33, caput, da Lei de Drogas, em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, à razão unitária mínima**.**

Em relação ao delito do art. 35, da Lei de Drogas, inexistem causas de aumento ou diminuição de pena, razão pela qual torno a pena definitiva em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

Nos termos do art. 69, do Código Penal, somadas as penas,_resta definitiva em 09 (nove) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 1391 dias-multa._ O regime deve ser mantido o fechado, conforme art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

Incabível a substituição da pena, pois ausente o requisito do art. 44, III, do CP.

Deixo de declarar a suspensão condicional da pena, ante a não observância do limite quantitativo do art. 77, "caput", do CP.

Apelante João Vitor Alves de Souza.

Conforme decido acima, observa-se que foi mantida como desfavorável a moduladora relativa à "culpabilidade", considerando-se a idoneidade da fundamentação exarada pelo magistrado da instância ordinária e afastadas, por outro lado, dos "antecedentes", "personalidade", "motivos" e "consequências do crime".

Assim, na primeira fase da dosimetria, em homenagem aos art. 59, do Código Penal e art. 42, da Lei n.º 11.343/06, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Na etapa intermediária, presente a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, as quais se compensam.

Na última fase da dosimetria, presente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06. Assim, fixo a pena definitiva em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, à razão unitária mínima.

Em atendimento ao art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, tratando-se de agente reincidente, que possui circunstância judicial negativa (culpabilidade), mantenho o regime prisional fechado, o qual é necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Incabível a substituição da pena, pois ausente o requisito do art. 44, III, do CP.

Deixo de declarar a suspensão condicional da pena, ante a não observância do limite quantitativo do art. 77, "caput", do CP.

Ré Gabriela Oliveira Bernardi

Crime de tráfico de drogas

Na primeira fase, conforme acima exposto, foi mantida como desfavorável a culpabilidade que foi mantida como desfavorável, razão pela fixo a pena-base em: 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual reduzo a pena para o mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Na terceira etapa foi reconhecida na sentença a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, e aplicada no patamar de 2/3, de modo que fica a pena estabelecida em 1 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Presente a causa de aumento prevista no Art. 40, VI da lei 11.343/064, aumento a pena do Art. 33, caput, da mencionada Lei, em 1/6, tornando-se definitiva em 01 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa, equivalendo cada dia a 1/30 do salário-mínimo, nos termos do Art. 49, § 1º, do Código Penal.

Crime de associação ao tráfico

Conforme analisado no recurso do Ministério Público, a ré restou condenada à pena definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/06.

Concurso material e regime

Nos termos do art. 69, do Código Penal, somadas as duas penas, resta definitiva em 05 (cinco) anos e 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 943 dias-multa. O regime deve ser mantido o semiaberto, conforme art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Incabível a substituição da pena, pois ausente o requisito do art. 44, III, do CP.

Deixo de declarar a suspensão condicional da pena, ante a não observância do limite quantitativo do art. 77, "caput", do CP.

e) Justiça gratuita – réu Aldinei.

Cabível a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao apelante Aldinei, tendo em vista sua condição de hipossuficiência financeira, pois foi assistido pela Defensoria Pública Estadual, a qual possui rígidos critérios seletivos para oferecer atendimento exclusivamente aos hipossuficientes. Assim, é possível constatar que a sua situação econômica não lhe permite pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Prequestionamento.

Por fim, sobre o prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias relativas aos dispositivos de lei prequestionados não merecem qualquer abordagem específica, pois foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

Dispositivo

Diante do exposto, em parte com o parecer:

1) rejeito as preliminares;

2) no mérito:

a) dou parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o réu Aldinei como incurso nas sanções penais do artigo 2º, da Lei nº 12.850/13 e a ré Gabriela por infração ao art. 35 da Lei n.º 11.343/06, e

b) dou parcial provimento aos recursos defensivos para reduzir a pena-base e de multa dos réus Aldinei, Simone e João Vítor, com extensão à corré Gabriela Oliveira Bernardes, nos termos do art. 580 do CPP, e conceder os benefícios da justiça gratuita para o réu Aldinei

- restam as penas definitivas dos réus da seguinte forma:

- Aldinei - _12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 1303 (mil trezentos e três) dias-multa, no regime fechado, por infração aos delitos dos arts. 33, caput, e 35 da Lei de Drogas, art. 344, do Código Penal e artigo 2º, da Lei n.º 12.850/13;

- Simone - 09 (nove) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 1391 dias-multa, no regime fechado, por infração aos artigos 33, caput, e 35 da Lei de Drogas**;**

- João Vítor - 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, por infração ao art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06;

- Gabriela - 05 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 943 dias-multa, no regime semiaberto, por infração aos artigos 33 e 35 da Lei de Drogas.

É como voto.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto (Revisor)

Divirjo do relator tão somente para, no tocante ao recurso do Ministério Público, manter a absolvição de Gabriela quanto à acusação de haver praticado o delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06.

Nos termos desse dispositivo da Lei Antidrogas, pune-se a conduta em que 2 ou mais pessoas associam-se para, de forma reiterada ou não, praticar os crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1º, e 34 dessa lei.

Embora não se exija um tempo mínimo de associação, a configuração do delito pressupõe de forma indispensável a existência de um intencional vínculo estável e permanente para a prática de crimes dessa natureza.

Quanto a Gabriela Oliveira Bernardi, entendo que o conjunto probatório não é suficiente para indicar de sua parte uma adesão perene e estável ao grupo criminoso que desenvolvia o tráfico de drogas. Ao contrário, indica apenas de forma segura que em determinada oportunidade, por questões financeiras, aceitou guardar drogas em sua residência mediante contraprestação.

Tal como fundamentado na sentença, entendo que "*o fato de Gabriela ter guardado droga para o casal em sua residência, por alguns dias, não significa que ela se associava a eles para praticar o tráfico de drogas. Restou comprovado apenas que Gabriela guardara a droga para o casal, por algum tempo, para conseguir uma renda extra, haja vista seu companheiro, João Vítor, ter sido preso*" (f. 757).

Em face do exposto, divirjo do relator para manter a absolvição de Gabriela Oliveira Bernardi quanto crime de associação para o tráfico de drogas.

É como voto.

O Sr. Juiz Waldir Marques (Vogal)

Peço vênia ao Relator para divergir apenas em relação à fração referente à valoração negativa da circunstância judicial culpabilidade, em relação aos apelantes João Vitor e Simone, e, por extensão, à corré Gabriela. Vejamos.

Quando se trata do crime de tráfico de drogas, a lei penal especial traz, expressamente, um tratamento diferenciado para algumas circunstâncias judiciais constantes do art. 59, do Código Penal, devendo o juiz observar tais peculiaridades durante a aplicação da pena.

Assim, na fixação da pena-base, deve o julgador considerar, além das oito circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59, do Código Penal, aquelas estabelecidas no art. 42, da Lei nº 11.343/06, que determina a avaliação da natureza e quantidade da droga. *In verbis*.

"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

Assim, tenho considerado para cada circunstância judicial negativa o patamar de 1/10 (um décimo) de aumento, o qual deverá incidir sobre intervalo da pena previsto no preceito secundário do tipo penal.

No caso em questão, o e. Relator majorou a pena-base em 6 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa acima do mínimo legal para ambos os delitos, quais sejam, tráfico de drogas e associação para o tráfico.

Todavia, a meu ver, mostra-se justa e suficiente para a prevenção e repressão delitiva o aumento em 12 meses de reclusão e 100 dias-multa, para o delito de tráfico, e, em 09 meses e 10 dias de reclusão e 50 dias-multa, quanto ao delito de associação para o tráfico.

Passo à readequação das penas

Do apelante João Vitor

Na primeira fase, ante a exclusão das circunstâncias judiciais, conforme fundamentado pelo Relator, restando apenas negativa a culpabilidade, resta a pena fixada em 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

Na segunda fase, compensadas a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, resta a pena em 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

Na terceira fase, presente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, aplicada em 1/6, resta a pena definitiva em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Da apelante Simone

Na primeira fase, restando desfavorável a culpabilidade, fixo a pena-base em:

- 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, para o delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06;

- 03 (três) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, para o delito previsto no art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06;

Na segunda fase**,** não incidem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, presente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, aplicada em 1/6, fixa-se a pena definitiva do art. 33, caput, da Lei de Drogas, em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa**.**

Em relação ao delito do art. 35, da Lei de Drogas**,** inexistem causas de aumento ou diminuição de pena, razão pela resta a pena definitiva em 03 (três) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa**.**

Nos termos do art. 69, do Código Penal, somadas as penas, resta definitiva em 10 (dez) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 1450 dias-multa.

Da corré Gabriela

Do tráfico de drogas

Na primeira fase, conforme exposto pelo Relator, foi mantida como desfavorável a culpabilidade, portanto, fixa-se a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, aplicada em 1/6, reduzo a pena para o mínimo legal, ou seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na terceira etapa, reconhecida na sentença a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, aplicada em 2/3, de modo que fica a pena estabelecida em 1 ano e 08 meses de reclusão e 167 dias-multa.

Presente a causa de aumento prevista no Art. 40, VI da lei 11.343/064, em 1/6, tornando-se definitiva em 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa.

Crime de associação ao tráfico

Na primeira fase**,** conforme examinado pelo Relator, que considerou circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, a culpabilidade, a quantidade e a natureza da droga, fixo a pena-base em 04 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 800 (oitocentos e cinquenta) dias-multa.

Na segunda fase, não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Assim, fixo a pena intermediária no mesmo patamar da pena-base.

Na terceira fase, não incidem minorantes ou majorantes. Dessa forma, fixo a pena definitiva em 04 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 800 (oitocentos e cinquenta) dias-multa.

Nos termos do art. 69, do Código Penal, somadas as duas penas, **r**esta definitiva em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 994 dias-multa.

O regime deve ser mantido o semiaberto, conforme art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Diante do exposto, divirjo do relator apenas no tocante às penas-base fixadas, restando as penas definitivas dos apelantes, João Vitor, em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa; e, Simone, em 10 (dez) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 1450 dias-multa. Em relação à corré Gabriela, em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 994 dias-multa.

Quanto as demais matérias debatidas, acompanho o Relator**.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram as preliminares. no mérito, por maioria, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do relator, vencido o revisor. por maioria, contra o parecer, deram parcial provimento aos recursos defensivos, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 2 de março de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Apelação Criminal nº 0005026-71.2016.8.12.0110 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL– DESOBEDIÊNCIA E DESACATO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ACOLHIDO EM PARTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A recusa à identificação em abordagem policial não tipifica o crime de desobediência, mas sim a contravenção prevista no artigo 68 do Decreto-Lei 3.688/41. De sua parte, a suposta resistência à prisão também não configura desobediência, mas sim tipo penal mais grave, previsto no artigo 329 do Código Penal. Ademais, a conduta consistente em "tentar se esquivar da abordagem" é penalmente atípica. Dessa forma, observando-se que os fatos narrados na denúncia não se amoldam ao tipo penal reconhecido na sentença, deve-se absolver o réu relativamente ao crime previsto no artigo 330 do Código Penal, em atenção aos princípios da congruência e do *non reformatio in pejus*.

Restando demonstrada a intenção deliberada do réu em menosprezar a função pública exercida pelos policiais, deve ser mantida a sentença no capítulo que condenou o réu pela prática do crime previsto no artigo 331 do Código Penal.

Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Proveram parcialmente unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2021.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de apelação interposta por Reinaldo Rodrigues em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, que o condenou pela prática dos crimes previstos nos artigos 330 e 331 do Código Penal (desobediência e desacato), apenando-o a 06 meses e 15 dias de detenção, em regime aberto, com substituição por pena restritiva de direitos.

Postula, em resumo, a absolvição por atipicidade das condutas ou ausência de provas. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena de multa aplicada ao delito de desobediência, alegando que foi aplicada de forma desproporcional.

As contrarrazões foram apresentadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Reinaldo Rodrigues em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, que o condenou pela prática dos crimes previstos nos artigos 330 e 331 do Código Penal (desobediência e desacato), apenando-o a 06 meses e 15 dias de detenção, em regime aberto, com substituição por pena restritiva de direitos.

Postula, em resumo, a absolvição por atipicidade das condutas ou ausência de provas. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena de multa aplicada ao delito de desobediência, alegando que foi aplicada de forma desproporcional.

As contrarrazões foram apresentadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento.

Consta da denúncia:

> *"(...) no dia 19 de março de 2016, por volta das 17h30min, na Rua Koei Tamanaka, nº 00, esquina com Manoel Abraao Lemos, Bairro Jardim das Cerejeiras, nesta cidade e comarca de Campo Grande/MS, o denunciado REINALDO RODRIGUES desacatou policiais militares, no exercício de suas funções e resistiu à prisão. Segundo se apurou, no dia dos fatos, a guarnição composta pelo Pelotão Parque dos Poderes, estava realizando a preservação do local, onde havia uma pessoa vítima de homicídio quando fez a abordagem de uma pessoa que estava próxima ao local, de forma suspeita. Ao se aproximar, o denunciado tentou se esquivar da abordagem e negou-se a identificar-se, dizendo que não iria se identificar para babaca nenhum. Diante da negativa do denunciado, os integrantes da guarnição o advertiu das consequências, momento em que Reinaldo desafiou-os a prendê-lo e, de forma desrespeitosa, chamou-os de "palhaços". Ato contínuo, o denunciado recebeu voz de prisão e resistiu, sendo necessário o uso moderado da força, bem como o uso de algemas para contê-lo. Logo depois este foi conduzido para a Delegacia. Face ao exposto, restando evidente a materialidade da infração e havendo indício suficiente de autoria, fica DENUNCIADO REINALDO RODRIGUES como incurso nas penas do artigo 330 e 331, ambos do Código Penal Brasileiro (...)"*

Da sentença colhe-se:

> *"O pedido condenatório formulado na denúncia é procedente. Em que pese a alegação do acusado de não ter desacatado e nem desobedecido os policiais, a vítima/testemunha e demais elementos de prova constantes dos autos evidenciam a autoria e materialidade de sua conduta, estando aptos a ensejar sua condenação. Segundo depoimento da testemunha Alessandro Pereira da Silva, policial militar ouvido em Juízo, narrou que estava em diligência para apuração de um homicídio, ocasião em que fazia a preservação do local do delito e o acusado ficava muito próximo, sempre falando ao celular, atrapalhando o trabalho da perícia e, mesmo após solicitação para se afastar, ele negou, dizendo que não iria se afastar. Outrossim, ao receber ordem para se identificar, disse que não iria se identificar a nenhum "palhaço" e, mesmo advertido de que poderia ser preso, repetiu que não seria preso por "bacaca nenhum". Esclareceu que foi resistente também em entrar na viatura, necessitando algemá-lo para contê-lo. Informou não ter percebido que o acusado tivesse sinais de estar embriagado ou sob efeito de substância entorpecente. Disse ter ficado aborrecido com a atitude do acusado, pois além de atrapalhar seu trabalho desrespeitou, especialmente, o Sargento Laurindo. Desta forma, verifica-se ser robusto o conjunto probatório, tanto pelo depoimento da testemunha, no sentido de ter o acusado realmente desacatado e desobedecido os policias, não tendo a defesa comprovado fatos que corroborassem com a negativa do acusado. Ademais, em se tratando de delito de desacato, tem prevalecido o entendimento de que a palavra da vítima, no caso, dois policiais militares, é de extrema relevância probatória, sendo tal depoimento válido e eficiente para fundamentar o juízo condenatório, pois, até prova em contrário, trata-se de*

pessoas idôneas, com declaração que retrata a verdade. A despeito da impossibilidade de ouvir a segunda testemunha em Juízo (Sargento Laurindo - falecido no decorrer do processo), ressalta-se ter sido ouvido perante a Autoridade Policial e prestou esclarecimentos no mesmo sentido da testemunha ouvida na data de hoje. Naquela época, seu depoimento foi nos mesmos termos que o da testemunha Alessandro. Aliás, informou que o acusado, mesmo após estar detido na viatura, tentou impedir que sua esposa apresentasse documentação para identificá-lo (f. 04). Assim, a conduta do acusado foi o suficiente para a configuração dos tipos penais do art. 330 e art. 331 do CP, posto que demonstrou manifesto desrespeito e menosprezo às pessoas do agente público. Quanto ao requerimento constante das alegações finais da Defesa, tenho ser incabível a incidência do princípio da consunção, pois o crime de desobediência não constitui crime-meio para consumação do crime de desacato. (...) Diante disso, evidente a autoria do acusado quanto aos delitos descritos na denúncia. Assim, tais elementos de prova, somados e concatenados, geram convicção plena da ocorrência de desacato e desobediência, bem como ser o acusado o respectivo autor, devendo receber a reprimenda penal devida (...)"

Pois bem, no que se refere ao crime de desobediência, a denúncia narra que os policiais estavam "realizando a preservação do local, onde havia uma pessoa vítima de homicídio quando fez a abordagem de uma pessoa que estava próxima ao local, de forma suspeita. Ao se aproximar, o denunciado tentou se esquivar da abordagem e negou-se a identificar-se". Ademais, menciona que, após ofender os policiais, **"**o denunciado recebeu voz de prisão e resistiu, sendo necessário o uso moderado da força, bem como o uso de algemas para contê-lo".

Inicialmente é necessário esclarecer que a recusa à identificação em abordagem policial não tipifica o crime de desobediência, mas sim a contravenção prevista no artigo 68 do Decreto-Lei 3.688/41, que assim dispõe:

"Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis."

A suposta resistência à prisão, de sua parte, configura tipo penal mais grave, previsto no artigo 329 do Código Penal.

Por sua vez, a conduta consistente em "tentar se esquivar da abordagem" é penalmente atípica.

Assim, denota-se que os fatos narrados na denúncia não se amoldam ao tipo penal reconhecido na sentença. Logo, em atenção aos princípios da congruência e do *non reformatio in pejus*, o apelante deve ser absolvido relativamente ao crime previsto no artigo 330 do Código Penal.

Além disso, embora a denúncia narre que o réu estava no local de "forma suspeita, o depoimento judicial do policial Alessandro Pereira da Silva aponta que, na realidade, a abordagem ocorreu porque acusado ficava muito próximo do local onde havia acontecido um homicídio, "*sempre falando ao celular, atrapalhando o trabalho da perícia*".

Dessa forma, há incerteza relativamente à legitimidade da abordagem policial, na medida em que aparentemente ocorreu em desconformidade com o artigo 244 do Código de Processo Penal, que exige "*a fundada suspeita que pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito*". Aliás, são ilícitas as conhecidas abordagens de rotina que ocorrem a bel-prazer do agente policial.

Consequentemente, não há certeza se o réu efetivamente estava obrigado a identificar-se à autoridade policial, pois existem elementos indicando que a abordagem policial não ocorreu de forma justificada.

Relativamente ao crime de desacato, malgrado a argumentação defensiva, não há ensejo para absolvição. Afinal, o depoimento judicial seguro do policial Alessandro Pereira da Silva convence de que o réu deliberadamente passou a ofender verbalmente os agentes públicos que faziam o trabalho policial de preservação do local do crime. Independentemente da legalidade ou não da abordagem realizada pelos

policiais, não poderia o réu desprestigiar a função pública por eles desempenhadas, chamando-os de "palhaços" e "babacas".

Cumpre lembrar que o depoimento prestado pelo referido policial não está isolado nos autos, sendo, ao contrário, corroborado pelas declarações prestadas pelo Sargento Laurindo na fase extrajudicial, que faleceu no curso do processo.

Destarte, restando demonstrada a intenção deliberada do réu em menosprezar a função pública exercida pelos policiais, deve ser mantida a sentença no capítulo que condenou o réu pela prática do crime previsto no artigo 331 do Código Penal, não se tratando, ademais, de conduta inexpressiva.

Por fim, resta prejudicado o pedido de redução da pena de multa aplicada ao delito de desobediência.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto por Reinaldo Rodrigues para absolvê-lo relativamente ao crime previsto no artigo 330 do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Decisão em parte com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente unânime decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 2 de fevereiro de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Agravo de Execução Penal nº 0002534-44.2014.8.12.0024 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE CUMPRIMENTO DE PENA – PROGRESSÃO DE REGIME – PLEITO DE APLICAÇÃO DA PORCENTAGEM DE 40% DIANTE DA REINCIDÊNCIA GENÉRICA – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MAIS BENÉFICA – ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) – RECURSO PROVIDO.

A Lei n. 13.964/2019 (*Pacote Anticrime*) trouxe nova redação legal em relação as previsões de frações de progressão de regime, passando a exigir, para adoção da fração mais grave, que o apenado fosse reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado: o apenado pratica um crime hediondo ou equiparado e "incide novamente" (reincidência) "em+a" (na) prática de outro crime hediondo ou equiparado.

A interpretação gramatical da Lei n. 13.964/2019 inaugura uma hipótese favorável, uma *novatio legis in mellius*, já que, agora, não basta apenas ser reincidente, mas se exige também que seja específico na prática de crime hediondo ou equiparado, pois, do contrário, não pode incidir fração mais gravosa para a progressão de regime.

Sendo o agravante reincidente em delito simples, não é possível lhe impor a fração mais grave de 60% (3/5), do art. 122, VII, da LEP.

Recurso provido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por maioria, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do Relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2021.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de Agravo em Execução interposto por Leandro Rodrigues da Silva, contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Execução Penal do interior que indeferiu o pedido de modificação da fração para progressão de regime.

Em razões recursais, a defesa requer *"seja provido o presente Agravo, determinando-se a reforma da decisão de sequência 49.1, para que seja aplicada a Lei nº 13.964/19, eis que mais benéfica ao apenado, tendo em vista se tratar de reincidente não específico e, consequentemente, a elaboração de novo cálculo de liquidação de pena, considerando os percentuais previstos no artigo 112 da LEP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19"*, f. 01/10.

Nas contrarrazões, f. 18/22, e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, f. 32/35, pelo improvimento do recurso defensivo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de Agravo em Execução interposto por Leandro Rodrigues da Silva, contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Execução Penal do interior que indeferiu o pedido de modificação da fração para progressão de regime.

Em razões recursais, a defesa requer *"seja provido o presente Agravo, determinando-se a reforma da decisão de sequência 49.1, para que seja aplicada a Lei nº 13.964/19, eis que mais benéfica ao apenado, tendo em vista se tratar de reincidente não específico e, consequentemente, a elaboração de novo cálculo de liquidação de pena, considerando os percentuais previstos no artigo 112 da LEP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19"*, f. 01/10.

Nas contrarrazões, f. 18/22, e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, f. 32/35, pelo improvimento do recurso defensivo.

A decisão agravada pautou-se nos seguintes termos:

> *"Trata-se de execução penal de Leandro Rodrigues da Silva, o qual cumpre pena em regime fechado no estabelecimento penal de Cassilândia/MS e requer a aplicação da Lei n. 13.964/2019, de forma retroativa, alegando se tratar de "novatio legis in mellius" (seq. 40.1 e 47.2).*
>
> *O Ministério Público se manifestou pelo indeferimento do pedido (seq. 45.1).*
>
> *Eis a síntese.*
>
> *A Lei n. 13.964/2019 possui natureza mista, pois trata matéria penal e processual, e como se sabe a lei de conteúdo penal tem aplicação retroativa caso seja mais benéfica ao réu. Não obstante a supracitada lei possuir conteúdo penal, não poderá atingir o ato jurídico perfeito e acabado, até porque não se trata de lei penal mais benéfica como alega a defesa.*
>
> *A nova redação do art. 112 da LEP, estabelece que:*
>
> *"Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:*
>
> *I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;*

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional."

Foram fixadas porcentagens diferentes para cumprimento da pena, no entanto, não há qualquer menção legislativa acerca de ser reincidente específico. Abstrai da norma que aqueles condenados, primários, deverão cumprir 40% da pena, e 60% quando reincidentes. Dessa forma, não há se falar que a porcentagem de 60% será aplicada em caso de reincidência específica em crimes hediondos ou específicos, basta apenas que a reincidência, genérica ou específica, tenha sido reconhecida na sentença condenatória.

Posto que, como bem destacou o d. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, "da leitura da nova redação dada ao artigo 112 da Lei de Execução Penal que, em nenhum dos incisos apontados, o legislador utilizou a expressão reincidente específico, da mesma forma que não utilizou nas redações anteriores. Assim, nota-se que, mais uma vez, o legislador estabeleceu, para fins de progressão de regime, percentuais diferentes para réu primário e reincidente, seja essa reincidência específica ou genérica, pois, sendo reincidente, denota-se maior reprovação e necessidade de prevenção e repressão do delito, não se podendo utilizar o mesmo percentual para quem não é reincidente. Destaca-se que o reeducando é reincidente e foi condenado por crime equiparado a hediondo, no caso tráfico de drogas, especificamente como incurso no art. 33, caput, c/c o art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/06, sendo a reincidência do agravante mantida por este egrégio Tribunal (f. 149/155). De tal forma, a ele não se aplica o percentual de 40%, previsto pelo inciso V, destinado a quem, condenado por crime hediondo ou equiparado, seja primário. Assim, por ser reincidente, aplica-se o que dita o inciso VII, que estabelece o percentual de 60% (sessenta por cento) da pena (3/5), para fins de progressão de regime".

Confira-se a ementa do julgamento do recurso:

"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – FRAÇÃO DESTINADA AOS REINCIDENTES - ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME) – REINCIDÊNCIA GENÉRICA – LAPSO TEMPORAL DE 3/5 – RECURSO DESPROVIDO. I – Embora o § 2º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos tenha sido revogado pela Lei n. 13.964/19, de 19 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), que também deu nova redação ao artigo 112 da LEP, o agente condenado por crime hediondo ou equiparado que for reincidente, ainda que na forma genérica, deve cumprir 60 % (sessenta por cento) da pena imposta para adquirir o direito à progressão de regime, posto que o disposto pelo inciso V do artigo 112 da LEP aplica-se exclusivamente ao que for primário. II – Recurso ao qual, com o parecer, nega-se provimento." (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0001747-34.2017.8.12.0016, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 22/05/2020, p: 26/05/2020)

No mesmo sentido, são as recentes decisões proferidas no eg. TJSP, confiram-se:

"Agravo em execução penal. Cálculo de penas. Retificação. Impossibilidade. Inviável o afastamento da aplicação do prazo de 60% para fins de progressão de regime, nos termos do artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal, uma vez que a fração prevista se baseia na recidiva do agente, independentemente de sua natureza. Recurso não provido." (TJSP; Agravo de Execução Penal 0002384-27.2020.8.26.0521; Relator (a): Diniz Fernando; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Sorocaba/DEECRIM UR10 - Unidade Regional

de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 10ª RAJ; Data do Julgamento: 27/05/2020; Data de Registro: 27/05/2020)

"Agravo em execução penal. Cálculo de penas. Retificação.Impossibilidade. Inviável o afastamento da aplicação do prazo de 60% para fins de progressão de regime, nos termos do artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal, uma vez que a fração prevista se baseia na recidiva do agente, independentemente de sua natureza. Recurso não provido." (TJSP; Agravo de Execução Penal 0000972-95.2020.8.26.0154; Relator (a): Diniz Fernando; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; São José do Rio Preto/DEECRIM UR8 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 8ª RAJ; Data do Julgamento: 18/05/2020; Data de Registro: 18/05/2020).

Não é demais destacar que a Lei n. 13.964/2019, ao criar lapsos diferentes para a progressão de regime, incorporou as disposições já constantes da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, § 2º) sobre o tema, nas quais, mais uma vez, o legislador deixou evidente que a distinção entre os lapsos de 2/5 (40%) e 3/5 (60%) está atrelada à reincidência genérica do agente.

O "quantum" de pena a cumprir quando se tratarem de condenados reincidentes sempre foi objeto de questionamentos nas instâncias superiores sendo que Superior Tribunal de Justiça "consolidou entendimento no sentido de que a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica, ao determinar a fração de 3/5 (três quintos) como lapso temporal para a progressão de regime" (STJ, HC 468.756/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe03/04/2019).

É de se destacar, ainda, que a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, comumente denominada como "Pacote Anticrime", implementa modificações nas legislações penal e processual penal, tendo como objetivo o combate ao crime e aperfeiçoar o quadro normativo penal brasileiro. Assim, uma interpretação sistemática da lei permite concluir que não estaria o legislador minimizando o sistema progressivo de execução de pena para os condenados aos crimes hediondos ou equiparados no caso de reincidência genérica.

A "a mens legis" da nova lei é de agravar as consequências dos atos ilícitos e acolher a tese defensiva seria desarrazoado e desvirtuaria totalmente as intenções do legislador ao editar a Lei n. 13.964/19.

In casu, a reincidência foi expressamente reconhecida na sentença condenatória da ação penal n. 0002665-35.2016.4.03.6005.

No entanto, constata-se equívoco no cálculo de pena do seq. 7.1 ao utilizar fração de réu primário no cálculo do livramento, isto porque a condição de reincidência, uma vez adquirida pelo agente, estende-se sobre a totalidade da reprimenda imposta.

Ante o exposto, em se tratando de crime hediondo ou equiparado, a progressão de regime prisional dar-se-á após o cumprimento de 3/5 (60%) da pena, se o apenado for reincidente, ainda que a condenação definitiva anterior decorra do cometimento de crime não hediondo ou equiparado, tal como ocorre no caso vertente, motivo pelo qual indefiro o pedido da Defesa no seq. 40.1 (47.2)."

Pois bem.

Recobro que, antes de 24 janeiro de 2020, as frações de progressão de regime, para condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, eram reguladas pela Lei 8.072/90, que dizia:

(...) Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

> *§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (...)*

A leitura revela que a Lei não estabelecia condição e tampouco fazia distinção acerca da reincidência. Assim, pela interpretação gramatical, antes bastaria para a adoção da fração mais severa que o condenado fosse reincidente, o que tornava irrelevante a natureza do crime precedente.

Não por outro motivo, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que: *"(...) a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica ao determinar a fração de 3/5 como lapso temporal para a progressão de regime, de modo que, unificadas as penas e constatada a reincidência, qualquer que seja ela (específica ou comum), para fins de progressão do regime, deverá ser aplicada a fração de 3/5 em relação aos crimes hediondos. (...)"* (AgRg no REsp 1780929/RO, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 29/08/2019).

Aliás, esta Corte Estadual de Justiça comungava do mesmo entendimento (**TJMS**. Habeas Corpus Criminal n. 1413034-86.2019.8.12.0000, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 18/11/2019, p: 19/11/2019).

Ocorre que a Lei 13.964/2019, denominado Pacote Anticrime, revogou o sobredito § 2º (do art. 2º da Lei 8.072/90), bem como modificou o art. 112 da Lei 7.210/84, transpondo para este as previsões de frações de progressão, em diversos casos. *In verbis*:

> *Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:*
>
> *I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> ***V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;***
>
> *VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:*
>
> *a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;*
>
> *b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou*
>
> *c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;*
>
> ***VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado**;*
>
> *VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (destaquei)*

Como visto, as frações de progressão permaneceram exatamente as mesmas para os crimes hediondos e equiparados, apenas com modificação para seus equivalentes percentuais (2/5 – 40%; 3/5 – 60%).

Todavia, com relação às condições de incidência, a nova redação legal caminhou em direção oposta ao que anteriormente estava estabelecido, já que passou a exigir, para adoção da fração mais grave, que o apenado fosse reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, ou seja, que a reincidência fosse específica: o apenado pratica um crime hediondo ou equiparado e "incide novamente" (reincidência) "em+a" (na) prática de outro crime hediondo ou equiparado.

Aqui, percebe-se, que a interpretação gramatical da lei inaugura uma hipótese favorável, uma *novatio legis in mellius*, já que, agora, não basta apenas ser reincidente, mas se exige também que seja específico na prática de crime hediondo ou equiparado, pois, do contrário, não pode incidir fração mais gravosa para a progressão de regime.

A referida previsão alcança novas condenações e também anteriores.

Outrossim, por mais que se aceite que a intenção do legislador pudesse ser o recrudescimento da execução penal, certo é que ela não prevalece se contrariada pela redação da lei editada.

Aliás, aqui reside justamente a função do julgador, que é aplicar corretamente a lei, até contrariando a vontade do legislador, se isso significar estrita observância aos preceitos constitucionais e demais regras que deles dimanam.

Exemplos não faltam dessa atividade.

Cito, ao desiderato, o crime de embriaguez ao volante, cujo tipo penal não estipulava concentração alcoólica no organismo para caracterizá-lo, mas o legislador, visando coibir mais rigorosamente a conduta, editou a chamada Lei Seca para incluir tal vetor na redação.

A intenção não coincidiu com o resultado, porquanto a inclusão criou uma nova elementar no tipo penal, que somente admitia ser demonstrado por exame de alcoolemia.

Muitas foram as absolvições pela falta de comprovação da elementar decorrente da negativa do condutor em se submeter ao exame, ponderado o consagrado direito do suspeito/indiciado/réu não ser forçado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), como pode se verificar do seguinte precedente do saudoso garantista Des. Romero Osme Dias Lopes:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO - RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ELEMENTAR DO TIPO - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. Inexistindo comprovação de que o agente dirigia veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue superior ao previsto no artigo 306 do CTB, a absolvição é medida impositiva. (**TJMS**. Apelação Criminal n. 0001559-68.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Romero Osme Dias Lopes, j: 16/09/2013, p: 04/12/2013)*

É certo que, observado o desencontro entre a intenção do legislador e o resultado da lei, fora promovida nova alteração legal para corrigir o tipo penal de embriaguez ao volante, que novamente deixou de constar como elementar a concentração alcoólica no organismo para tipificá-lo, admitindo sua caracterização qualquer meio de prova.

Mais remotamente, igualmente podemos lembrar do breve período (7.12.2000 a 15.12.2000) que o cloreto de etila ("lança-perfume") deixou de figurar na relação de substâncias psicotrópicas de uso proibido no Brasil, talvez por simples erro, talvez visando atender interesses de indústrias químicas, não importa.

Fato é que, independentemente da intenção do legislador e da posterior correção, todos os casos relacionados ao tráfico dessa substância até 15.12.2000 tornaram-se atípicos pela referida exclusão momentânea, em razão de constituir caso de *abolitio criminis temporalis*.

As digressões são necessárias para a compreensão de que incorreções na lei jamais podem ser solucionadas com opções mais prejudiciais ao jurisdicionado apenas para coincidir com a suposta vontade do legislador, pois aquilo que não foi dito, não pode ser imposto.

Pensar o contrário fulmina o princípio da legalidade, basilar em qualquer sociedade democrática.

Sobre o princípio da legalidade e a impossibilidade de interpretação ampliativa *in malam partem*, destacam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

> *"(...) A Constituição estabelece, no art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Cuida-se do princípio da legalidade ou da reserva legal estrita em matéria penal. Assinale-se, ainda, o disposto no art. 5º, XL, da CF/88, que prescreve que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.* ***Essas disposições encontram fundamentos vinculados à própria ideia do Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de Poderes. De um lado enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrear-se em uma lei. De outro, afirma-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática***[804]*. Observa Jorge de Figueiredo Dias que o princípio do nullum crimen nulla poena sine praevia lege deixa-se fundamentar, internamente, com base na ideia de prevenção geral*[805] *e do princípio da culpa. O cidadão deve poder distinguir, com segurança, a conduta regular da conduta criminosa, mediante lei anterior, estrita e certa*[806]*. (...) A reserva legal penal contempla, igualmente, o princípio da determinabilidade ou da precisão do tipo penal (lex certa). O indivíduo há de ter condições de saber o que é proibido ou permitido. Embora não se possa impedir a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, é certo que o seu uso não deve acarretar a não determinabilidade objetiva das condutas proibidas*[815]*.* ***Há de se considerar, igualmente, a proibição da analogia in malam partem (lex stricta). Em matéria penal, não cabe a adoção de analogia para tipificar uma conduta como crime ou agravar o seu tratamento penal. A despeito do caráter polissêmico da linguagem, não parece haver dúvida de que não pode o intérprete agravar a responsabilidade do agente 'fora do quadro das significações possíveis das palavras'*** (...)" (in Curso de direito constitucional – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018).

Nesse sentido, assiste razão ao recorrente em postular a reforma, porquanto não é reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, não sendo possível lhe impor a fração mais grave de 60% (3/5), do art. 122, VII, da LEP.

Outrossim, observa-se que o novo crime praticado é equiparado a hediondo e, muito embora não seja o agravante primário, aproveita-lhe a previsão do art. 112, V, da LEP, ante a omissão legislativa sobre os casos de reincidentes não específicos que tenham praticado crime hediondo ou equiparado.

Logo, faz jus à progressão de regime após cumprir 40% (2/5) de pena.

Nesse sentido já se manifestou o doutrinador *Renato Brasileiro de Lima, (Legislação criminal especial comentada, 8ª ed., 2020, p. 376):*

> *'[...] quando ainda em vigor o §2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, o indivíduo condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado que fosse reincidente era obrigado a cumprir 3/5 (três quintos) da pena para fins de progressão de regime. Como a lei, à época, falava apenas em reincidência, sem fazer qualquer ressalva quanto à espécie - genérica ou específica -, era dominante o entendimento de que seu regramento era válido para ambas as hipóteses. Em sentido diverso, o inciso VII do art. 112 da LEP, com redação determinada pelo Pacote Anticrime, é categórico ao apontar o patamar de 60% (sessenta por cento) para o apenado*

reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado. Como se pode notar, trata-se de reincidência específica em crimes dessa natureza, não necessariamente no mesmo delito, porém (v.g. estupro e estupro de vulnerável; homicídio qualificado e terrorismo; etc.). Logo, na hipótese de se tratar de apenado já condenado irrecorrivelmente por um crime qualquer (v.g. furto qualificado) que vier a cometer novo delito, desta vez hediondo ou equiparado, não se revela possível a aplicação do inciso VII do art. 112, devendo ser aplicado à semelhança do raciocínio anteriormente feito em relação ao inciso IV do art. 112, o patamar previsto no inciso V, qual seja, 40% (quarenta por cento), desde que do crime hediondo (ou equiparado) em questão não tenha resultado morte, hipótese esta em que seria aplicável o percentual de 50% (cinquenta por cento) constante do art. 112, VI, alínea a, da LEP. (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020).

(...)"

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul igualmente assim decide:

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO OBJETIVO. AGRAVANTE CONDENADO A CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. REINCIDENTE EM DELITO SIMPLES. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MAIS BENÉFICA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. PARCIAL POSSIBILIDADE. 1. LEI PENAL NO TEMPO. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. É cediço que, havendo conflito de leis penais no tempo, quando a nova legislação, posterior à conduta praticada, é mais vantajosa e/ou benéfica ao agente, deve ela retroagir, constituindo a aplicação da lex mitior, inclusive, garantia protegida constitucionalmente, por configurar nítido benefício ao agente. 2. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÃO PELO PACOTE ANTICRIME. A Lei nº 13.964/2019, denominada "Pacote Anticrime", trouxe sensíveis alterações nos requisitos objetivos para a progressão de regimes, prevendo lapsos temporais diversos, conforme a situação específica de cada apenado. A novel legislação, também, revogou o artigo 2º, §2º, Lei nº 8079/90 no tocante ao tema progressão de regime, trazendo, no seu bojo, novas previsões objetivas para o gozo do benefício por apenados condenados a crimes hediondos ou equiparados. Ocorre que o artigo 112 da LEP, quando, em seu inciso VII, já consoante a nova redação, faz alusão a "apenado reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado", coloca em dúvida a necessidade de reincidência específica para a aplicação da fração mais gravosa. Ao que tudo indica, a técnica legislativa encontrada na nova lei para o tema da reincidência não foi suficientemente esclarecedora, pois, em uma interpretação stricto sensu, depreende-se que exigiu o legislador a comprovação da reincidência específica para a fração mais gravosa de progressão de regime nestes casos. Percebe-se, em verdade, a existência de lacuna legislativa aos casos de condenados a crimes hediondos ou equiparados, porém reincidentes em crimes comum, razão pela qual, em observância ao princípio da reserva legal em matéria penal, e diante da impossibilidade de se realizar interpretações extensivas in malam partem, é de se conferir ao agravante o direito de progressão de regime ao quantum de 40% do cumprimento da pena, de modo semelhante a condenados primários por delitos hediondos ou equiparados, nos termos da lei penal mais benéfica. Determinada a retificação da Guia de Execução Penal, a fim de constar a progressão de regime segundo a fração de 40% do cumprimento da pena. AGRAVO EM EXECUÇÃO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Execução Penal, Nº 70084255199, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 26-06-2020)

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO OBJETIVO. AGRAVANTE CONDENADO A CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. REINCIDENTE EM DELITO SIMPLES. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MAIS BENÉFICA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. POSSIBILIDADE. 1. LEI PENAL NO TEMPO. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. É cediço que, havendo conflito de leis penais no tempo, quando a nova legislação, posterior à conduta praticada, é mais vantajosa e/ou benéfica ao agente, deve ela retroagir, constituindo a aplicação da lex mitior, inclusive, garantia protegida constitucionalmente, por configurar nítido benefício ao agente. 2. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÃO PELO PACOTE ANTICRIME. A Lei nº 13.964/2019, denominada 'Pacote Anticrime', trouxe sensíveis alterações nos requisitos objetivos para a

progressão de regimes, prevendo lapsos temporais diversos, conforme a situação específica de cada apenado. A novel legislação, também, revogou o artigo 2º, §2º, Lei nº 8079/90 no tocante ao tema progressão de regime, trazendo, no seu bojo, novas previsões objetivas para o gozo do benefício por apenados condenados a crimes hediondos ou equiparados. Ocorre que o artigo 112 da LEP, quando, em seu inciso VII, já consoante a nova redação, faz alusão a "apenado reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado', coloca em dúvida a necessidade de reincidência específica para a aplicação da fração mais gravosa. Ao que tudo indica, a técnica legislativa encontrada na nova lei para o tema da reincidência não foi suficientemente esclarecedora, pois, em uma interpretação stricto sensu, depreende-se que exigiu o legislador a comprovação da reincidência específica para a fração mais gravosa de progressão de regime nestes casos. Percebe-se, em verdade, a existência de lacuna legislativa aos casos de condenados a crimes hediondos ou equiparados, porém reincidentes em crimes comum, razão pela qual, em observância ao princípio da reserva legal em matéria penal, e diante da impossibilidade de se realizar interpretações extensivas in malam partem, é de se conferir ao agravante o direito de progressão de regime ao quantum de 40% do cumprimento da pena, de modo semelhante a condenados primários por delitos hediondos ou equiparados, nos termos da lei penal mais benéfica. Determinada a retificação da Guia de Execução Penal, a fim de constar a progressão de regime segundo a fração de 40% do cumprimento da pena. AGRAVO EM EXECUÇÃO DEFENSIVO PROVIDO. (Agravo de Execução Penal, Nº 70084145598, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 29-05-2020)

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de dar provimento ao Agravo em Execução Penal interposto por Leandro Rodrigues da Silva a fim de determinar a retificação do seu cálculo de pena, a fim de que seja considerada a progressão de regime com base na fração de 2/5 (40%).

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal)

Peço vênia para divergir do Relator e negar provimento ao recurso.

Tem-se como imperioso rememorar o disposto no art. art. 2º, inciso II, § 2º, da Lei n.º 8.072/90 que, com o advento da Lei n.º 11.464/07, que tratava sobre a progressão de regime nos seguintes termos:

"Art. 2º, inciso II, § 2º. "A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente."

O referido artigo estabelece que, para obter o direito à progressão para regime menos gravoso, na hipótese de condenação por crime hediondo ou equiparado, o sentenciado deve cumprir 2/5 da pena, se primário, e 3/5 da pena quando reincidente.

Mesmo com o advento da Lei n.º 13.769/18, que alterou a redação do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, foi mantida a fração de 3/5 ao réu reincidente, genérico ou específico, condenado por crime hediondo ou equiparado, no cálculo da progressão de regime:

"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). (Redação dada pela Lei nº 13.769, de 2018).

Destaca-se que se tornou pacífico na jurisprudência pátria o entendimento de que, a partir do texto legal, não se fez qualquer distinção entre a especificidade ou não da reincidência, de forma que o condenado não precisaria ser reincidente em crime hediondo ou equiparado para encaixar-se no critério de cumprimento de 3/5 da pena para progressão de regime.

Nesta linha de entendimento:

> *"E M E N T A – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO – CUMPRIMENTO DE 3/5 DA PENA – DESNECESSIDADE DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM O PARECER. - Em se tratando de reincidente, a progressão de regime para condenado por crime hediondo será obtida após o cumprimento de 3/5 da pena, independentemente de ser reincidência específica ou genérica. - É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões."(TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0046322-41.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 27/01/2019, p: 29/01/2019)*

Com o advento da Lei n.º 13.964/19 (Pacote Anticrime), de 19 de dezembro de 2019, o artigo 2º, § 2º da Lei dos Crimes Hediondos, dispositivo legal já comentado acima, foi revogado, assim como foi estabelecida nova redação para o artigo 112 da LEP.

O artigo 112 da Lei Federal n.º 7.210/84, com a nova redação dada pela Lei Federal nº 13.964/2019 passou a dispor que:

> *"A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:*
>
> *I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> ***V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário**;*
>
> *VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:*
>
> *a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;*
>
> *b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou*
>
> *c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;*
>
> ***VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado**;*
>
> *VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.*
>
> *§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão."(destaquei)*

Infere-se do § 1º do art. 112, da LEP, acima transcrito, que para progressão de regime prisional, é necessário o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivo e subjetivo.

Também se extrai da leitura do artigo 112, da Lei n.º 7.210/84 com a redação dada pela Lei n.º 13.964/2019, que este estabelece nos incisos V, VI, VII e VIII, o percentual de pena que o réu condenado por crime hediondo ou equiparado deve cumprir para obter progressão de regime.

Dessa forma, cabe assentar que, mesmo com as alterações legais, o legislador não passou a exigir reincidência específica para aplicar a fração de 3/5, apenas determinou que a progressão de regime de réu condenado por crime hediondo e equiparado não será mais regulamentado pela Lei n.º 8.072/90, e sim pela Lei n.º 13.964/19, que alterou a redação do artigo 112 da LEP, tratando do percentual de pena em comento nos incisos V, VI, VII e VIII.

Até porque, em nenhum momento o legislador utilizou a expressão "reincidente específico", assim como também não utilizou nas redações anteriores. Diante disso, tem-se que, mais uma vez, o legislador estabeleceu, para fins de progressão de regime, percentuais diferentes para réu primário e para réu reincidente, seja essa reincidência específica ou genérica, pois, sendo o réu reincidente, denota-se maior reprovação e necessidade de prevenção e repressão de crime, não se podendo utilizar o mesmo percentual para quem não é reincidente.

Isto é, para a concessão do benefício aos praticantes de crimes hediondos e equiparados (excetuados os casos com resultado morte): sendo o sentenciado primário, incide a regra do inciso V (cumprimento de 40% da pena 2/5); ou, tratando-se de condenado reincidente, aplica-se o disposto no inciso VII (60% da pena 3/5).

Destaca-se que o inciso V, do artigo 112 da Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, expressamente restringiu o percentual de 40% (2/5), aos réus primários.

Conforme bem salientado pela Procuradoria-Geral de Justiça (- fl. 40):

> *"... Verifica-se, portanto que, no que diz respeito ao agente condenado por crime hediondo, houve a incorporação das frações previstas no art. 2º, § 2º, da Lei 8072/90, que previa: "A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, (...)".*
>
> *Logo, o quantum de 40%, previsto no art. 112, inciso V, da LEP, corresponde à fração de 2/5, sendo aplicável somente ao agente primário que venha a ser condenado por crime hediondo. Ao passo que o percentual de 60%, que corresponde à fração de 3/5, deve ser aplicado ao agente reincidente, que venha a ser condenado pela prática de ilícitos hediondos ou equiparados.*
>
> *Assim, no caso do agente reincidente, não se vislumbra distinção quanto à reincidência específica ou genérica, mantendo-se incólume o critério objetivo para a progressão de regime, antes previsto na Lei de Crimes Hediondos, ora incorporado à Lei das Execuções Penais, por meio da promulgação do "Pacote Anticrime" ...."*

Assim, nota-se que, mais uma vez, o legislador estabeleceu, para fins de progressão de regime, percentuais diferentes para réu primário e reincidente, seja essa reincidência específica ou genérica, pois, sendo reincidente, denota-se maior reprovação e necessidade de prevenção e repressão do delito, não se podendo utilizar o mesmo percentual para quem não é reincidente.

Nessa linha, seguem os julgados:

> *"EMENTA - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – FRAÇÃO DESTINADA AOS REINCIDENTES – ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI*

N.º 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME) – REINCIDÊNCIA GENÉRICA – LAPSO TEMPORAL DE 3/5 – RECURSO DESPROVIDO. I – Embora o § 2º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos tenha sido revogado pela Lei n. 13.964/19, de 19 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), que também deu nova redação ao artigo 112 da LEP, o agente condenado por crime hediondo ou equiparado que for reincidente, ainda que na forma genérica, deve cumprir 60 % (sessenta por cento) da pena imposta para adquirir o direito à progressão de regime, posto que o disposto pelo inciso V do artigo 112 da LEP aplica-se exclusivamente ao que for primário. II – Recurso ao qual, com o parecer, nega-se provimento." Agravo de Execução Penal - Nº 0001747-34.2017.8.12.0016 – Dourados Relator : Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. 21 de maio de 2020. 3ª Câmara Criminal.

"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL INSURGÊNCIA DEFENSIVA DECISÃO QUE MANTEVE A FRAÇÃO DE 3/5 PARA PROGRESSÃO DE REGIME AO REEDUCANDO REINCIDENTE CONDENADO POR CRIME HEDIONDO - PLEITO DE APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 40 % PREVISTA NA LEI Nº 13.964/19 INVIABILIDADE DECISUM MANTIDA RECURSO IMPROVIDO. Ao agravante não se aplica o percentual de 40%, previsto no artigo 112, V, da LEP, eis que é destinado a quem, condenado por crime hediondo ou equiparado, seja primário. Assim, por ser reincidente, aplica-se o que dita o inciso VII, que estabelece o percentual de 60% da pena (3/5), para fins de progressão de regime. (Agravo de Execução Penal 0002210-73.2017.8.12.0016, Rel. Des. Jonas Hass Silva Júnior, 2ª Câmara Criminal, julgado em 9 de junho de 2020) "

"EMENTA - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DA DEFESA – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – CONDENAÇÃO POR DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO – FRAÇÃO DESTINADA AOS REINCIDENTES – ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME) – REINCIDÊNCIA GENÉRICA – LAPSO TEMPORAL DE 3/5 – NÃO PROVIMENTO, COM O PARECER. Embora o § 2º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos tenha sido revogado pela Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que também deu nova redação ao artigo 112 da LEP, o agente condenado por crime hediondo ou equiparado que for reincidente, ainda que na forma genérica, deve cumprir 60 % da pena imposta (fração de 3/5) para adquirir o direito à progressão de regime, nos termos do inciso VII do referido dispositivo, visto que o disposto no inciso V aplica-se exclusivamente ao que for primário. " Agravo de Execução Penal - Nº 0007839-36.2018.8.12.0002 – Dourados Relator – Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. 23 de junho de 2020. 2ª Câmara Criminal.

Deve ser destacado que o agravante é reincidente e foi condenado por crime equiparado a hediondo, no caso tráfico de drogas, de tal forma que a ele não se aplica o percentual de 40%, previsto pelo inciso V, destinado a quem, condenado por crime hediondo ou equiparado, seja primário. Aplica-se o previsto no inciso VII, que estabelece o percentual de 60% da pena (3/5).

São essas as razões pelas quais, na minha compreensão, a pretensão recursal defensiva é improcedente.

No que tange aos prequestionamentos suscitados pelas partes, cabe esclarecer que não merecem qualquer abordagem específica ou pormenorizada, haja vista que as questões apresentadas foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esse ponto.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

É como voto.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do relator, vencido o 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Habeas Corpus Criminal nº 1401242-67.2021.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO, CÁRCERE PRIVADO E INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NO CURSO DO PROCESSO CRIME – AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS JUSTIFICADORES – PACIENTES QUE FORAM COLOCADOS EM LIBERDADE DURANTE A INVESTIGAÇÃO E QUE RESPONDIAM REGULARMENTE ÀS IMPUTAÇÕES – SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES MAIS BRANDAS – CABIMENTO – NECESSIDADE DE REDUZIR FATORES DE PROPAGAÇÃO DO COVID-19 E AGLOMERAÇÕES NAS UNIDADES PRISIONAIS – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF). Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida.

No caso, a decretação da custódia cautelar dos pacientes ocorreu com fundamento em fatos já conhecidos pelo membros do Ministério Público e Poder Judiciário Estaduais de primeira instância há mais de dois anos sem que resultassem em prisão àquela época, somada à ausência de qualquer fundamento concreto sobre o risco atual que o estado de liberdade dos pacientes possa causar, recomenda a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares menos gravosas, sobretudo diante da situação de pandemia pela Covid-19, em que é preciso reduzir os fatores de propagação e aglomerações nas unidades prisionais.

Ordem parcialmente 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, Por unanimidade, em parte com o parecer, concederam parcialmente a ordem, com ressalvas do 1º Vogal.

Campo Grande, 23 de março de 2021.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de Dorvaci Nogueira Bezerra e Mailson Pereira Meaurio**,** apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri da comarca de Campo Grande.

Alega em resumo que: a) nos autos da ação penal n**.** 0011497-37.2019.8.12.0001, os pacientes juntamente com Felipe Uchoas Barao, Matheus Henrique de Oliveira Moraes, Matheus Pereira Fernandes e Weuller Gabriel Silva de Almeida, foram denunciados como incursos nas penas do artigo 121, § 2°, inciso I (torpe) do Código Penal, com implicações da Lei 8.072/90, bem como artigo 148 (cárcere privado) e artigo 29, do mesmo diploma (concurso de agentes), em relação à vítima Tiago da Silva de Jesus, e ainda nas penas do artigo 2º (integrar associação criminosa) da Lei 12.850/13,e ainda, com incidência do artigo 69 (concurso de crimes) do Código Penal, em tese ocorridos entre 07 e 08 de janeiro de 2019; b) no dia 19.01.2021, acolhendo representação ministerial, o julgador de primeira instância decretou a prisão preventiva dos pacientes; c) na compreensão da defesa, há constrangimento ilegal, pois a prisão não é contemporânea aos fatos e, desde então, não há notícias de fato novo que justificasse a necessidade da prisão; d) além disso, no curso da investigação, os pacientes foram presos temporariamente, mas não houve conversão em prisão preventiva, sendo aqueles colocados em liberdade; e) ademais, os pacientes estavam respondendo ao processo em liberdade, pois foram citados pessoalmente e apresentaram resposta escrita.

Pediu a concessão de liminar, a fim de expedir salvo-conduto em favor dos pacientes ou alvará de soltura, acaso caso cumprida a ordem de prisão quando da decisão, com ulterior confirmação.

O pedido de liminar foi indeferido.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de Dorvaci Nogueira Bezerra e Mailson Pereira Meaurio, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri da comarca de Campo Grande.

Alega em resumo que: a) nos autos da ação penal n**.** 0011497-37.2019.8.12.0001, os pacientes juntamente com Felipe Uchoas Barao, Matheus Henrique de Oliveira Moraes, Matheus Pereira Fernandes e Weuller Gabriel Silva de Almeida, foram denunciados como incursos nas penas do artigo 121, § 2°, inciso I (torpe) do Código Penal, com implicações da Lei 8.072/90, bem como artigo 148 (cárcere privado) e artigo 29, do mesmo diploma (concurso de agentes), em relação à vítima Tiago da Silva de Jesus, e ainda nas penas do artigo 2º (integrar associação criminosa) da Lei 12.850/13,e ainda, com incidência do artigo 69 (concurso de crimes) do Código Penal, em tese ocorridos entre 07 e 08 de janeiro de 2019; b) no dia 19.01.2021, acolhendo representação ministerial, o julgador de primeira instância decretou a prisão preventiva dos pacientes; c) na compreensão da defesa, há constrangimento ilegal, pois a prisão não é contemporânea aos fatos e, desde então, não há notícias de fato novo que justificasse a necessidade da prisão; d) além disso, no curso da investigação, os pacientes foram presos temporariamente, mas não houve conversão em prisão preventiva, sendo aqueles colocados em liberdade; e) ademais, os pacientes estavam respondendo ao processo em liberdade, pois foram citados pessoalmente e apresentaram resposta escrita.

Pediu a concessão de liminar, a fim de expedir salvo-conduto em favor dos pacientes ou alvará de soltura, acaso caso cumprida a ordem de prisão quando da decisão, com ulterior confirmação.

O pedido de liminar foi indeferido.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

Consonante relatado, os pacientes foram denunciados pela suposta prática dos crimes previstos no artigo 121, § 2°, inciso I (torpe) do Código Penal, com implicações da Lei 8.072/90, bem como artigo 148 (cárcere privado) e artigo 29, do mesmo diploma (concurso de agentes), em relação à vítima Tiago da Silva de Jesus, e ainda nas penas do artigo 2º (integrar associação criminosa) da Lei 12.850/13, e ainda, com incidência do artigo 69 (concurso de crimes) do Código Penal. As circunstâncias que envolveram os hipotéticos delitos foram assim descritas na denúncia:

> *"(...) no período compreendido entre os dias 07 e 08 de janeiro de 2019, na Rua Plínio Bitencourt, n° 181, Bairro Jardim Botânico, nesta capital os denunciados Dorvaci Nogueira Bezerra, Felipe Uchoas Barao, Mailson Pereira Meaurio, Matheus Henrique de Oliveira Moraes, Matheus Pereira Fernandes e Weuller Gabriel Silva de Almeida, em conluio e unidade de desígnios, mataram a vítima Tiago da Silva de Jesus. Ressalta-se que os denunciados mantiveram a vítima em cárcere e praticaram o crime por motivo torpe. Da mesma forma, constatou-se que os denunciados integram a facção criminosa PCC Primeiro Comando da Capital. Segundo restou apurado, a vítima seria integrante da facção criminosa rival a dos denunciados, portanto era membro do CV Comando Vermelho. Assim, em razão da rivalidade entre os grupos criminosos, os denunciados, em conluio e unidade de desígnios, mantiveram a vítima encarcerada em um imóvel situado a Rua Plínio Bitencourt, n° 181, Bairro Jardim Botânico (fotografia f. 30-IP), pertencente ao denunciado Dorvaci (vulgo "Bugão"), onde ocorreu o "julgamento" de Tiago realizado pelos integrantes do PCC, entre eles os denunciados e outro(s) individuo(s) não identificado(s) que estaria(am) custodiado(s). Ademais, enquanto a vítima permanecia encarcerada, os denunciados Matheus Pereira (vulgo "Gordinho") e Mailson (vulgo "Lion") promoviam a vigília do cativeiro. Ato contínuo, após o término do "julgamento" da vítima, os denunciados Felipe (vulgo "Siri") e Matheus Henrique (vulgo "Acerola"), ceifaram a vida de Tiago. Na sequência, os denunciados abandonaram seu corpo próximo à um carro, situado na Rua Onze Horas, em frente ao numeral 102, Bairro Aero Rancho, nesta Capital. Passado algum tempo, já na manhã do dia 08 de janeiro do corrente ano, enquanto a testemunha Plácida Aquino Martinez caminhava em via pública, esta visualizou o corpo da vítima. Assim, chamou por Washington de Sergio Silva, que também caminhava por aquela via, e após acionaram a polícia e o SAMU. Assim, é válido destacar que os denunciados incorreram no delito previsto no artigo 2º da Lei 12.850/13, visto que integraram pessoalmente a organização criminosa PCC, dedicando-se, inclusive, à atividades contra as leis e em favor da organização, como foi o caso em tela. Do mesmo modo, os denunciados privaram Tiago de sua liberdade, mediante cárcere privado, quando o mantiveram encerrado em um recinto fechado, mais precisamente no imóvel pertencente ao denunciado Dorvaci, impedindo sua locomoção e sua liberdade de ir e vir, visto que a vítima permaneceu no local dos fatos, contra sua vontade, até o momento de sua execução. Igualmente, os denunciados cometeram o crime por motivo torpe, pois agiram impelidos pelo ódio vingativo, em decorrência da guerra entre as facções PCC e CV pelo domínio do mundo do crime. Então, em razão da vítima Tiago pertencer à facção concorrente a dos denunciados, estes decidiram ceifar sua vida, o que demonstra a motivação profundamente ignóbil, vil e que causa repulsa na sociedade. (...)"*

No que se refere à prisão preventiva, consta da decisão de primeira instância:

> *"A materialidade, por sua vez, está comprovada pelos Boletins de Ocorrência de f. 03-IP, 07-IP e 08/08v-IP, pelo Laudo de Perícia Necropapiloscópica de f. 15/19v-IP, pelo Relatório de Investigação de f. 26/33-IP, Documentos sobre o perfil da vítima em rede social às f. 35/37-IP, pelo Despacho de Indiciação de f. 38/42-IP, pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito Exame Necroscópico de f. 48/49-IP, pelo Laudo de Exame de Pesquisa de Sangue em Local de f. 130/135-IP, e Laudo de Exame em Local de Morte Violenta de f. 146/158-IP. Acerca da necessidade da decretação da prisão cautelar, observo estar demonstrada a existência do crime, conforme laudo de exame de corpo de delito – exame necroscópico - de f. 63-5, bem como presentes indícios suficientes da autoria sobre as pessoas dos acusados. (...) Em relação aos coacusados Dorvaci Nogueira Bezerra, Mailson Pereira Meaurio e Matheus Henrique de Oliveira Moraes, muito embora eles tenham sido citados e apresentado suas*

defesas escritas, entendo que a prisão preventiva também é medida que se impõe. A ordem pública deve ser preservada, haja vista que o crime pelo qual respondem é extremamente grave e, por ser modo de atuação frequente de conhecida organização criminosa, causa intensa comoção social. Também há indícios de que todos os acusados pertencem a organização criminosa extremamente capilarizada, hierarquizada e perigosa, de modo que o depoimento de eventuais testemunhas pode restar comprometido caso eles permaneçam em liberdade, motivo pelo qual a prisão cautelar também se justifica para assegurar a conveniência da instrução criminal. (...)"

Pois bem, em que pese a respeitável fundamentação explicitada pelo julgador de primeira instância, na minha compreensão a prisão preventiva dos pacientes deve ser substituída por medidas cautelares mais brandas.

Conforme bem observado pela d. Defensoria Pública Estadual, durante a fase de inquérito, a autoridade policial representou pela expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, quebra do sigilo telefônico e também pela prisão temporária dos pacientes (autos n. 0008520-72.2019.8.12.0001). As medidas em questão foram deferidas pelo julgador de primeira instância no dia 08.03.2019 e devidamente cumpridas. Contudo, no dia 22 daquele mês, atendendo a requerimento da autoridade policial, o magistrado *a quo* proferiu nova decisão revogando as prisões temporárias dos pacientes, que foram colocados em liberdade. Apenas para ilustrar, transcrevo a referida decisão:

"Na data de 8-3-2019, este Juízo deferiu medida de busca e apreensão, de quebra de sigilo telefônico e decretou a prisão temporária, por 30 dias, dos representados Felipe Uchoas Barão, Matheus Henrique de Oliveira Moraes, Dorvaci Nogueira Bezerra e Matheus Pereira Fernandes (f. 68-83). Na presente data, a Autoridade Policial atravessa ofício (f. 143-5), pelo qual apresenta auto circunstanciado da medida de busca e apreensão, bem como requer a revogação das prisões temporárias acima. Diante do requerimento da Autoridade Policial, revogo as prisões temporárias dos representados Felipe Uchoas Barão, Matheus Henrique de Oliveira Moraes, Dorvaci Nogueira Bezerra e Matheus Pereira Fernandes. Expeçam-se os alvarás de soltura clausulados."

Impende mencionar que o Ministério Público Estadual não se insurgiu contra a soltura dos pacientes.

Assim, é possível concluir que, ao tempo da prisão temporária, não foi apontada a necessidade de convertê-la em preventiva. Ao contrário, os pacientes foram colocados em liberdade antes do termo final da prisão temporária.

Analisando a ação penal originária (autos 0011497-37.2019.8.12.0001), observa-se que, ao oferecer a denúncia, em 18.10.2019, o representante do Ministério Público Estadual **não** representou pela prisão preventiva dos pacientes.

Ainda, denota-se que aqueles foram citados pessoalmente (265 e 296) e apresentaram defesas prévias (267-270 e 316-319).

Somente em 18.01.2021, o representante do Ministério Público Estadual representou pela decretação da suspensão do processo e do prazo prescricional, produção antecipada de provas e prisão preventiva dos acusados Matheus e Weuller (f. 448-54). Também pugnou pela citação por edital de Felipe Uchôas Barão e pela decretação da prisão preventiva de Felipe, Dorvaci Nogueira Bezerra, Mailson Pereira Meaurio e Matheus Henrique de Oliveira Moraes, sendo tais pedidos deferidos pelo julgador de primeira instância.

Porém, especificamente quanto aos pacientes, não foram indicados fatos novos aptos a justificar a prisão preventiva. Afinal, como consta da decisão acima reproduzida, o julgador de primeira instância fez referência à gravidade concreta do supostos crimes e dos indícios apontando que os pacientes integram organização criminosa *"extremamente capilarizada, hierarquizada e perigosa, de modo que o depoimento de eventuais testemunhas pode restar comprometido caso eles permaneçam em liberdade"*.

Contudo, tais fundamentos fazem referência a fatos que já eram conhecidos pelo titular da ação penal e pelo magistrado a quo desde a investigação. No entanto, àquela época não foi vislumbrada a necessidade da prisão preventiva dos pacientes para resguardar a ordem pública.

Assim, sem a indicação de fato novo relevante, não se mostra lícita a decretação da prisão preventiva, notadamente porque os pacientes as informações até o momento apuradas indicam que os pacientes não criaram nenhum obstáculo ao regular tramite processual.

Dessa forma, a decisão que decretou a prisão preventiva dos pacientes não merece subsistir, em atenção à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a urgência intrínseca às cautelares, notadamente à prisão processual, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende com a prisão evitar (STJ, HC 214921/PA – 6ª T – unânime – Rel. Min. Nefi Cordeiro – DJe 25/3/2015; HC n. 318702/MG – 5ª T – unânime – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJe 13/10/2015).

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente firmado compreensão no sentido de que "a prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF). Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime." (HC 640.153/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021, dentre outros).

No caso, a decretação da custódia cautelar dos pacientes, com fundamento em fatos já conhecidos pelo membros do Ministério Público e Poder Judiciário Estaduais de primeira instância há mais de dois anos sem que resultassem em prisão àquela época, somada à ausência de qualquer fundamento concreto sobre o risco atual que o estado de liberdade dos pacientes possa causar, recomenda a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares menos gravosas, sobretudo diante da situação de pandemia pela Covid-19, em que é preciso reduzir os fatores de propagação e aglomerações nas unidades prisionais.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de conceder parcialmente a ordem em favor Dorvaci Nogueira Bezerra e Mailson Pereira Meaurio a fim de substituir as respectivas prisões preventivas decretada nos autos n. 0011497-37.2019.8.12.0001 por medidas cautelares diversas da prisão, assim estabelecidas: a) comunicar ao juízo competente eventual mudança de endereço; e b) não se ausentar da comarca por mais de 08 dias sem prévia autorização judicial, sob pena de revogação da liberdade ora concedida.

Prevalecendo este voto, comunique-se com urgência ao magistrado a quo para cumprimento ou, se os pacientes estiverem presos, expeçam-se alvarás de soltura clausulados, colocando-os em liberdade salvo se por outro motivo não estiverem presos.

Decisão em parte com o parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal)

O Relator, Des. Ruy Celso, encaminhou voto no sentido de conceder parcialmente a ordem em favor Dovarci Nogueira Bezerra e Mailson Pereira Meaurio a fim de substituir as respectivas prisões preventivas decretada nos autos n. 0011497-37.2019.8.12.0001 por medidas cautelares diversas da prisão, mediante as seguintes condições, assim estabelecidas: a) comunicar ao juízo competente eventual mudança de endereço; e b) não se ausentar da comarca por mais de 08 dias sem prévia autorização judicial, sob pena de revogação da liberdade ora concedida.

Em consulta ao sistema SAJ de primeiro grau – autos n.º 0011497-37.2019, verifica-se que os pacientes foram denunciados pela suposta prática dos crimes de homicídio qualificado, cárcere privado, por integrar

organização criminosa, todos previstos no artigo 121, § 2°, inciso I, art. 148, ambos do Código Penal e art. 2º da Lei 12.850/13.

Com efeito, verifica-se que, foi oferecida e recebida a denúncia, sem requerimento para a decretação da prisão preventiva. Pelo que consta os pacientes foram presos temporariamente, com a posterior revogação dessa prisão, sem a sua conversão em prisão preventiva.

Constata-se ainda que os pacientes foram regularmente citados, apresentado defesa prévia, estando o processo ainda em fase de citação dos demais acusados que não foram encontrados para a citação pessoal.

Ocorre que, com relação aos outros acusados, o Ministério Público Estadual formulou pedido de suspensão do processo e do prazo prescricional, com representação da prisão preventiva desses denunciados.

Não de olvide que, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, diante da prova da existência do crime e indício suficiente de autoria ou perigo de liberdade do acusado.

Contudo, no presente caso, ainda que comprovada a existência do crime, presentes os indícios de autoria, os pacientes não estavam presos preventivamente. Inexistem fatos contemporâneos e concretos à decisão que a decretou a justificar a prisão preventiva após dois anos após os fatos.

Bem se sabe que a alusão genérica sobre a gravidade do crime não constitui fato idôneo a autorizar a prisão preventiva, sobretudo nas condições fáticas constantes dos autos.

A excepcionalidade da prisão preventiva, no caso, diante das peculiaridades do caso concreto, desautoriza a prisão preventiva e possibilita a adoção de medidas cautelares alternativas, como feito pelo Relator.

A propósito, a tese 11, da Jurisprudência em tese do STJ: *"a prisão cautelar deve ser fundamentada em elementos concretos que justifiquem, efetivamente, sua necessidade."*

No caso, o Magistrado da origem, decretou a prisão preventiva dos pacientes, por representação do Ministério Público Estadual, requerida somente agora em 18 de janeiro de 2021, com os seguintes fundamentos:

> *"Por fim, o Ministério Público Estadual representa pela decretação da prisão preventiva em desfavor de Mailson Pereira Meaurio, Dorvaci Nogueira Bezerra e Matheus Henrique de Oliveira Moraes. Para a aplicação da prisão cautelar devem estar presentes os seguintes pressupostos: "fumus delicti" (materialidade dos fatos e indícios suficientes de autoria) e "periculum libertatis" (perigo de permanecer solto). Presente está o pressuposto "fumus delecti".*
>
> *A materialidade e autoria do delito apurado nestes autos encontra-se estampada nos termos da denúncia de f. 01/07.*
>
> *In casu, tem-se que a prisão preventiva do representado se faz necessária para assegurar a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a futura aplicação da lei penal.*
>
> *Portanto, considerando que a prisão preventiva é decretada com o intuito de "impedir que o agente, em liberdade, alicie testemunhas, forge provas, destrua ou oculte elementos que possam servir de base à futura condenação", é notória a necessidade da segregação cautelar do representado como garantia da instrução processual.*
>
> *Ainda, há que salientar, que para evitar que os representados se afastem do distrito de culpa e venham a impedir a execução da pena imposta em eventual sentença condenatória, faz-se necessária a segregação cautelar como forma de garantir a futura aplicação da lei penal.*

Da mesma forma, importante ressaltar que a garantia da ordem pública deve ser assegurada, eis que os fatos são graves, bem como para evitar que os réus não pratiquem outros delitos semelhantes contra a sociedade, de forma a garantir a ordem pública.

Assim está também presente o segundo pressuposto caracterizador da prisão cautelar, qual seja: "periculum libertatis".

Portanto, havendo prova da existência do crime, bem como, indícios suficientes de autoria, esta representante do Ministério Público Estadual requer que seja decretada a prisão preventiva de Mailson Pereira Meaurio, Dorvaci Nogueira Bezerra e Matheus Henrique de Oliveira Moraes, nos termos do artigo 311 e 312 (conveniência da instrução processual, bem como para assegurar aplicação da lei penal e a ordem pública) do Código de Processo Penal."

Não se olvide da gravidade dos crimes praticados.

Porém, a excepcionalidade da prisão preventiva e as peculiaridades do caso concreto, acima já constatadas, desautorizam a prisão preventiva e possibilita a adoção de medidas cautelares alternativas.

Diante das peculiaridades do caso em julgamento, com os acréscimos e ressalvas acima, acompanho o relator.

É como voto.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, concederam parcialmente a ordem, com ressalvas do 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 23 de março de 2021.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0000759-27.2016.8.12.0055 - Sonora

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PARCIAL CONHECIMENTO – PEDIDO DE MANUTENÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ARTIGO 61 DA L.C.P. – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – PRELIMINARES – VIOLAÇÃO À CADEIA DE PROVAS – REJEITADA – INOBSERVÂNCIA DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E SENTENÇA – INOCORRÊNCIA – PRELIMINARES REJEITADAS – MÉRITO – ASSSÉDIO SEXUAL (ART. 216-A DO CP) – AMEAÇA (ART. 147, CP) – EXPLORAÇÃO SEXUAL (ART. 218-B, §2º, I, DO CP) – ABSOLVIÇÃO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E ATIPICIDADE – IMPOSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – NÃO CABIMENTO – REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – INVIABILIDADE – ÓBICE NA SÚMULA 231, STJ – SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – INDEVIDO – RECURSO DESPROVIDO.

I - Tendo sido extinta a punibilidade por ter o delito sido sufragado pela ocorrência da prescrição (art. 107, IV, c/c 114, I, ambos do CP), não se conhece dele uma vez que latente a ausência de interesse recursal, a medida em que não há recurso ministerial que avalize a reforma da sentença neste aspecto, até porque vedado o *reformatio in pejus*.

II - Não há se falar em violação à cadeia de provas, ainda que anterior à Lei n. 13.964, de 2019, quando o caminho percorrido pela prova até o magistrado se encontra devidamente catalogado nos autos, sem demonstração de prejuízo – com supedâneo do princípio *pas de nullité sans grief,* incluso no artigo 563 do Código de Processo Penal – ante ao reconhecimento, ainda que parcial, pelo interrogado dos áudios, mormente o ônus do *Parquet* é certo, mas o da defesa, a medida de seus interesses de defesa, também o é (art. 156, CPP).

III - No caso concreto, não ofende o princípio da correlação entre a acusação e sentença, muito menos os princípios do contraditório e da ampla defesa, já que é firme o entendimento de que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da imputação legal, em atenção ao '*iura novit curia'* e ao '*da mihi factum, dabo tibi ius'*.

IV - Incabível falar-se em atipicidade das condutas perpetrados pelo agente ou absolvição por insuficiência de provas quando os elementos de convicção carreados aos autos, em especial à palavra da vítima amparadas por outras provas, são robustos em demonstrar a materialidade e a autoria do apelante.

V - É suficiente a presença de uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis, devidamente fundamentada, para que a pena-base seja fixada acima do patamar mínimo legal, cuja exasperação não possui critério matemático ou engessado desde que devidamente motivado pelo magistrado com vistas à necessária repressão ao ilícito.

VI - Quando incidentes atenuantes na segunda fase da dosimetria, tal não pode conduzir a pena aquém do mínimo legal, por encontrar óbice à súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

VII - Consoante os requisitos autorizadores constantes nos incisos do artigo 77 do Código Penal, não foram satisfatoriamente preenchidos pelo apelante, pelo o que não há que se falar suspensão condicional da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, negaram provimento ao recurso nos termos do Relator, Des. Zaloar Murat Martins de Souza, e sob as ressalvas do Revisor, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 8 de abril de 2021

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Trata-se de apelação criminal interposta por L.C.P. em face da sentença de p. 374-414, que o condenou, pela prática das infrações previstas nos artigos 216-A, 147 e 218-B, *caput*, na forma tentada (art. 14, II, CP), em concurso material, extinguindo ainda a sua punibilidade em relação ao art. 61, do Dec.-Lei n. 3.688/41 em razão da prescrição, às penas de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto.

Em razões recursais, às p. 439-474, preliminarmente, requer o reconhecimento de nulidade pela violação da cadeia de custódia da prova (art. 564, IV, c/c art. 158 e ss. todos do CPP) além de violação ao princípio da correlação entre imputação e sentença (arts. 41, 383 e 564, IV, todos também do CPP). No mérito, requer sua absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII, CPP) ou ainda, para os crimes 216-A e 218-B, ambos do CP, por atipicidade da conduta (386, III, CPP). Ainda, requer a manutenção da contravenção penal importunação ofensiva ao pudor que teve sua punibilidade extinta pela prescrição.

Subsidiariamente, pela redução da pena aplicada, em decorrência do decote da circunstância judicial da culpabilidade e redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria pela incidência das atenuantes, como também pela substituição das penas (art. 44, CP) por restritivas de direitos ou suspensão condicional da pena (art. 77, CP). Ao final, elabora prequestionamentos.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões às p. 481-509, pugna pela rejeição de ambas as preliminares, bem como, no mérito, que seja o recurso totalmente improvido. Prequestiona a matéria.

O Procurador de Justiça oficiante no presente feito, em parecer às p. 514-556, opina pelo não reconhecimento das preliminares aventadas e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso defensivo, tão somente para reduzir a pena-base aplicada ao crime de assédio sexual. Prequestiona a matéria em caso de provimento em maior extensão.

É o relatório.

VOTO(EM 25/03/2021)

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza - (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por L.C.P. em face da sentença de p. 374-414, que o condenou às penas de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, pela prática das infrações previstas no artigos 216-A, 147 e 218-B, *caput*, na forma tentada (art. 14, II, CP), em concurso material, extinguindo ainda a sua punibilidade em relação ao artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41 em razão da prescrição.

Em vista das particularidades levantadas no apelo, narra-se o exposto na denúncia de p. 02-08:

"(...)

DAS CONDUTAS DELITIVAS

1ª Imputação: Assédio Sexual – art. 216-A do Código Penal (Vítima L.P.F.)

Consta do Incluso inquérito policial que, no dia 04 de março de 2016, por volta das 13h15min, na Avenida do Povo, nº 1211, Centro, no estabelecimento comercial "S.M.C.", nessa cidade de Sonora, o denunciado ***L.C.P.,*** *ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta,* ***constrangeu*** *L.P.F. com o intuito de obter vantagem ou* ***favorecimento sexual,*** *prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.*

Extrai-se dos autos que o denunciado ***L.C.P.*** *é proprietário e administrador do estabelecimento comercial "S.M.C." onde L.P.F. trabalhava como auxiliar administrativo (cópia da CTPS, fls. 30/31).*

No dia 28 de fevereiro de 2016, o denunciado convidou a vítima L.P.F. para ir à sua chácara localizada na região pantaneira deste município. O denunciado é proprietário de uma granja, desta forma, chamou a vítima para ajudá-lo a carregar frangos. Esta, com receio de ser perseguida pelo patrão, acabou aceitando a proposta.

Ocorre que, no trajeto de ida à chácara, o denunciado tentou manter contato íntimo com L.P.F., passando as mãos sobre as pernas deste ao tempo em que fazia propostas sexuais de cunho homossexual. Já no imóvel, ***L.C.P.*** *chamou L.P.F. para ir até um quarto, onde iria mostrar-lhe algo. Quando jovem adentrou, o denunciado trancou a porta, retirou seu órgão genital para fora da calça e começou a manejar uma "****bomba peniana****", dizendo: "****Isso aqui vai te ajudar! Você deve estar com vergonha porque seu pau é pequeno"****. Vendo que a vítima estava desesperada e implorando para ir embora,* ***L.C.P.*** *decidiu recompor-se.* ***Antes, porém, o réu ameaçou a vítima dizendo que, se ela revelasse os segredos, teria que ser enforcada.***

Retornando à cidade, a vítima guiava a caminhonete do patrão, momento em que este colocou a mão por debaixo da bermuda e da cueca de L.P.F., e começou a masturbar a vítima, dizendo: ***"E se uma mulher fizesse isso?!"****. Apavorado com a situação, a vítima tentava tirar a força a mão do denunciado, momento em que percebeu que o pênis de* ***L.C.P.*** *estava ereto e para fora da calça. Com certo esforço físico, conseguiu se desvencilhar do denunciado.*

A insistência imponente do réu, bem como a ameaça dirigida à vítima demonstram que o denunciado coagiu L.P.F. a manter contato sexual, prevalecendo-se de sua ascendência em razão de ser empregador.

O trauma psicológico ficou relatado no Laudo de fl. 20.

2ª Imputação: Importunação ofensiva ao pudor – Art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Vítima L.P.F.)

É dos autos, também, que o denunciado ***L.C.P.,*** *no período de cerca de uma ano, prazo no qual a vítima trabalhou na S.M.C. (março de 2015 a março de 2016), ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, importunou L.P.F. em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor.*

Segundo consta nos autos, frequentemente o denunciado importunava a vítima, de forma ofensiva ao seu pudor, tanto em local ermo quanto em público, na presença de outros funcionários da loja de materiais de construção, ou na presença de funcionários do escritório de contabilidade de propriedade do denunciado. A vítima era abordada pelo denunciado ***L.C.P.****, que, dentro outras condutas, importunou com os seguintes dizeres:* ***"E aí? Quando vamos na chácara dormir pelados juntos:. "Que dia vamos pescar? "Lá tem uma barraca para dormirmos juntos", "Você aguenta esse aqui?", "Que tamanho é seu pinto, Gordão?",***

***"Você não sabe como é bom boquete de um homem", "Se você quiser meu amigo... se você precisar de qualquer coisa, material ou financeiro, pode contar comigo", "Se você quiser eu te dou um beijo e você melhora", Se você quiser , depois faço uma massagem em você"**, etc.*

O réu também mostrou fotos e vídeos de sexo à vítima.

As condutas do réu foram aptas a causar abalo psicológico á vítima – laudo de fl. 20.

3ª Imputação: Ameaça – Art. 147 do Código Penal (Vítima L.P.F.).

*O denunciado **L.C.P.,** ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, ameaçou a vítima L.P.F. por palavra, de causar-lhe mal injusto e grave.*

*Conforme restou apurado, o denunciado **L.C.P.**, nos dias seguintes ao assédio e a importunação, a vítima foi trabalhar, mas estava em estado de pânico quando o patrão chegava. Com isso, **L.C.P.** lhe disse: "**uma amizade assim dura até que o outro faça uma cagada".** O que aterrorizou a vítima, que entendeu a fala como uma ameaça.*

O trauma psicológico ficou relatado no Laudo de fl. 20

4ª Imputação: Exploração sexual – Art. 218-B, §2º, inc. "I" do Código Penal (Vítima **)***

*Com o decorrer das investigações ficou constatado que entre o final do ano de 2015 e início de 2016, em sua chácara localizada na região pantaneira desta cidade, o **L.C.P.**, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, **praticou ato libidinoso** com a vítima *****, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos, **submetendo à exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos.***

*Segundo consta, à época dos fatos o adolescente possuía 14 (cartorze) anos (fl. 103) e trabalhou junto com seu pai em uma obra na chácara do denunciado. Ocorre que, por várias vezes, quando o pai da vítima estava distante, o denunciado **L.C.P.** a chamava para ir à beira do rio para fazerem "masturbação mútua", dizendo: "**Vamos lá besta! Lá em Sonora levo você numa loja e escolhe um celular pra você.".***

Consta, também, que, quando iam ao rio, o denunciado tomava banho nu, oportunidade em que aproveitava que a vítima estava segurando, com as duas mãos, uma armadilha de peixes, para manipular o órgão genital desta.

*É dos autos, ainda, que o denunciado **L.C.P.**, quando tinha oportunidade, sempre passava a mão no órgão genital do adolescente e pedia para vê-lo. Certa vez, a vítima flagrou o denunciado vigiando-o enquanto tomava banho. Frequentemente ***** era abordado pelo denunciado, o qual mostrava vídeos pornográficos ao adolescente, solicitando que este mostrasse seu pênis **"para ver se estava duro".***

*Além disso, utilizando do mesmo modus operandi utilizando com a vítima L.P.F., o denunciado **L.C.P.,** que era amigo da família de *****, chamou este para que levassem alguns pintinhos (frangos) até a chácara.*

*Já na chácara, dentro do quarto, o denunciado **L.C.P.** tomou banho e deitou-se na cama e começou a mostrar ao adolescente "posições de sexo", as quais, segundo ele o jovem **"deveria saber para não machucar o útero da mulher quando casasse".** Deitou várias vezes sobre o adolescente, contra a sua vontade.*

*No Laudo Pericial de fls 112/122, concluiu que no notebook de uso pessoal do denunciado existiam várias "**fotos, contendo indivíduos nus, indivíduos seminus e praticando sexo".** (...)" (Destacou-se).*

Em razões recursais, às p. 439-474, preliminarmente, requer o reconhecimento de nulidade pela violação da cadeia de custódia da prova (art. 564, IV, c/c art. 158 e ss., todos do CPP) além de violação ao princípio da correlação entre imputação e sentença (arts. 41, 383 e 564, IV, todos também do CPP). No mérito, requer sua absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII, CPP) ou ainda, para os crimes do artigo 216-A e 218-B, ambos do Código Penal, por atipicidade da conduta (art. 386, III, CPP). Ainda, requer a manutenção da sentença no que diz respeito à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor que teve sua punibilidade extinta pela prescrição.

Subsidiariamente, pela redução da pena aplicada, em decorrência do decote da circunstância judicial da culpabilidade e redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria pela incidência das atenuantes, como também pela substituição das penas (art. 44, CP) por restritivas de direitos ou suspensão condicional da pena (art. 77, CP). Ao final, elabora prequestionamentos.

Pois bem.

Dado que o requerente constou expressamente o pedido para a manutenção da sentença em relação à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 da L.C.P., cuja punibilidade fora extinta por ter sido atingida pela prescrição (art. 107, IV, c/c 114, I, ambos do CP), não o conheço uma vez que latente a ausência de interesse recursal, a medida em que não há recurso ministerial que avalize a reforma da sentença neste aspecto, até porque vedado o *reformatio in pejus*.

O Código de Processo Penal é claro neste sentido, uma vez que o parágrafo único do artigo 577 prescreve que "n*ão se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.*".

Nesse ínterim, "*conforme leciona o parágrafo único do art. 577 do Código de Processo Penal, não se admitirá recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão singular, devendo-se alçar às instâncias superiores somente insurgências que possam acarretar com o seu provimento, algum benefício ao apelante. Ademais, "recorrer por recorrer é algo inútil, constitutivo de obstáculo à economia processual, além do que o Judiciário é voltado à solução de conflitos e não simplesmente a proferir consultas ou esclarecer questões puramente acadêmicas" (NUCCI. Guilherme de Souza, Código de processual penal comentado, 6. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 891) (TJ-SC - ACR: 501417 SC 2007.050141-7, Relator: Salete Silva Sommariva, Data de Julgamento: 01/04/2009, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal (Réu Preso) n., de Santo Amaro da Imperatriz).*

A propósito:

Ausência de interesse recursal quanto ao pedido de reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, porquanto já aplicadas na sentença de primeiro grau. (Apelação Criminal 0001237-08.2013.8.12.0001, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, 3ª Câmara Criminal, data do julgamento 30/07/2015)

Configuram falta de interesse recursal os pedidos pertinentes à redução da pena-base ao mínimo legal e reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, quando já concedidos pelo magistrado da origem. (Apelação Criminal nº 0031360-23.2012.8.12.0001, Relator. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, data do julgamento: 23/07/2015)

Portanto, inviável o conhecimento do recurso defensivo neste aspecto.

I. Preliminares

I.1. Violação da cadeia de custódia da prova (art. 564, IV, c/c art. 158 e ss., todos do CPP)

Ab initio, deve-se deixar claro que a alteração sobre as quais permeiam maior parte das premissas do apelante foi dada pela Lei n. 13.964, de 2019, isto é, posterior aos fatos e procedimentos discutidos. A

par disso, em relação às implementações dispositivas específicas, ficam superadas pela máxima *tempus regit actum* do direito processual penal, eis que estamos lidando com custódia de prova em meados de 2016.

Não obstante isso, como já declinado nestes mesmos autos, há excerto de Tribunal Superior reconhecendo vícios pela má condução ou custódia na cadeia de provas, reconhecendo o instituto da cadeia de custódia e a inadmissibilidade da prova em caso de sua quebra, como, *p.e.*, HC 160.992/RJ, RHC 59.414/SP e RHC 77.836/PA.

Seguindo a análise, impõe registrar, em relação a este último (STJ, Quinta Turma, RHC 77.836/PA, j. 05/02/2019), que foi o qual se pôs uma pá de cal que a cadeia de custódia da prova consiste no caminho que deve ser percorrido pela prova até a sua apreciação pelo juízo, motivo pelo qual qualquer interferência indevida durante esse percurso processual pode resultar na sua imprestabilidade.

Em outras palavras, valendo-se da definição legal, ressalvada as premissas estabelecidas alhures, apenas para correta compreensão sobre o assunto, tem-se que "*considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte*" (*caput* do art. 158 do CPP, incluído pela Lei n. 13.964, de 2019).

Compulsando os autos, a comunicação dos fatos se deu em 04/03/2016 (Boletim de Ocorrência n. 125/2016 – p. 12); a declaração da vítima informando sobre as gravações do celular foi em 10/03/2016, p. 20-21; o Relatório de Análise de Áudios é datado de 24/03/2016, p. 29/30; Auto de Apreensão do CD-ROM, contendo os áudios em mídia de 06/04/2016, p. 40; Laudo Pericial n. 7.408 (exame de degravação), p. 76-81, indicam o registro do percurso da prova, desde o levantamento das informações constantes no aparelho celular, até a elaboração do laudo pericial (degravação).

Inclusive, em relação ao Relatório de Análise de Áudios, diversamente do que alega o apelante, consta que foi realizada "*a análise integral dos áudios apresentados pela vítima no BO 124/16*" e ainda "*que foram captados por aparelho não profissional (aparelho celular)*", cuja análise permitiria indicar que há trechos em que seria "*possível realizar a degravação pericial*" – o que de fato, posteriormente, foi feito.

Em relação à "dúvida" implantada pela defesa, A UM, é de se considerar que tal só foi mencionada pela defesa em sede de memoriais, p. 339-362, o que inclina pela utilização de sua própria torpeza, já que em sede de resposta à acusação (p. 203-204), nada requereu.

Logo, conforme se verificará adiante, o interesse do recorrente só existiu quando, diante do interrogatório judicial, restou parcialmente reconhecida a veracidade das declarações degravadas da mídia, não tendo sido feito nenhum outro requerimento nas atas de audiência (p. 286; 295-296). O ônus do *Parquet* é certo, mas o da defesa, a medida de seus interesses de defesa, também o é (art. 156, CPP).

Deveras, consoante sedimentado pelas Cortes Superiores[1], mostra-se desnecessária a realização genérica de perícia de voz nas gravações ambientais ou transcrição integral dos diálogos, salvo quando houver dúvida plausível que justifique a medida, não sendo esta a hipótese do caso concreto.

Isso porque, em determinado momento de seu interrogatório judicial, o próprio apelante reconheceu parte dos diálogos combatidos na peça recursal, sem porém, especificar quais partes.

A dois, é de se considerar que para o reconhecimento da declinada nulidade também é necessário a demonstração de prejuízo – com supedâneo do princípio *pas de nullité sans grief,* incluso no artigo 563 do Código de Processo Penal –, o que não parece razoável, até porque, como se denota da sentença prolatada os áudios não foram os únicos elementos de formação de convencimento do magistrado para condenação e,

1 Vide: AgInt-AREsp 332.524; Rel. Min. Napoleão MAIA; DJE 16/06/2020, HC 343.799/RO, Rel. Min. NEFI Cordeiro, DJe 28.3.16; HC 271.687/SP, Rel. Min. Jorge MUSSI, DJe 14.5.14; HC 258.763/SP, Rel. Ministra Maria THEREZA DE Assis MOURA, DJe 21.8.14; HC 242.819/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 10.4.14.

mesmo considerando especificamente o questionamento quanto à identificação dos interlocutores, estes foram possíveis mediante o cotejo de todo o arcabouço probatório constante nos autos.

Neste sentido caminham as mais balizadas jurisprudências das mais e. Cortes:

> *1. Não se nega que o Juízo da Vara Única da Comarca de Boqueirão/PB não andou na melhor trilha processual quando intimou o Parquet estadual para ratificar a denúncia apresentada em grau superior e não fez o mesmo em relação à defesa do acusado por força do par conditio, desprestigiando, assim, o postulado constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV). 2. Todavia, além da arguição opportune tempore da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo concreto é igualmente essencial para seu reconhecimento, de acordo com o princípio do pas de nullité sans grief, presente no art. 563 do Código de Processo Penal (v.g. AP 481 EI-ED/PA, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 12/8/14), o que não ocorreu na espécie.*
>
> *(RHC 138.752, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 4-4-2017, DJE 143 de 27-4-2017.)*
>
> *(...) É desnecessária a realização de perícia de voz para identificação de vozes captadas em interceptação telefônica, dado que não há previsão para tal perícia na Lei 9.296/96,* ***tanto mais quando a identidade dos comunicantes pode ser aferida por outros meios de prova.*** *Precedentes: AgRg no HC 445.823/PR, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, QUINTA TURMA julgado em 16/08/2018, DJe 21/08/2018; HC 453.357/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018; AGRG no AREsp 961.497/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018; HC 274.969/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 23/04/2014.* ***4. In casu, a decisão que indeferiu o pedido de perícia de voz deixou claro que o fazia porque a interceptação telefônica constituía apenas um entre outros elementos do conjunto probatório que pesavam contra o réu, como é o exemplo do depoimento de sua esposa, no qual confessa que, mesmo preso, ele fazia uso de uma linha telefônica e permanecia controlando, com sua ajuda, a conta bancária e os recursos utilizados pela associação no tráfico de drogas.*** *5. Revisão criminal julgada improcedente. (STJ – RvCr: 4565 DF 2018/0259829-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 24/04/2019, S3 – Terceira SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 15/05/2019)*
>
> *APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – RECURSOS DEFENSIVOS: PERÍCIA FONOGRÁFICA DESNECESSÁRIA – OUTROS ELEMENTOS DE PROVA [...] RECURSOS NÃO PROVIDOS.*
>
> *(...)*
>
> *É questão assente pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a inexigibilidade da perícia fonográfica. A comprovação da identidade das vozes se faz pelo cotejo de outros elementos probatórios, sendo totalmente desnecessária a produção de perícia para tanto. (...) (TJMS – APR: 00012871420168120006 MS 0001287-14.2016.8.12.0006, Relator: Juiz Lúcio R. da Silveira, J. 17/07/2019, 1ª Câmara Criminal, P.: 18/07/2019)*

Assim, considerando que os argumentos trazidos pelo recorrente não são hábeis a dar guarida à sua arguição de nulidade, ei por bem rejeitá-la.

Além disso, assegurando a regularidade do feito, indefiro os requerimentos de produção de provas elaborados na peça de interposição do recurso de apelação (p. 427-428), eis que, além de precluso – já que tais provas não foram direcionadas ao juízo durante a instrução probatória –, para a análise das razões recursais, não se mostram imprescindíveis para a convicção deste Julgador (art. 616, CPP, c/c art. 138, XXII, RITJMS), conforme se demonstrou em linhas pretéritas.

I.2. Violação ao princípio da correlação entre imputação e sentença (arts. 41, 383 e 564, IV, todos do CPP)

Para a resolução da presente questão, assim como de todos os éditos condenatórios, por óbvio, se faz imprescindível a avaliação do contido na denúncia – já transcrita alhures – e sentença, a qual, por oportuno, reproduz-se somente em relação ao trecho que recairá esta preliminar:

> *"Dessa forma, em que pese o esforço da defesa e a negativa do réu, é forçoso concluir que o acusado ameaçou causar mal injusto e grave à vítima L.P.F. dizendo que 'uma amizade assim, dura até que o outro faça uma cagada' e que 'se ele revelasse os segredos teria que ser enforcado'".*
>
> *Ressalte-se que embora a conduta exteriorizada por essa última frase (se ele revelasse os segredos teria que ser enforcado) não tenha sido capitulada pelo Ministério Público como ameaça, a denúncia narrou com precisão o fato (f. 4), permitindo-se o efetivo exercício do direito de defesa do réu".*

Com efeito, indubitável concluir que o fato pelo qual o juízo contornou sua análise estava claramente descrito na peça inicial acusatória (p. 04, linhas 1, 2 e 3), malgrado estar descrito no tópico referente à narrativa do assédio sexual – vale asseverar que o emprego desta ameaça não é elementar do tipo penal do artigo 216 do Código Penal.

Não se objetivando exaurir a avaliação que se fará no mérito, com um simples alçar de olhos nos autos conclui-se que, além de sua vantagem de superioridade na relação trabalhista e o sofrimento impingido à vítima, é crível que se valesse de ameaças para garantir o êxito de suas infrações penais sexuais - aliás, tenho que esse é o principal fato que a defesa deveria ter se empenhado em relação à ameaça, já que a denúncia ficou clara ao narrar o momento em que ocorreu a ameaça ou o que a desencadeou.

Neste ínterim, quando descrevendo os fatos relativos ao assédio sofrido na chácara, o *Parquet* fez assim constar na peça vestibular (p. 03-04) "*vendo que a vítima estava desesperada e implorando para irem embora, **L.C.P.** decidiu recompor-se. **Antes, porém, o réu ameaçou a vítima dizendo que, se ela revelasse os seus segredos, teria que ser enforcada**"* – há grifos diversos do original.

Adiante, no tópico relativo à ameaça propriamente, deixou indene de dúvidas quando narrou (p. 05-06) o seguinte "***nos dias seguintes ao assédio e a importunação, a vítima foi trabalhar**, mas entrava em estado de pânico quando o patrão chegava. Com isso, **L.C.P.** lhe disse: "**uma amizade assim dura até que o outro faça uma cagada**", **o que aterrorizou a vítima, que entendeu a fala com uma ameaça**"*.

Ora, não se apresenta outra narrativa fática, avaliada em sentença, senão a de que a ameaça proferida logo após o assédio sofrido (p. 03-04) só foi tomar forma na oportunidade desta última (p. 05-06), quando enfim o autor se sentiu aterrorizado.

No caso concreto, não ofende o princípio da correlação entre a acusação e sentença, muito menos os princípios do contraditório e da ampla defesa, já que é firme o entendimento de que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da imputação legal, em atenção ao '*iura novit curia'* e ao '*da mihi factum, dabo tibi ius'*.

Nestas premissas, com razão, ponderou o magistrado:

> *"**Assim, é possível a condenação do réu pelo crime de ameaça em razão da frase acima proferida, tendo em vista que ele se defende dos fatos narrados na denúncia e não de sua capitulação jurídica**, conforme art. 383 do Código de Processo Penal: o juiz, sem modificar a descrição do fato contido na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave." (Destacou-se).*

Destarte, de igual sorte, não merece guarida o intento preliminar do recorrente, de modo que também é rejeitado.

II. Mérito (da absolvição)

Rememorando os pleitos, pretende o apelante, no mérito, a sua absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII, CPP) ou ainda, para os crimes 216-A e 218-B, ambos do Código Penal, por atipicidade da conduta (art. 386, III, CPP). Subsidiariamente, pela redução da pena aplicada, em decorrência do decote da circunstância judicial da culpabilidade e redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria pela incidência das atenuantes, como também pela substituição das penas (art. 44, CP) por restritivas de direitos ou suspensão condicional da pena (art. 77, CP).

Os crimes são:

> *Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)*
>
> *Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)*

Segundo o qual, de acordo com o preceito primário do tipo penal, possui como sujeito ativo o superior hierárquico ou ascendente em relação de emprego, cargo ou função e sujeito passivo o subalterno (ou subordinado) do autor.

De acordo com Sanches[2]: *"a ação típica consiste em constranger alguém com o intuito de obter a vantagem ou favor sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência (condição de mando) inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. É, em resumo, a insistência importuna de alguém em posição privilegiada, que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de um subalterno"*.

Quanto ao crime de ameaça previsto no artigo 147 do Código Penal, tem como pressupostos essenciais para sua configuração a injustiça e a gravidade do mal prometido.

Transcreve-se, por oportuno, o artigo em epígrafe:

> *Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave".*

Quanto ao tema, a doutrina de Celso Delmanto é esclarecedora e merece transcrição:

> *"Tipo Objetivo: Ameaçar significa procurar intimidar, prometer malefício. Os meios que a lei enumera alcançam, praticamente, todas as formas (oral, escrita, mímica e simbólica). O mal que se prenuncia deve ser injusto e grave (se for justo, ou não for grave, inexistirá o crime). Predomina – a nosso ver acertadamente – o entendimento de que a ameaça precisa ser idônea e séria; daí as decisões no sentido de que o delito não se configura quando a ameaça é feita: a. Em momento de cólera, revolta ou ira; b. em estado de embriaguez; c. quando a vítima não lhe dá maior crédito. Como escreve Agnes Cretella, a ameaça deve ser 'realizável, verossímil e não fantástica ou impossível' ('Ameaça'. RT 470/301). Há, também, forte corrente no sentido de que o mal prometido precisa ser futuro e não atual.*
>
> *Tipo Objetivo: O dolo, isto é, a vontade livre e consciente de intimidar; finalidade esta que alguns autores vêem como elemento subjetivo do tipo. Na doutrina tradicional é o 'dolo específico'. O erro exclui o dolo, como quando o agente pensa que é lícito praticar o mal prometido."*[3]

Aliás, para configurar o delito em tela *é indispensável que o ofendido efetivamente se sinta ameaçado, acreditando que algo de mal lhe pode acontecer; por pior que seja a intimidação, se ela não for levada a sério*

2 SANCHES CUNHA, Rogério. Código penal para concursos: CP – Salvador: 13, ed. , rev., atual. e ampl. – JusPoivm, 2020.

3 *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar / Celso Delmanto... [et al.] – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. página 527*

pelo destinatário, de modo a abalar-lhe a tranquilidade de espírito e a sensação de segurança e liberdade, não se pode ter por configurada a infração penal. Afinal, o bem jurídico protegido não foi abalado[4].

Por fim, também o crime capitulado no artigo 218-B, §2º, I, do Código Penal, *in verbis*:

> *Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*
>
> *Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*
>
> *(...)*
>
> *§ 2o Incorre nas mesmas penas: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*
>
> *I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

No Julgamento do HC 371.633/SP (j. 19/03/2019), colhe-se trecho, elucidador sobre a figura típica do inciso I do §2º do artigo 218-B do estatuto repressivo, em que o agente pode se imbuir das características de explorador e usuário de serviço de prostituição, sem que isso impeça a punição, senão, vejamos:

> *"Da leitura do referido tipo penal, verifica-se que são punidos tanto aquele que capta a vítima, inserindo-a na prostituição ou outra forma de exploração sexual (caput), como também o cliente do menor prostituído ou sexualmente explorado (§ 1º).*
>
> *Tal distinção afigura-se relevante para o deslinde do caso em apreço, uma vez que o paciente, a quem se imputou a exploração sexual dos ofendidos, também figurou como "cliente" dos menores, com eles praticando atos libidinosos.*
>
> *Nesse contexto, e, especialmente tendo em conta que houve efetivo contato físico e prática de ato de libidinagem entre o réu e os ofendidos, não há dúvidas que os fatos que lhe foram assestados enquadram-se na figura do inciso I do § 2º do artigo 218-B do Estatuto Repressivo, consoante já decidiu este Sodalício em casos semelhantes:*
>
> *(...)*
>
> *(REsp 1490891/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz,*
>
> *Sexta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 02/05/2018)*
>
> *(...)*
>
> *(RHC 65.205/RN, de minha Relatoria, Quinta Turma, julgado em*
>
> *12/04/2016, DJe 20/04/2016)*
>
> *(...)*
>
> *Esclarecida a figura típica pela qual o réu restou condenado, é necessário registrar que por meio dela se busca proteger a dignidade sexual do vulnerável, assegurando que possa se desenvolver de forma saudável, e, no momento apropriado, decidir livremente o seu comportamento sexual.*
>
> *Cumpre, então, definir quem se enquadra no conceito de vulnerável para fins de configuração do crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual.*

4 Nucci. Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 10ª edição. Editora revista dos Tribunais, p. 700.

Diferentemente do que ocorre nos artigos 217-A, 218 e 218-A do Código Penal, nos quais o legislador presumiu de forma absoluta a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos, no artigo 218-B não basta aferir a idade da vítima, devendo-se averiguar se o menor de 18 (dezoito) anos ou a pessoa enferma ou doente mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou por outra causa não pode oferecer resistência."

Posto isso, adianto que o édito condenatório deve ser mantido, senão, vejamos:

Pelas provas colhidas sob o crivo do contraditório, verifica-se ter o apelante praticado os delitos capitulados na exordial acusatória, já que a materialidade restou devidamente comprovada no Boletim de Ocorrência n. 125/2016 de p. 12, o Relatório de Análise de Áudios de p. 29-30, Auto de Apreensão do CD-ROM, contendo os áudios em mídia, de p. 40; Auto Circunstanciado de Busca e Apreensão de p. 57-59, Auto de Apreensão de p. 60-71, Laudo Pericial n. 7.408 (exame de degravação), às p. 76-81, Laudo Pericial n. 7.485 (laudo de exame em objeto) de p. 82-86, Laudo Pericial n. 124.854 RE 127.094 (exame de corpo de delito em mídia digital) de p. 125-144, além das provas orais colhidas nos autos.

A autoria é certa e recai sobre o apelante. A propósito:

Em relação aos áudios degravados, importante registrá-los:

1. ÁUDIO – DURAÇÃO 03'49" – LEGENDA: " 0:24min à 03:49min – A vítima está na chácara, e o autor usa a "bomba peniana" e oferece para a vítima.

Resumo: Gravação inicia com piados de pintinhos e batidas repetidas...talvez o uso da bomba peniana, "e você vai puxando"... este oferece para a vítima que faz exclamação de espanto, o autor oferece para a vítima "você gostou? Vai, experimenta ai", a vítima nega, o autor insisti "ué?!" e a vítima diz "não, não quero isso ai não", depois de insistir que a vítima use o objeto e esta nega várias vezes, o autor ainda insisti "não se perde a oportunidade, depois você vai se arrepender de não ter feito", "vai lá, de boa", a vítima responde "não, não quero não", "deixa de ser besta rapaz, ôchi!", "pega ai, vai lá... pode ir lá, não vou ficar te vendo não... pra você sentir se vai valer a pena você comprar ou não.", a vítima se nega, "não, não to afim não". O autor, meio entre sorriso "mas é besta mesmo, nós vinha falando sobre isso agora e o babaca..." a vítima responde ininteligível, o autor prossegue se afastando "...eu não ouvi isso, não pode...", a gravação prossegue sem detalhes.

2. ÁUDIO – DURAÇÃO 03'14" – LEGENDA: "01:46min à 03:14min – a vítima está na chácara, o autor fala sobre uma piscina, que ele possui na chácara, e comenta que tem vontade de tomar banho pelado, nesta piscina."

Resumo: Gravação inicia com piados de pintinhos. Após som de porta abrindo, o autor diz para a vítima "Alá!", e a vítima exclama rindo "Chique no úrtimo mesmo hein!", e o autor lamenta dizendo "pena que a água deve estar muito gelada, senão dava pra nóis entrar", a vítima responde "deve tá um gelo, oh, mas ficou bom, hein!", mais adiante , o autor diz que a maior "coisa que eu tenho aqui", e continua "eu tenho vontade de tomar banho pelado". Segue diálogo ininteligível e a vítima diz "você transou ai dentro já, né!", segue diálogo ininteligível e parecem adentrar em local fechado que produz eco.

3. AÚDIO – DURAÇÃO 00'22" – LEGENDA: "A vítima está no trabalho, e o autor convida a vítima para ir novamente até sua chácara"

Resumo: inicia com o autor dizendo "esconderam minha chave, você sabe que domingo nóis vem trabalhar, né". Com o início do diálogo entre autor e vítima ocorre partida em um motor, aparentemente motocicleta, o diálogo segue ininteligível.

4. AÚDIO – DURAÇÃO 00'42" – LEGENDA: "A vítima está no trabalho, e o autor fala sobre um funcionário Luander, funcionário esse que trabalha no escritório de contabilidade e é homossexual, dizendo que a vítima está traindo o com Luander"

Resumo: Autor indaga pra vítima "que traição dupla é aquela?", a vítima responde "Que traição dupla?" o autor responde explicando "Uai, você deu para ele...(ininteligível)", a vítima responde "Sai fora!". Autor pergunta "Você não tem vergonha não?", e a vítima "Tô de boa, hein!". Autor dá uma risada e diz que o Luander o chamou lá e eles transaram, a vítima nega "Sai fora rapaz!", e o autor rindo diz "Cu-ru-zes!" e dá uma gargalhada enquanto a vítima séria diz "Tô de boa hein!" O autor segue zuando com a vítima "Sei não hein! O Lulu vai te pegar!", a vítima reage "Saí, hein!" e continua o autor a zuar com a vítima.

5. AÚDIO – DURAÇÃO 03'37" – LEGENDA: "02:16min à 02:58min – A vítima está no trabalho, no caixa da loja, quando o autor faz o assédio. "

Resumo: a vítima está ao telefone e o autor fala baixo "Você não fica esperto não que eu vou man... por o doutor Ricardo no seu pé... (ininteligível)... "., a vítima ainda fala ao telefone... após a vítima atender o telefone, o autor diz "Se não arruma essa cara não que eu vou... chamar o doutor Ricardo aqui"... a gravação segue sem detalhes de interesse pericial.

6. AÚDIO – DURAÇÃO 10'45" – LEGENDA: "a vítima está no caixa da loja, e o autor faz vários assédios. "

I. 00:36min à 00:40min: Resumo: o autor parece indagar algo à vítima, esta diz que é para conferir, mas diálogo está ininteligível.

II. 06:57min à 07:06min: Resumo: o autor diz para a vítima "ai o que eu tenho... bem que você não gosta, mas... o povo gosta!"

III. 07:30min à 08:39min: Resumo: o autor fala de uma menina que estaria apaixonada por um tal Luna, mas que esse não a quer, outro diz sobre o assunto, o autor responde "e as neguinha são as mulheres mais quente que tem";

*IV. 10:19min à 10:33min: Resumo: o autor diz "eu peço as coisas e ninguém faz e depois..." segue ruídos de fundo e diálogos longe, e o autor continua "...gente manda assassinar um monte de gente ai, e fala que a gente é ruim"***.**

7. AÚDIO – DURAÇÃO 11'43" – LEGENDA: "06:48min à 11:43min - A vítima estava dentro do escritório da loja, quando o autor entra e fala sobre o dia do primeiro assédio e do jeito estranho que o funcionário estava lhe tratando depois disso."

Resumo: não foi encontrado esse áudio.

A degravação dos áudios revela importantes trechos dos quais, atento aos pleitos defensivos em recurso de apelação, mostram-se em sentido diametralmente oposto à absolvição. A par do que se abordou em sede preliminar, como se verá a seguir, o próprio autor dos fatos, embora argua a questão de perícia sobre sua voz, reconhece parcialmente o que foi dito, sem, porém, especificar quais partes.

Ao ser interrogado na fase policial às p. 155-156, L.C.P. preferiu permanecer em silêncio, reservando-se à fase judicial.

Em juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 295-296), no tocante ao crime de assédio sexual, em face de L.P.F., discorreu que: a vítima sempre lhe pedia para ir à chácara. No dia dos fatos, à noite, tinha que levar uns pintinhos e então convidou L.P.F.. Negou ter pegado na vítima durante o trajeto, porém L.P.F. lhe confessou ser virgem, dizendo "eu não conheço mulher ainda". Justificou ter entrado neste assunto porque homens conversam desde futebol até mulheres.

Após, chegando na chácara, logo na entrada descarregaram os pintinhos juntamente com o Sr. Nercírio (caseiro), posteriormente, por necessitar pegar sua identidade dentro da sede, todos entraram na casa. Não mostrou qualquer objeto de uso sexual e acredita que L.P.F. tenha visto, enquanto (o interrogando) conversava

com o Sr. Nercírio sobre o relatório dos pintinhos mortos e necessidades de novas rações na sala, uma vez que o próprio havia pedido para conhecer o resto da casa.

Na saída, mostrou a piscina a L.P.F. e comentou "*quando vem com a esposa não dá nem para tomar banho pelado, porque é aberto, têm dois pesqueiros laterais*". Ulterior a isso, foram embora. Afirma ainda que não deixou ele dirigir a camionete.

Questionado sobre a ameaça, responde o réu ironicamente sobre sua periculosidade – ou seja, essa tônica em nada contribui para o esclarecimento dos fatos.

Após relatar sobre a importunação ofensiva ao pudor, embora não seja objeto de análise, momento em que o réu afirma que se tratava de brincadeiras, inclusive fazia com todos, disse que as apreensões feitas em sua chácara, os lubrificantes, é porque sua esposa retirou o útero, logo se fazia necessário para terem relação sexual. Quanto ao computador apreendido no escritório, que estava em sua mesa, afirma ser de seu uso apenas profissional, e não pessoal, como também muitas outras pessoas o usava – tendo as fotos sido de propriedade de seu funcionário homoafetivo.

Em relação à exploração sexual, alega que ***** está sendo usado pelo senhor CRC, tendo este utilizado da informação do crime noticiado por L.P.F. no ministério de sua igreja, juntamente com o tio de L.P.F., já que uma pessoa acusada deste tipo de crime não teria condições de permanecer com tais funções. Ademais, informa que em diversos contextos sociais, ajudou a vítima e seu pai, dizendo até mesmo que praticamente "*vestia o menino*". Ainda que pegava nas genitais dele na chácara quando ele "*grudava*" no interrogado, já que ele era muito irritante e essa era a única maneira de o fazer se afastar e nunca foram sozinhos no rio.

Pertinente ao relatório das degravações dos áudios, embora diga que não foi feito confirmação técnica de sua voz, afirma que tem passagens suas, mas tem partes que não se recorda, o que, como adiantado alhures preliminarmente, descredita a sofisma de necessária perícia para aferir a autenticidade da voz contida no aparelho.

Com efeito, o que se denota de pronto, como também das demais articulações da defesa do apelante, é a falha tentativa de desvalorização da imagem das vítimas, seja por fatos alheios ao processo, como também comportamentos ou dizeres que, mesmo existentes, não justifica a prática dos ilícitos aqui em análise.

Desta feita, a negativa de autoria se encontra dissociada do conjunto probatório, não passando de meras alegações, nos termos do que dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal.

Aliás, Eugênio Pacelli de Oliveira[5] doutrina que *"se o acusado prefere oferecer a sua versão dos fatos, esta, a autodefesa ativa, se submeterá ao exame de sua pertinência e validade probatórias, em confronto com os demais elementos de convicção constantes nos autos"*.

Assim, a defesa não se desincumbiu de seu ônus.

Na verdade, daqui por diante, em especial pelas declarações de ambas as vítimas, verifica-se a coerência dos depoimentos, sejam entre si, em ambas as fases, como com os demais elementos e depoimentos contidos nos autos.

A vítima (L.P.F.), na fase inquisitorial, às p. 14-21, quanto ao crime de assédio sexual "*trabalha na S.M.C., em Sonora, há um ano, exercendo a função de auxiliar administrativo*" e "*que o proprietário da S.M.C. é o Sr. L.C.P.*", adjetivando este como "*sério, arrogante e ignorante; que nunca foi maltrado pelo Sr. L.C.P.; que, embora o Sr. L.C.P. possua essas características, ele sempre fazia algumas 'brincadeiras' que deixavam o declarante constrangido; que, por vezes, o Sr. L.C.P. falava: 'EAÍ? QUANDO VAMOS NA CHÁCARA DORMIR PELADOS JUNTOS?', 'QUE DIA VAMOS PESCAR? LÁ TEM UMA BARRACA PARA DORMIMOS PELADOS JUNTOS', que o declarante se sentia constrangido, mas acreditando que seria uma*

5 Oliveira, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 302.

brincadeira". Relatou que isso aconteceu entre 5 (cinco) e 10 (dez) vezes, na presença de Marcelo (contador), Edinho, *****e Luander.

Da narrativa inquisitorial, denota-se ainda que o apelante mostrava fotos de outros rapazes nus, oportunidade em que insistentemente emergia em assuntos sobre relações homoafetivas e práticas de caráter nitidamente sexuais entre homens que em sua visão não são considerados homoafetivos, bem como falava do próprio órgão genital, mostrava a foto armazenada em seu celular e questionava L.P.F.: "*'VOCÊ GOSTA?', 'VOCÊ AGUENTA ESSE AQUI?'*".

Ademais, "*que então seu patrão saiu da sala; que no dia 27.02.2016, sábado, próximo ao meio dia, o declarante estava trabalhando no caixa da S.M.C., momento em que recebeu mensagens por Whatsapp e SPS enviados pelo seu patrão; que o seu patrão estava na chácara; que L.C.P. falou que retornaria no domingo, dia 28.02.2016, para levar 'pintinhos' e queria ajuda do declarante para leva-los até à chácara no domingo; que o Sr. L.C.P. argumentou, em outra ocasião, que os 'pintinhos' devem ser transportados à noite para não morreram; que L.C.P. tinha um compromisso no domingo da Igreja; (...) que o Sr. L.C.P. é acostumado levar funcionários para chácara, a fim de ajudá-lo em serviços do sítio; que o Sr. L.C.P. não remunera ninguém por esse serviço extra; que os funcionários acompanham o Sr. L.C.P. por medo de perderem o emprego; que ele também leva amigos para ajuda-lo; que o declarante 'demorou um tempão' para responder as mensagens do seu patrão; que o declarante ficou com medo de responder com receio de sofrer alguma retaliação no seu serviço na S.M.C.; que o Sr. L.C.P. insistiu e o declarante disse que iria acompanhá-lo; que no domingo à noite, o declarante recebeu mensagens de L.C.P., 21h50min, L.C.P. passou em sua casa*".

Quando foram carregar as aves, "*L.C.P. fez chacota com o declarante para os frentistas, dizendo 'ESSE É O RAPAZ QUE VAI LEVAR MEUS PINTO!', que o declarante ficou bravo e até jogou uma caixa com os animais no porta malas". E prossegui dizendo: "que, durante o trajeto, dentro da caminhonete, após passarem pela guarita da Usina Sonora, L.C.P. repentinamente e sem qualquer razão adentrou num assinto, dizendo que estava casado há 25 anos casado, mas que não tinha paixão; que também falou que se identificava com o declarante quando novo; que ele disse que se casou muito novo e foi 'forçado' pela patroa da sua esposa; que ele disse que se com o tempo tinha aprendido a respeitar a esposa, mas que não havia paixão; que L.C.P. virou-se para o declarante disse: 'MAS VOCÊ SABE QUE FALTA TER UMA TERCEIRA PESSOA NO CASAMENTO, NÉ?'; que L.C.P. continuou a dizer: 'EU GOSTO MESMO É DE UMA 'GOINAGEM'! VOCÊ SABE O QUE É ISSO, NÉ?'; que o declarante respondeu negativamente; que então L.C.P. pegou o celular e mostrou um vídeo com dois homens transando, fazendo sexo oral e se masturbando; que o declarante repudiou em ver o vídeo, falando: 'SAI PRA LÁ COM ESSAS VIADAGENS!'; que então L.C.P. disse: 'JÁ FALEI PARA VOCÊ QUE ISSO NÃO É VIADAGEM!'; que L.C.P. tocou seu braço e questionou: 'SE EU TE TOCAR VOCÊ É VIADO?!'; que o seu patrão também ficava puxando 'os cabelinhos' de sua perna; que o declarante estava de bermuda; que o declarante tirou a mão de L.C.P. sobre sua perna; que seu patrão ficou bravo e disse: 'VOCÊ CONTINUA MENTE FECHADA" VOCÊ TEM QUE ABRIR MAIS SUA MENTE!'; que L.C.P. disse que o declarante era funcionário e 'amigo', pois estava revelando os segredos dele;*".

Após novas investidas e conversas ainda sobre gouinage e atos sexuais entre homens, já na "*entrada da chácara L.C.P. disse novamente que o declarante era funcionário e 'amigo' por saber dos segredos dele, mas que, caso o declarante noticiasse esses 'segredos', seria obrigado a enforcá-lo; que as palavras exatas de L.C.P. foram: 'MAS SE ISSO SAIR DAQUI VOU SER OBRIGADO A TE ENFORCAR!'; que então descarregaram a caminhonete e colocaram os pintinhos numas gaiolas; que L.C.P. disse que não queria acordar o caseiro; que L.C.P. disse: VOCÊ ENTENDEU POR QUE EU QUERO QUE ELE NÃO ACORDE NÉ?"', que o declarante se fez de desentendido e disse 'É... É PERIGOSO ALGUÉM ENTRAR AQUI E ELE NEM VER O QUE ESTÁ ROUBANDO"; que então L.C.P. falou: 'VOCÊ É INOCENTE MESMO, NÉ?!'; que o declarante entendeu perfeitamente a insinuação de L.C.P., mas 'se fez de besta'*".

Consecutivamente a isso, "*após darem água para os 'pintinhos', ambos entraram na casa para guardar o balde, momento em que L.C.P. trancou a porta pelo lado de dentro; que o declarante se apavorou e só pensou em pegar alguma coisa para se defender 'caso esse velho viesse para cima'; que o declarante ficou falando o tempo todo para irem embora, porque tinha que trabalhar no dia seguinte; que L.C.P. ficou*

procurando alguma coisa pela casa e disse que estava querendo mostrar algo; que, nesse ínterim, o declarante colocou o seu celular para gravar, pois estaca apavorado com a situação; que colocou o celular gravando dentro do bolso de sua bermuda; que L.C.P. falou para o declarante que somente iriam embora quando visse um vídeo que havia colocado para reproduzir no celular; que ele mostrou ao declarante um vídeo de com vários homens e mulheres transando; que o declarante insistia para irem embora; que então L.C.P. entrou n quarto e ficou revirando as coisas; que lá de dentro do quarto ele chamou o declarante para pegar alguma coisa; que após o declarante entrar no quarto L.C.P. repentinamente trancou a porta do quarto; que, nesse momento; o declarante gritou: 'VAMOS EMBORA! O QUE VOCÊ ESTÁ FAZENDO?! AMANHÃ TENHO QUE TRABALHAR CEDO?!'; que L.C.P. falava 'FICA TRANQUILO, SÓ QUERO TE MOSTRAR UMA COISA'; que L.C.P. abriu uma gaveta do criado mudo, onde havia vários preservativos masculinos e lubrificantes; que L.C.P. tirou uma 'bomba peniana' do criado mudo e falou: ISSO AQUI VAI TE AJUDAR! VOCÊ DEVE ESTAR COM VERGONHA PORQUE SEU PAU É PEQUENO'; que o declarante só pedia para irem embora; que L.C.P. tirou o pênis para fora da calça e colocou na 'bomba peniana'; que ele ficou falando para o declarante ajuda-lo manusear a 'bomba'; que ele chegou a pegar na mão do declarante para coloca-la sobre a 'bomba'; que o fez um movimento brusco tirando a mão e falou: 'SAI FORA!' que L.C.P. continuou: 'VOCÊ DEVE ESTAR COM VERGONHA. NÃO QUER QUE EU VEJA, VAI LÁ NO BANHEIRO SOZINHO E USA A BOMBA!', que o declarante se recursou e L.C.P. falou: 'VIEMOS FALANDO DISTO NO CASSO, NÃO PERCA AS OPORTUNIDADE NA SUA VIDA. A GENTE SÓ SE ARREPENDE NO QUE NÃO FEZ'; que, diante da recursa do declarante em manter qualquer contato mais íntimo L.C.P. falou que iriam embora, afirmando que não havia encontrado o que estava querendo mostrar ao declarante e que talvez DONA M.M.O. tivesse guardado; que L.C.P. enrolou a 'bomba peniana' numa fronha e colocou dentro do carro".

Em sua extensa e detalhada declaração, a vítima narrou ainda que: "*L.C.P. insistiu que o declarante voltasse dirigindo a caminhonete; que o declarante a princípio se negou, falando que não sabia dirigir veículo automático; que, no entanto, acabou tomando a condução da caminhonete para se ver livre daquela situação*".

Ainda, declinou que "*no caminho de volta, após sair da chácara, L.C.P. repentinamente pegou no pênis do declarante e disse: 'E SE UMA MULHER FIZESSE ISSO?!'; que ele colocou a mão por debaixo da bermuda e da cueca do declarante; que o declarante rapidamente tentou tirar a mão de L.C.P., mas ele ficou fazendo força para mantê-la; que o declarante falava apavorado: 'SAI FORA, L.C.P.!', que o L.C.P. dizia: 'ISSO É NORMAL. PEGA NO MEU!'; que o declarante percebeu que L.C.P. estava com o pênis ereto para fora da calça*".

Após desvencilhar-se com muita dificuldade, já que estava conduzindo o veículo, segundo a declaração da vítima, L.C.P.: "*então colocou o pênis dele para dentro da calça e disse: 'SE NÃO QUER, NÃO QUER. NÃO VOU TE FORÇAR A NADA. VAI SER BOM APENAS QUANDO VOCÊ QUISER. QUANDO VOCÊ QUISER SÓ ME MANDAR UMA MENSAGEM QUE EU ARRUMO O LUGAR';*".

Adiante, depois de se comparar com a vítima quando mais jovem, como também queria lhe ensinar posições sexuais e saber se tinha fimose, pois havia certas fimoses que sabia tirar na masturbação, antes de chegar em casa, L.C.P. ainda complementou: "*que queria ser seu 'amigo' e que caso isso ocorresse nunca lhe faltaria nenhum bem material; que ele disse 'SE VOCÊ QUISER SER MEU 'AMIGO' AÍ NÃO TEM PRA NINGUÉM! AÍ VOCÊ VAI SER MEU 'AMIGO' MESMO! E SE VOCÊ PRECISAR DE QUALQUER COISA, MATERIAL OU FINANCEIRO, PODE CONTAR COMIGO'". Quando estava já em casa, ainda nervoso sobre o ocorrido, recebeu uma mensagem do agora apelante "dizendo que lhe daria um frango*".

Dias depois, após não ter visto ainda L.C.P., em decorrência de seu trabalho, teve que ir à SC. Quando chamado por L.C.P. à sua sala, L.C.P. mostrou-lhe vídeos: "*no computador dele de ALISSON 'AMARELO' se masturbando; que então L.C.P. disse: 'EU NÃO TE FALEI?! EU NÃO MINTO!'; que o declarante nem falou nada e saiu da sala; que esses vídeos estavam num notebook no escritório da SC de; que desde o ocorrido o declarante tem trabalhando muito mal e fica tremendo de nervoso só de lembrar o que passou; que está sentido 'nojo' do seu patrão; que fica remoendo tudo e não consegue mais estudar e trabalhar direito; que,*

no dia 02.03.2016, durante à noite, o declarante não estava conseguindo dormir, estudar e comer; que estava muito perturbado e acabou ligando para sua tia OAF; que noticiou o ocorrido para ela;".

À frente, a vítima ainda declara que no dia 03.02.2016, L.C.P. o segurou pelo braço e falou: "*SE VOCÊ QUISER EU TE DOU UM BEIJO"*. *Em outra oportunidade, antes de sair da loja, L.C.P. parou em frente ao caixa e disse gesticulando com as mãos: "SE VOCÊ QUISER EU DEPOIS FAÇO UMA MASSAGEM EM VOCÊ*".

Da narração do declarante, em relação à ameaça feita em seu desfavor, disse que ocorrera quando, em decorrência de ordens de seus chefes imediatos teve que ir ao encontro do agora apelante na SC, tendo ele dito: "*'VOCÊ NÃO FOI PEGAR SEU FRANGO?'; que L.C.P. disse que poderia pegar 02 (dois) frangos, pois o declarante 'merecia'; que o declarante perguntou por que 'merecia' e L.C.P. disse: 'UMA AMIZADE ASSIM DURA ATÉ QUE O OUTRO FAÇA CAGADA'; que o declarante entendeu que, como não havia noticiado o ocorrido, não havia feito 'uma cagada' e por isso 'merecia' dois frangos*".

Quanto às gravações feitas no celular, finalmente, colocou para gravar em todas as vezes que ele queria estabelecer algum diálogo, tendo notado que L.C.P. tentava justificar os fatos da chácara, como L.P.F. sequer conseguiu ouvir as gravações, diante do trauma, apresentando-os, porém, naquela oportunidade junto à Delegacia.

Na fase judicial (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 295-296), narrou que, à época, trabalhava na empresa em que o autor dos fatos era o dono, o chefe, onde exercia a função de auxiliar da gerente financeira, filha de L.C.P..

Recebeu a mensagem de L.C.P. sobre ir à chácara por volta do meio dia de sábado, porém não queria ir já ele era muito "*ignorante, estúpido*", motivo pelo qual demorou a responder. Quando L.C.P. retornou a questionar, ficou com medo de ser retaliado no serviço, eis que se não fizesse algo que ele queria "*o mundo acabava*". Não imaginava qualquer intenção sexual até este momento. Como L.C.P. já tinha comentado com a vítima de que queria passar a carregar os pintinhos a noite, para diminuir as perdas, não achou estranho quando soube que seria a noite a ida. Ao final (43min50seg), disse que o acompanhou pois teve medo de ser demitido. Não tem certeza quanto aos demais, acredita que também a maioria dos outros funcionários também iam por medo de alguma retaliação dele, pois todos tem medo dele e inclusive muitos continuam trabalhando com ele.

No momento em que foi carregar os pintinhos na camionete, L.C.P. fez "*chacota*" com a vítima, dizendo que "*esse daqui é o cara que vai levar meus pintos*". Adiante, após certa parte do percurso, entrou no assunto a respeito de seu relacionamento conjugal, quando disse que faltava uma terceira pessoa, mas que não procurava mulheres, gostava mesmo de *gouinage* (segundo explicado à vítima, seria sexo sem penetração e, por essa razão, não seria pecado de morte). Ainda, mostrou vídeo de dois homens fazendo sexo oral e se masturbando, além de passar a mão em sua perna e dizer que queria terminar com a timidez da vítima.

Quando estavam chegando na chácara, o autor dos fatos asseverou que, além de funcionário, a vítima era amigo dele, já que não era para qualquer um que contava seus segredos – quando disse: "*se essa conversa sair daqui eu vou ser obrigado a te enforcar*", tendo assustado o depoente. Na entrada da chácara, atrás da casa do caseiro, descarregaram os frangos e, a pedido, se fazer barulho, que, segundo o depoente, já era por más intenções. Na sequência o ainda réu mostrou a piscina à vítima, dizendo aquele que seu sonho era nadar nela pelado.

No momento em que L.C.P. pediu para colocar o balde nos fundos no tanque e entrou na casa, aquele trancou a porta da entrada da casa, assustando a vítima que, inclusive, passou a procurar lenha ou algo que pudesse usar. Ato contínuo, o réu entrou no quarto dizendo que queria mostrar algo ao depoente, enquanto este ficava impaciente pedindo para ir embora. L.C.P. lhe mostrou um vídeo de homens mantendo relação sexual entre si. A pedido ainda de seu então patrão, entrou no quarto para lhe ajudar a pegar algo para irem embora. Ao entrar, L.C.P. chaveou a porta, levando a vítima a gritar falando que queria ir embora. Neste momento, o autor abriu a gaveta do criado-mudo, onde tinha camisinhas, uns tubos (pastas), umas caixinhas e uma bomba peniana. Neste momento tirou o pênis para fora e queria que a vítima o ajudasse, que era uma bombinha que

ficava apertando ela, querendo colocar a mão dele para colocar. Começou a usar a bomba e disse que queria ver o pênis da vítima, embora, segundo o autor, achasse que ele estivesse com vergonha pois seu pênis deveria ser pequeno e que esse equipamento poderia lhe ajudar com isso.

Em momento posterior (45min), deu a descrição da bomba, sendo ela transparente e onde apertava ser preta ou cinza, não se lembrava ao certo.

Após as investidas sem sucesso, o autor tirou a bomba de seu pênis, enrolou-a em uma fronha, colocando-a dentro do carro. Na volta L.C.P. queria que L.P.F. dirigisse o carro, embora este estivesse com receio por ser carro automático e nunca o ter dirigido, já que recém havia tirado a carteira de habilitação, no entanto, devido às insistências, querendo ir logo, acabou cedendo.

Quando saíram da chácara, continuou com as conversas da ida, e, em dado momento, como estava de bermuda, o autor colocou a mão por debaixo dela e disse: "*e se uma mulher fizesse isso?*", tentando lhe masturbar. Em vista que estava dirigindo, teve dificuldades para desvencilhar-se. Em momento posterior ao seu depoimento, afirma que tirou seu pênis para fora e estava ereto. Lembra ainda que o autor disse que "*não quer, não quer. Não vou te obrigar a nada não. Só vai ser bom se os dois quiserem*" e "*o dia que você quiser, você me manda uma mensagem*", "*que eu arrumo um lugar pra gente*" seguido de uma risadinha, não tendo a vítima dito nada, já que estava muito assustado.

Depois disso, ainda na volta, o autor mencionou que queria ter ensinado umas posições sexuais no quarto, inclusive poderia perguntar para o Marcelo, que trabalhava com ele, a quem ele também tinha ensinado, e que queria ver seu pênis para ver se tinha fimose, pois tem certas fimoses ele consegue tirar na masturbação.

L.P.F., a vítima, muito assustado, não prestava mais atenção no que ele falava e não respondia mais nada, só queria chegar em casa logo. Por fim, quando estavam chegando, disse o autor que além de funcionário dele, eles eram amigos, e se a vítima quisesse ser seu amigo "*não ia ter pra ninguém não*", que então poderia contar com ele, inclusive algo material ou financeiro. Quando chegou em casa, recebeu uma mensagem de L.C.P., que se ele quisesse poderia ir em sua casa pegar um frango.

No dia seguinte, não comunicou a ninguém, já que não tinha completa compreensão do que estava acontecendo ou o que fazer, quando foi trabalhar, buscou trabalhar normalmente, não tendo L.C.P. ido à empresa.

A pedido, foi entregar um dinheiro na empresa de contabilidade à L.C.P., quando este disse que a vítima não foi buscar os frangos, já que estava merecendo-os, completando, quando indagado porque estava merecendo, que "*se sabe que amizade assim só dura enquanto um não faz uma cagada*", tendo interpretado que, como não disse para ninguém, ou seja, a "*cagada*", ele estava merecendo dois frangos.

Em relação à importunação ofensiva ao pudor, sobretudo das investidas e "*brincadeiras*" que o réu fazia consigo, embora não seja objeto do recurso, como afastado em sede preliminar, importante registrar que a vítima ficava com vergonha, como também o réu chegou a lhe mostrar fotos íntimas supostamente suas.

Nos dias seguintes, L.P.F. afirma ter ficado perturbado, sem concentração para realizar suas atividades profissionais e estudantis. Em momentos seguintes em seu depoimento, afirma que teve que sair da empresa, embora não quisesse pelo convívio com os demais da equipe, salário e função, inclusive tendo sido conduzido à uma psicóloga de Coxim-MS para tratar destes traumas, sendo necessário até mesmo medicamento, como também sofreu com relacionamentos posteriores, já que nunca tinha praticado relação sexual pretérita. Na quarta-feira, aliás, com novas investidas quando estava no caixa, disse que não conseguia mais ficar perto dele. Não sabe dizer se no mesmo dia, à tarde, seu patrão lhe disse que, por ele estar cabisbaixo, triste, era para melhorar pois iriam à chácara novamente, tendo respondido que não iria mais.

L.P.F. ligou para sua tia, policial, sobre os fatos, tendo esta dito que ele deveria ir conversar com o Delegado de polícia, assim fazendo, não tendo contado isso para mais ninguém com receio de que L.C.P. fizesse o que tinha prometido de lhe enforcar.

Em relação aos fatos de *****, disse que este tinha uma postura de muito nojo do L.C.P., tal como a vítima ficou.

Outrossim, embora oportuno e possível, sequer trouxeram aos autos a vizinha que franqueou o muro de divisa com o domicílio do réu para confirmar sua versão, cuja preferência restou para pessoas conhecidas do apelante. Não o bastante, pelo o horário dos fatos (por volta das 19h50min), dificilmente é crível que ambos estivessem dormindo, ao ponto de terem sido acordado com as lanternas dos policias em seus rostos, ao lado da cama.

Finalmente, em relação ao celular apresentado na Delegacia, aduz que apresentou ao delegado o *print* dele o chamando para chácara, assim como as gravações no dia da chácara mesmo e da loja quando o réu tentava se aproximar. Sentiu necessidade de gravar na chácara, quando trancou a porta do quarto e, após, quando tentava o autor dos fatos para se explicar o porquê ele havia feito isso consigo.

Neste ínterim, a partir das declarações da vítima, em ambas as fases, observa-se angariar contornos sólidos tanto em relação ao assédio sexual, quando se prevalecendo de sua posição em relação à vítima, constrange-la a ir consigo à chácara, à noite e sozinhos no veículo, onde ocorre a maior parte de seu intento, quanto à ameaça em que há o detalhamento sobre o mal injusto à sua pessoa, quando há compreensão de que o apelante estava relembrando-o sobre as intimidações, em relação aos primeiros fatos (assédio).

Novamente aqui, a defesa não se conseguiu se desvencilhar-se dos fatos narrados na peça vestibular, mormente se escora na sofismática premissa de ausência de correlação. Ora, repise-se, o ponto de atuação é sobre a intimidação ocorrida em decorrência – e para garantir o sucesso – do assédio sexual realizado.

OAF, tia de L.P.F., investigadora de Polícia Civil, na fase administrativa, às p. 42-43, relatou o seguinte:

> *"Que reside em Sonora/MS, é tia de L.P.F., exerce a função de investigadora de polícia; que no dia 02.03.2016 a depoente estava de plantão nesta Delegacia quando recebeu uma ligação de L.P.F. entre as 23:00h e 00:00h, o qual disse que precisava conversar com a depoente pessoalmente; que a depoente ficou assustada devido ao horário da ligação; que a depoente perguntou se podia deixar para outro dia, mas o L.P.F. disse que precisava conversar naquele momento; que a depoente deslocou-se até a residência de sua genitora, onde também reside o L.P.F.; que a depoente conversou em particular com L.P.F.; que a depoente percebeu que L.P.F. estava transtornado psicologicamente, pois ele tremia muito e falava constantemente que estava com nojo de L.C.P.; que ao ser indagado pela depoente, L.P.F. relatou que o fato em questão começou no domingo 28/02/2016, onde o autor L.C.P. o convidou para ir até sua chácara levar uns pintinhos para a granja particular; que segundo L.P.F., o autor sempre leva alguém para esta chácara; que por volta das 21h50min o autor passou em sua casa e em seguida foram no Posto Nova Bréscia, pegaram duas caixas de pintinhos e seguiram até sua chácara; que durante a viagem o autor disse que se identificava com o jeito de L.P.F., quieto, sossegado e que se via nele quando era jovem; que disse também que sentia falta de uma terceira pessoa no seu casamento, não importando se homem ou mulher, mas que dava preferência a homem para não cometer o pecado mortal, que no seu entendimento chegar a consumar o ato sexual com uma mulher ou homem era pecado, e que ele gostava mais de fazer "gouianagem" ato sexual sem penetração, praticado desde da sua juventude, e dizendo ainda que isso não tornava a pessoa a ser gay, tentando convencer a vítima de praticar o ato; que chegando à chácara o autor ameaçou dizendo: " eu te conheci não tem nem um ano e estou contando meus segredos pra você, e se você contar a alguém vou ter que te enforcar"; que chegando ao local, L.C.P. disse que queria lhe mostrar uma coisa; que logo em seguida entrou em seu quarto e procurou algo mas não achou, mas encontrou uma bomba peniana, e perguntou se L.P.F. conhecia, tendo este dito que desconhecia tal objeto; que o autor começou a usar o aparelho em si, e posteriormente perguntou à vítima se gostaria de usar, mas o mesmo se recusou; que vendo a recusa da vítima, o autor disse " você vai perder uma oportunidade, mas já que está com nojinho, vamos"; que o autor ainda se dirigiu a vítima dizendo que gostaria de vê-lo usar o aparelho para ver se o mesmo tinha fimose, onde foi incisivo em dizer que havia tirado fimose de seu filho L.C.P. JÚNIOR, naquela época ainda criança; que o autor ainda disse que sabia como tirar através de masturbação;*

que logo após estas conversas, ambos entraram na caminhonete do autor, sendo a vítima o motorista, e retornaram para Sonora/MS; que durante o retorno o autor ainda disse a L.P.F. "se você fizer o que eu estou pedindo, além de funcionário vai se tornar meu amigo, porque você vai estar me ajudando e com isso posso lhe ajudar financeiramente"; que durante a conversa na volta, após dizer "quando uma mulher faz assim?" e pegou no órgão genital da vítima, o qual imediatamente bateu no braço do autor para tirar sua mão de seu órgão; que após esse episódio, a vítima ficou nervosa e começou a andar mais rápido com o veículo, momento em que o autor disse que não precisava ficar nervoso porque isso era normal; que L.C.P. disse a L.P.F., "pegue aqui no meu", tentando tirar várias vezes a mão da vítima do volante para que pudesse por em seu órgão genital; que durante o trajeto, o autor tentou por várias vezes ter algum tipo de relação sexual com a vítima, fazendo com que a mesma ficasse mais nervosa e apreensiva; que o autor ainda disse: "acho que sou tarado mesmo, só de ficar assim já estou de pau duro e você nada, sou tarado mesmo, pode ser mulher com mulher, homem com homem, criança e até animal, pode ser qualquer coisa que eu fico com tesão"; que ao chegarem, a vítima ficou em casa e o autor antes de ir embora disse: "pense no que eu disse, se você mudar de ideia é só me mandar uma mensagem que a gente resolve isso"; que a vítima chegou transtornada em casa, mas ficou em silêncio, não dizendo nada para ninguém; que na quarta-feira (02/03/2016), por volta das 16h02min, o autor voltou a ligar para a vítima convidando para ir de novo para a chácara e assediando novamente, deixando a vítima nervosa; que L.P.F. relatou que não aguentava mais e ligou para a depoente para conversar sobre o ocorrido; que posteriormente L.P.F. informou à depoente de que no dia 04/03/2016 (sexta-feira), o autor foi até a loja e novamente assediou a vítima em seu ambiente de trabalho, o constrangendo; que L.P.F. também disse que o autor possui vários vídeos pornográficos tanto no celular, quanto no seu notebook no escritório de contabilidade, onde inclusive mostrou um vídeo da pessoa conhecida como ALISSON (que faleceu em um acidente há uns dois anos atrás aproximadamente) se masturbando, mas não soube identificar se era o autor que estava filmando; que várias pessoas já foram levadas para essa chácara sendo KELVIS, PIPOCA E FERRUGEM, estas que a vítima tem notícia; que a depoente orientou L.P.F. a procurar a Delegacia de polícia para registrar uma Ocorrência"

Em Juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 295-296), narra que se recorda estar de plantão e por volta de meia noite ele telefonou, dizendo que queria contar algo pessoalmente naquele momento.

Chamou seu colega que também estava de plantão e se direcionaram à casa de sua mãe, pois naquela época era onde morava. Chegando lá ele relatou que estava com problema com o patrão dele, L.C.P., iniciando sobre a chácara que foi ao domingo, da qual tinha conhecimento pois L.P.F. havia comentando com ela, uma vez que não queria ir, um dia antes, mas cedendo em razão da relação de trabalho.

Contou à depoente que no caminho da ida L.C.P. começou a falar de sua vida sexual, tais como tinha se casado obrigado, que praticava *gouinage* – descrito pela depoente como ato sexual sem penetração –. Em momento posterior em seu depoimento, se recorda que nesta oportunidade L.C.P. dizia que não era pecado e nem se tornava homoafetivo por este tipo de prática

Quando chegaram no local, após descarregarem os pintinhos, de forma silenciosa para não acordarem o caseiro que ficava lá, entraram na residência, pois queria mostrar algo ao L.P.F., que estava com dificuldades de achar, até que mostrou uma bomba peniana à vítima no quarto, o que foi gravado através do celular, que estava em seu bolso. Consecutivamente a isso, L.C.P. começou a usar essa bombinha e perguntou se L.P.F. conhecia ou sabia, respondido negativamente pela vítima, sendo então indagado se ele não queria usar, novamente rejeitado e, após tudo isso, saído do local. Havia uma piscina também que se recorda ter dito se limpa estivesse L.C.P. queria tomar banho pelado lá, para eles usarem.

Na volta, L.C.P. queria que L.P.F. dirigisse, tendo este resistido já que era uma camionete automática e nunca havia dirigido, mas acabou cedendo. Em certo momento, sempre falando sobre sexo, L.C.P. colocou a mão no órgão genital de L.P.F. questionando-o: "*e se fosse uma mulher que pegasse em você assim?*". A

vítima ficou nervosa, tirou a mão dele rápido, inclusive lembra que L.P.F. narrou o fato de L.C.P. ter colocado seu órgão sexual para fora da calça.

Aduz ainda a depoente que o apelante disse ao seu sobrinho que: "*eu estou falando aqui os meus segredos para você e se você for contar para alguém eu vou ser obrigado a te enforcar*", tendo incutido receio nele.

Chegando à cidade, L.C.P. insistiu dizendo; "*se você mudar de ideia, você me procura, porque eu posso te ajudar. Se você for meu amigo, eu posso te ajudar posso te ajudar até financeiramente com qualquer coisa que você precisar*".

Após a busca e apreensão, surgiu a informação sobre *****, através de Rogério, que era amigo da família, de que também teria sido este fatos muito semelhantes com ele, tendo sido chamado à Delegacia, inclusive quem o acompanhou foi a mulher de seu pai, pois este não queria levá-lo por razões da igreja e por ter prestado serviços a L.C.P..

Relata ainda que foi justamente neste período em que prestava serviço que ocorreu o que chamou de assédio, em que ocorriam "brincadeirinhas sexuais", até mesmo pegando em suas partes íntimas, oferecendo cuecas e celular em troca de favores sexuais. Teve ainda um dia que ***** foi dormir com ele, no mesmo quarto, porém em colchões diferentes, em que L.C.P. queria ensinar ele sobre sexo, tendo a vítima ficado muito revoltada e discutido.

Por estes fatos, L.C.P. disse ao pai do menino (*****), que não era mais para levar ele, pois ele era muito bagunceiro e, segundo a depoente, começou a inventar, dizendo que ele era muito mentiroso – o que, segundo a depoente, L.P.F. tomou conhecimento na loja.

Aduz ainda que L.C.P., depois dos fatos, buscou outros jovens (Gustavo e Cauê) para se aproximar de L.P.F., influenciá-lo ao usar drogas e produzir fotos e vídeos, em troca de dinheiro.

Narra ainda que no dia que ele a chamou para conversar, ele não ia nem falar nada, se tivesse ficado somente naquilo. Ele deixou claro que não queria nada daquilo, acreditando que ele achou que ele tinha entendido. Mas quando voltou as brincadeiras continuaram e, certa vez quando ele tinha faltado no período da manhã, ele falou na frente de um funcionário se L.P.F. estava com dengue ou com dengo e que lhe daria um beijo para passar.

Afirma que L.P.F. tem algumas gravações do ocorrido e que L.P.F. sofreu com estes fatos, tendo até mesmo o chamado à empresa de contabilidade, em sua sala, mostrando-lhe um vídeo pornográfico de uma pessoa falecida.

Ao final destes acontecimentos, não suportando mais a situação, pediu para sair da empresa, mesmo sendo muito difícil já que era seu primeiro emprego do qual não queria se desligar.

Entrementes, é de se observar a coerência e convergência do que fora narrado por L.P.F., vítima de assédio sexual em decorrência de sua profissão e de ameaça.

Embora não muito distante da anterior, é de se registrar as particularidades da outra vítima, *****, dito pelo réu como um menino de poucas condições e, como se verá pelas provas orais, aos cuidados somente de seu pai – o qual, por sua vez, também possui traços reservados, pouco desenvolto, o que pode justificar até mesmo o documento acostado pela defesa em audiência – o que certamente pode ter contribuído para o desencadeamento dos fatos e segurança do autor para se sobrepujar à jovem vítima (com promessa de paga para satisfação de sua lascívia).

A vítima *****, na fase inquisitorial, às p. 111-113, declinou o seguinte:

> *que o declarante possui 15 anos de idade e cursa o oitavo ano na Escola Gazzolo; que o declarante mora com o pai C., a madrasta D. e seus irmãos R. e S.; que o declarante*

ajuda o PAI que é pedreiro; que o declarante não possui passagens policiais e que frequenta a Igreja Congregação Cristã do Brasil desde que nasceu; que conhece o Sr. L.C.P. desde pequeno, pois ele é Diácono da Igreja Congregação Cristã do Brasil em Sonora; que seu pai trabalhou como pedreiro durante quatro meses entre o final de 2015 e início de 2016 na chácara do Sr. L.C.P.; que seu pai ia trabalhar na chácara no Pantanal na segunda-feira e voltava apenas aos sábados; que o seu pai construiu a casa do caseiro, a piscina, abatedouro de frango e um depósito de milho; que o declarante ajudava o seu pai na construção e também dormia na chácara; que, em certas vezes, o Sr. L.C.P. chamava o declarante para ir até a beira do rio para armar ou desarmar a caixa de armadilha de peixes; que lá na beira do rio o Sr. L.C.P. falava para o declarante: "VAMO ALI QUE ISSO NÃO É PECADO"; que o Sr. L.C.P. queria que o declarante "se masturbasse com ele"; que o Sr. L.C.P. desejava que houvesse masturbação mútua; que não consegue se recordar das frases exatas que o autor utilizava nesses momentos; que o Sr. L.C.P. dizia: "VAMOS LÁ BESTA. LÁ EM SONORA EM LEVO VOCÊ NUMA LOJA E ESCOLHE UM CELULAR PARA VOCÊ"; que na beira do rio o Sr. L.C.P. tirava a roupa e tomava banho pelado e chamava pelo declarante; que o declarante chegou a entrar no rio, mas com roupa; que quando o declarante segurava a caixa da armadilha com as duas mãos, o Sr. L.C.P. pegava no órgão genital do declarante e ficava rindo; que às vezes que estava despercebido o Sr. L.C.P. passava a mão "no saco" do declarante, por cima da roupa; que o Sr. L.C.P. pedia que o declarante mostrasse o órgão genital ou deixasse ele pegar; que quando isso acontecia o pai do declarante estava trabalhando; que quando esses fatos aconteceram o declarante contava com apenas 14 anos de idade; que, por vezes, o declarante estava tomando banho em um banheiro existente na área da chácara e percebia que o Sr. L.C.P. estava lhe observando; que a noite, após terminar o serviço, o Sr. L.C.P. se aproveitava de ausências momentâneas do seu pai para investir novamente, apresentando alguns "vidrinhos" "para passar na cabeça do saco" para "inchar" o pênis; que o Sr. L.C.P. pedia que o declarante passasse o que havia no "vidrinho", dizendo: "PASSA ISSO AQUI E DEPOIS VOCÊ ME DÁ O RESULTADO"; que o declarante não atendia às solicitações e inventava que havia passado aqueles produtos; que inventava que havia atendido a solicitação, para que o Sr. L.C.P. desistisse das investidas sexuais; que ao serem mostradas as fotografias de fls. 53, o declarante reconhece o produto "de tampinha branca" como sendo aquele apresentado pelo Sr. L.C.P.; que, por vezes, o Sr. L.C.P. mostrava vídeos pornográficos através do celular para o declarante, "de tudo que é jeito", ou seja, sexo entre "anões, mulher com mulher, homem com mulher"; que, logo em seguida, o Sr. L.C.P. pegava no pênis do declarante para "ver se estava duro" e apenas ria; que, em um dia, após o almoço, o declarante estava descansando quando chegou o Sr. L.C.P. e o chamou para ir até a beira do rio; que o Sr. L.C.P. tinha mostrado um vídeo ao declarante "como se faz um cuzinho (ânus)" utilizando uma camisinha e água; que ele chamou o declarante para ir com ele até lá para "comer o cuzinho de plástico"; que o declarante se recusou a acompanhá-lo e então L.C.P. disse; "GURI BESTA, MEDROSO!"; que L.C.P. mostrou vídeos dele se masturbando; que aí ele dizia: "ISSO QUE É PAU DE HOMEM!"; que L.C.P. sempre pretendia que o declarante exibisse o pênis para ele, mas nunca o atendeu; que L.C.P. também mostrava fotografias do pênis dele ao lado de um frasco de desodorante "Rexona", dizendo que o órgão genital dele media "20 e poucos centímetros"; que se recordava também que L.C.P. lhe deu uma cueca azul da marca Calvin Klein, dizendo que havia comprado errado, abaixo do seu número e que havia ficado apertada para ele; que L.C.P. insistia para que o declarante vestisse a cueca na frente dele, mas não aceitou; que se recorda que num domingo à noite, o declarante estava em sua casa em Sonora, juntamente com seu pai; que o Sr. L.C.P. ligou e pediu autorização para seu pai, para que o declarante o acompanhasse até a chácara naquele horário para levar uns "pintinhos" (frangos); que L.C.P. disse que quando chegassem na estrada sem asfalto passaria a condução do veículo ao declarante; que o seu pai autorizou e o declarante acompanhou o L.C.P. num veículo Fiat/Strada de cor branco até a chácara; que pegaram os "pintinhos" no Posto Nova Bréscia e saíram em direção à chácara, tomando a Rodovia BR 163; que durante o trajeto L.C.P. mostrava vídeos pornográficos no aparelho celular e, repentinamente, pegava no órgão genital do declarante e ria; que o declarante apenas "xingava" L.C.P.: "SAI VIADO!"; que L.C.P. só levava na brincadeira e não dava seriedade à recusa do declarante em manter qualquer contato mais íntimo; que em frente à Fazenda Horizonte L.C.P. entregou a direção do veículo ao declarante; que enquanto o declarante dirigia L.C.P. tentava a todo momento pegar no pênis do declarante, que, por

sua vez, batia nas mãos dele; que na chácara descarregaram os "pintinhos"; que L.C.P. não queria que o declarante dormisse na casa do caseiro, pois era o primeiro dia de trabalho dele; que L.C.P. pegou o colchão do declarante e levou para o quarto dele; que no quarto L.C.P. tomou banho e deitou de cueca na cama; que, em seguida, L.C.P. começou a querer ensinar o declarante "posições de sexo", dizendo que era necessário "para não machucar o útero da mulher quando casasse"; que o declarante estava deitado no colchão e L.C.P. "subia em cima"; que o declarante estava de calça e camiseta; que o declarante "dava murro" nele, mas L.C.P. só levava na brincadeira; que, por três vezes, L.C.P. deitou-se sobre o declarante, que o retirava à força; que L.C.P. mostrou outra cueca da marca Calvin Klein, agora de cor laranja, insistindo para que o declarante vestisse na presença dele; que o declarante se negou e L.C.P. não deu a cueca ao declarante; que, após isso, ambos dormiram, em colchões separados; que o declarante "agarrou nojo da cara" dele e nunca mais falou com L.C.P.; que depois desse fato L.C.P. falou com o pai do declarante, dizendo que não desejava ver mais o declarante na chácara; que não sabe por qual razão L.C.P. disse que não queria mais o declarante na chácara; que cerca de um mês e meio depois, na cidade de Rio Brilhante/MS, o declarante contou tais fatos para seu pai e para ROGÉRIO "DA TIGRE"; que estavam conversando sobre o Sr. L.C.P.; que ROGÉRIO falou que muitas pessoas falavam bem dele; que então o declarante resolveu "se abrir" e contar o ocorrido; que também teve vergonha de contar ao seu pai sobre o que aconteceu na chácara; que ROGÉRIO é seu amigo e o conhece desde pequeno; que seu pai e ROGÉRIO ficaram desconfiados da história, mas depois acabaram acreditando; que o declarante queria acionar a Policia à época, mas "não tinha prova"; que ROGÉRIO disse que o declarante tinha que ter gravado as investidas de L.C.P.; que não sabe por qual razão seu pai tem dúvidas em querer ou não representar criminalmente em desfavor do autor por tais fatos; que não sabe se a dúvida do seu pai está no fato de pertencerem a mesma Igreja; DADA A PALAVRA A D. DEFESA, respondeu: que esclarece que no quarto da chácara, à noite, L.C.P. tentou deitar sobre o declarante, o qual rechaçou e evitou qualquer contato mais íntimo.

Em Juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 286), relatou que seu pai foi trabalhar na chácara de L.C.P. por cerca de quatro meses, quando tinha por volta de quatorze ou quinze anos, e, neste período, começou a provocar a vítima, como também lhe mostrou vídeos eróticos, passar a mão em seu corpo. No início levava na brincadeira, mas começou a "*apelar*", quando ia para a chácara, mostrava-lhe vídeos, passava a mão em seu pênis.

Assevera a vítima que L.C.P. lhe prometia celular caso se masturbasse junto com ele, já que naquela época não tinha celular ainda, como prometia outras coisas. Chegou a dar cueca que, segundo ele, comprava e não servia nele, tendo a vítima, porém, que experimentar na frente dele. Deixava ainda dirigir um carro, uma Strada, enquanto passava a mão em seu pênis por cima da roupa.

Ainda, que quando ia ao rio a pedido dele, embora seu pai estivesse perto, estava trabalhando, L.C.P. banhava pelado, se masturbava, chamava *****, passava a mão por baixo, da água, enquanto este segurava a caixa de peixes.

Narrou que o autor lhe dava produtos de uso sexual para que a vítima usasse, embora nunca tivesse experimentado, como também, quando ia ao banheiro tomar banho, ele o espiava, subindo à escada, pela janela, momento em que gritava para ele sair de lá.

Finalmente, teve um dia que o autor dos fatos colocou o colchão no quarto dele, tendo sido trancada a porta e pegado duas cuecas, sido rejeitadas pela vítima, já que ele só queria que provasse na frente dele. Além disso, o autor tomou banho, ficou só de cueca e, no colchão, tentando lhe ensinar posições de sexo, de como a vítima tinha que fazer ou não fazer com uma mulher, em contato com ele, "*quase o pegando a força*", deitando em cima da vítima, momento em que foi grosso com ele pela situação, para ele parar. Dormiu ali mesmo, embora asseverasse que foi meio difícil, uma vez que ficou com medo dele fazer algo com sua pessoa.

Encorajou-se a levar os fatos adiante quando soube que havia acontecido fatos semelhantes com outra pessoa, outro menino.

Afirmou que depois deste período, em que aconteceu os fatos, o autor passou a falar mão de sua pessoa, inclusive na igreja, onde era diácono, imputando a pecha de mentiroso e que não podia acreditar em anda que contasse.

Narra que L.C.P. o conhecia desde pequeno, que seu pai tinha uma boa relação com ele, bem como ele próprio conhecia todos da família dele. Que não frequentava a casa dele, a não ser por duas vezes que foi lá a serviço, que tinha seu pai sido contratado.

Importante a esta altura apontar a similitude entre as práticas do apelante, que se extrai do depoimento de ambas as vítimas, em especial tocar a vítima enquanto dirigia, masturbação, ensinar posições sexuais, apresentar seus produtos de uso sexual, mostrar vídeos eróticos, as acusações, julgadas procedentes pelo juízo *a quo*, vão em caminho diametralmente oposto às pretensões do recorrente.

Consigno ainda que eventual auxílio financeiro, seja em decorrência de alegada função religiosa, seja particularmente, não exime a promessa de pagamento ou auxílio à vítima para satisfazer às suas pretensões sexuais, pelo o que não há se falar em atipicidade de sua conduta.

Lado outro, outrossim, é de se considerar também que a exploração não se desnatura neste caso ao argumento de que para sua caracterização há de haver múltiplas ou repetidas ocorrências – afinal de contas, como se pode observar do relato da vítima, isso não se deu em uma única oportunidade, mas sim por diversas vezes.

Além do mais, como é comezinho neste tipo de crime, a prática em locais ermos, isolados de outras pessoas, como visto em ambos os casos, quando só da presença do autor dos fatos e a vítima, razão pela qual sua palavra, possui especial relevância, mormente coerente em ambas as fases, tanto policial quanto judicial.

Quanto às demais provas orais, é de verificar que, embora algumas sejam em partes conflitantes, não gera dúvida sobre a desregrada relação do patrão e seus funcionários quanto à suas preferências sexuais (respaldando à versão da 1ª vítima), como também de comportamento junto ao menor (2ª vítima).

CRC, mais próximo de ***** do que de L.P.F. e com uma amizade de muitos anos com L.C.P., na fase policial, às p. 117-118, ao que se compulsa dos autos, parece ter sido a primeira pessoa que soube dos fatos relacionados á exploração sexual, relatou o que se segue:

> *"(...) que é conhecido como R. D. T; que o depoente é amigo da família da vítima *****, 15 anos de idade; que conhece a família da vítima há mais de 11 anos, através da Igreja Congregação Cristã do Brasil, onde o depoente exerce um trabalho voluntário como Vice Secretário; que o autor L.C.P. é Diácono e Contador da Igreja; que, em fevereiro/2016, na casa do sogro do depoente, em Rio Brilhante/MS, estavam o depoente, C. (pai da vítima) e a vítima ***** conversando sobre assuntos da igreja; que, em determinado momento, o depoente começou a falar sobre L.C.P., para quem C. havia trabalhado como pedreiro no final de 2015; que C. havia trabalhado como pedreiro na chácara de L.C.P. no final de 2015, mas naquele mês de fevereiro/2016 já estava trabalhando para o sogro do depoente em Rio Brilhante/MS; que a vítima ***** contou que, em determinado dia, L.C.P. deu o carro para o adolescente dirigir até a chácara; que ***** disse que no trajeto L.C.P. começou a se insinuar sexualmente, querendo um contato mais íntimo com o garoto; que o ***** também contou que L.C.P. ofereceu um aparelho celular para manter relações sexuais com a vítima; que ***** relatou que, constantemente, L.C.P. dizia que "aquilo não era pecado"; que ***** falou que L.C.P. queria que o adolescente vestisse uma cueca na frente dele; que ***** relatou que L.C.P. "tentou" fazer com alguma coisa com ele, referindo-se a manter relações sexuais, mas não sabe de que forma isso ocorreu; que, segundo *****, L.C.P. queria que fizessem masturbação mútua; que o depoente cobrou uma postura de C., o qual disse que "não poderia fazer nada", pois "o cara é grande na cidade" e que iria deixar para a "justiça de Deus"; que C. disse que ninguém iria acreditar no filho dele; que depois recordaram que, naquela época em que estavam construindo a chácara, ***** passou a ter um comportamento diferente com L.C.P.; que inclusive L.C.P. disse para C. que não queria ver mais o adolescente ajudando na construção da chácara; que até hoje C. não quer que seu filho se envolva no assunto, dizendo*

que L.C.P. possui um cargo alto na Igreja onde congregam e é um empresário bastante "forte" na cidade."

Na fase judicial (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 295-296), disse ter conhecimento sobre os fatos de *****.

O pai de ***** e este próprio contaram ao depoente em um assentamento próximo a Rio Brilhante-MS que L.C.P. tentou manipular a genitália por cima da roupa, passava a mão.

O próprio ***** falou que, trabalhando lá com o pai dele, ele estava na cidade e chegaram a ir à chácara para levar uns frangos juntos, foi onde L.C.P. ofereceu o carro para dirigir, começou a se insinuar e a vítima não achou muito bom.

A vítima lhe contou que lá ele já tentou várias coisas, como passar a mão, tentar essa masturbação mútua, do dia que ele passou a noite lá no quarto do L.C.P., a pedido deste já que tinha um caseiro novo que eles não conheciam, quando o autor dos fatos saiu do banheiro e tentou deitar no colchão do chão com ele, tendo ***** perdido a paciência. Além disso, teve o dia do rio, em que ele estava segurando a armadilha de peixe, também, até o ponto em que o ***** contou ao seu pai. Sendo que estavam sozinhos no ocorrido.

O depoente afirmou que o pai dele tinha receio de levar para Delegacia, até mesmo com ameaças de L.C.P. do tipo: *"você é um moleque. Ninguém acredita em você. Então você fica quieto. Não fala disso com ninguém, senão vou acabar com você"*.

Afirmou que foi comentado sobre a promessa de celular, como também isso não era pecado, pois seria se fosse com um homem e uma mulher.

Em relação à personalidade de ***** disse que era um moleque muito elevado na escola e em brincadeiras, mas que não "cutucava" ninguém.

Quanto à igreja, quem levou à cúpula da igreja foi o próprio depoente e o Adeildo, mas quem que falou perante o ministério da igreja foi ele próprio.

Não tem conhecimento sobre o L.C.P. ajudar com roupas e celular usados *****.

Quando questionado, sobre a situação em que isso tudo lhe foi confessado, disse que estavam no sítio de seu sogro, próximo a Rio Brilhante-MS e quando se afastaram um pouco da casa, pois não tinha material para começar o trabalho, foram lhe contando, relatando até mesmo que levou na brincadeira ("*mas isso não é verdade?!*", porém a vítima começou a chorar, se emocionou várias vezes.

Por fim, afirmou que ficou esse relato lhe foi feito em meados de fevereiro de 2016, antes mesmo de toda a cidade ficar sabendo do que aconteceu com o outro rapaz (L.P.F.), acha que por volta de junho ou julho.

CSD, pai de *****, na fase policial, às p. 120-121, narrou que:

*Que o depoente é pai da vítima *****; que a mãe de ***** o abandonou quando ele tinha apenas 02 anos de idade e, a partir de então, passou a ser educado e criado pelo depoente; que ***** estuda pela manhã e à tarde trabalha ajudando o depoente; que o depoente é pedreiro profissional e, juntamente com sua família, congrega na Igreja Congregação Cristã do Brasil em Sonora; que conhece o autor L.C.P. há 18 anos através da igreja; que L.C.P. é Diácono da Igreja e trabalha ajudando aos necessitados; que em setembro/2015, o depoente foi contratado pelo Sr. L.C.P. para trabalhar na chácara dele como pedreiro; que o depoente trabalhou por "por empreita" e construiu a casa do caseiro, instalou a caixa d'água, construiu o abatedouro, a piscina e o aviário; que trabalhou na chácara do Sr. L.C.P. por cerca de 06 (seis) meses realizando tais obras; que acredita que recebeu do Sr. L.C.P. cerca de R$ 20 mil reais por todo o trabalho realizado; que, na maioria das vezes, o depoente ia trabalhar na chácara na segunda-feira e só retornava à cidade de Sonora aos sábados; que no final de 2015, após o encerramento das aulas, o seu filho ***** começou a ajudar*

*o depoente nos trabalhos, exercendo a função de auxiliar de pedreiro; que, em razão da ajuda de *****, o depoente o retribuía com algum valor em dinheiro ou comprando alguma coisa que ele precisasse; que não havia um valor fixo, nem um periodicidade para pagá-lo; que, no final da obra, em fevereiro/2016, o Sr. L.C.P. pediu que o depoente não levasse mais ***** para trabalhar na chácara; que, segundo L.C.P., a vítima ***** sujava muito a casa da chácara, o que dava trabalho para a esposa dele, a qual fazia a limpeza; que L.C.P. falou que precisava de privacidade na casa da chácara, a qual se destinava apenas à familiares; que em meados de fevereiro/2016, o depoente foi trabalhar como pedreiro em Rio Brilhante/MS na casa do sogro do seu amigo ROGÉRIO; que, num determinado dia, ***** contou para ROGÉRIO e para o depoente que L.C.P. "andou oferecendo celular" para adolescente para ter um contato mais íntimo, não especificando o fato; que ***** contou que L.C.P. queria fazer "masturbação" com o adolescente; que ***** ficou bravo com L.C.P., pois não havia aceitado as propostas do autor; que o depoente nunca soube detalhadamente o que aconteceu com seu filho; que chegou de perguntar para ***** o que havia acontecido com mais detalhes, mas o adolescente não tem coragem de contar detalhadamente; que a única postura que o depoente tomou foi de não mais fazer serviços para L.C.P.; que, no entanto, atualmente está trabalhando para o genro de L.C.P., chamado JOÃO; que já se encontrou com L.C.P. na Igreja, mas não conversaram; QUE O DEPOENTE NÃO TEM QUALQUER INTERESSE NA QUALIDADE DE GENITOR DA VÍTIMA ***** EM REPRESENTAR CRIMINALMENTE EM DESFAVOR DE L.C.P.; que o depoente não tem interesse de representar criminalmente "para não manchar a Igreja Congregação Cristã do Brasil".*

Em juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 295-296), disse que ficou sabendo primeiro pelo Rogério, a quem ele confessou primeiro o ocorrido, não sabe se era por vergonha do pai. Quando foi reformar a casa do sogro de Rogério, próximo a Rio Brilhante-MS, em um assentamento, ***** chamou o Rogério em um canto e, depois, este lhe contou o ocorrido.

Relata que Rogério lhe disse que L.C.P. ofereceu celular e essas coisas, não sabendo ao certo pelo o quê – tendo confirmado em momento posterior que se tratava de masturbação, o que foi contado à Rogério e depois, quando sentaram os três, ele confirmou. Disse que neste período trabalhou alguns meses lá, tendo feito vários serviços lá, tais como um abatedouro para os frangos, uma casa para o caseiro, instalou umas caixas de água, fez uns cercados onde ficava a chácara, tendo levado o ***** para lá nas férias.

Disse que ficavam todos juntos ali e teve uma vez que o L.C.P. ligou ao depoente, depois do culto, perguntando se ele poderia ir com companhia para chácara levar os pintinhos, tendo isso somente L.C.P. e *****, tendo ambos dormido lá. No dia seguinte o depoente foi para chácara, mas não notou nada de diferente.

Na delegacia não quis representar para não manchar o nome da igreja, embora todos ficaram sabendo depois.

Afirma peremptoriamente que acredita no filho e que este não gosta que nem toque no assunto.

Quanto ao L.P.F., ficou sabendo, mas que ***** não tem lembrança dele ter falado de algum caso envolvendo outros.

Quando os investigadores foram em sua casa, ***** já tinha contado para o depoente e Rogério. Isso foi depois que voltou de Rio Brilhante-MS, onde ficou uns dois meses, dois meses e meio.

Confirmou ainda que conhecia L.C.P. desde 1999 aproximadamente e que ia algumas vezes em sua casa fazer alguns serviços, inclusive este doou roupas usadas de seu filho e aparelho celular usado, hoje não querendo nem saber mais disso.

Relatou também que ***** ia acompanhado do depoente à loja S.M.C. e que evitava L.C.P. quando o encontrava, na igreja ou em outros locais.

Em relação à declaração mencionada em audiência pela defesa, assinada pelo depoente, disse que a finalidade era mais por orientação de seu pai, para não prejudicar mais ainda L.C.P..

Nesta declaração, quanto ao trecho narrado pelo magistrado, quando ia retirar desarmar a armadilha de peixes em que L.C.P. e ***** iam juntos, algumas vezes e que iam tomar banho no rio, disse que tinha vezes que iam só os dois.

Não bastasse a unicidade das declarações prestadas pelas vítimas com as demais provas até então cotejadas, é de se verificar que, como susodito, há elementos colhidos das demais pessoas levadas à oitiva, tanto policial quanto judicial que inclinam para a indubitável prática dos ilícitos aqui apurados.

Douglas, amigo próximo do acusado, em juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau), às p. 295-296, narrou que chegou a frequentar a chácara enquanto ***** algumas vezes. Presenciou algumas brincadeiras, de luta na grama, de L.C.P. e *****, mas como se fosse um filho.

Por se conhecerem muito tempo, em razão do grupo evangélico da igreja, as roupas, tênis do Júnior tem conhecimento que era passado para os dois filhos do C., até mesmo celular para o *****.

Disse que C. já prestou serviços em sua casa e, em relação a *****, aconteceu um fato (***** teria ejaculado na peça íntima de sua esposa no banheiro) com este em que sua esposa ficou muito chateada, tendo o depoente proibido dele entrar novamente em sua esposa. Fato este ocorrido antes do serviço prestado a L.C.P..

Edson de Souza, trabalhou na empresa de L.C.P., na mesma época que L.P.F., na fase inquisitorial, às p. 99-100, aduziu que:

> *"(...) que o depoente trabalha no S.M.C., em Sonora, há 02 anos, na função de vendedor; que conhece a vítima L.P.F., o qual também trabalhou na S.M.C., ajudando a gerente na função financeira; que a vítima L.P.F. começou a trabalhar na empresa depois do depoente; que conhece o seu patrão L.C.P.P há mais de 10 anos; que nunca presenciou ou ouviu comentários sobre "brincadeiras" do tipo "vamos tomar banho no rio e dormir pelados juntos na barraca", seja por parte do L.C.P., seja por parte de qualquer outra pessoa; que as brincadeiras na loja se referiam mais à times de futebol, sem qualquer conotação sexual; que, no entanto, presenciou L.C.P. e L.P.F. "brincando", um chamando ao outro de "GORDÃO"; que L.P.F. nunca demonstrou qualquer insatisfação com o serviço ou com o patrão, ou ainda, qualquer problema interpessoal; que nunca viu seu patrão sendo áspero com funcionários; que se recorda que no dia 03.02.2016, na parte da manhã, recebeu uma ligação de L.P.F., o qual informou que não iria trabalhar naquele período porque estava com a garganta ruim; que o depoente deu o recado para o JOÃO gerente; que na parte da tarde L.P.F. apareceu para trabalhar; que quando L.C.P. chegou o depoente brincou com L.P.F., dizendo: "OLHA AÍ! O RAPAZ CHEGOU PARA TRABALHAR. NÃO ERA DENGUE, ERA DENGO"; que L.C.P. fez uma brincadeira como resposta, mas não consegue se lembrar se era: "SE VOCÊ QUISER EU TE DOU UM BEIJO E VOCÊ MELHORA"; que confirma que, em certo dia, na frente da S.M.C., L.C.P. disse para L.P.F.: "POR QUE VOCÊ ESTÁ TRISTE? TEM ALGO TE DEIXANDO TRISTE? EU NÃO GOSTO DE VER NINGUÉM TRISTE!"; que L.P.F. também disse que estava doente; que acredita que L.C.P. falou: "Vixe! Melhora logo porque domingo vamos de novo para a chácara"; que L.C.P. tinha o costume de "descer" para a chácara, principalmente aos finais de tarde, acompanhado de alguém; que consegue se recordar que já acompanharam L.C.P. até a chácara: o depoente, L.P.F., ALAN, KELVIS, entre outras pessoas; que o depoente apenas ia com L.C.P. até a chácara, sem qualquer finalidade laboral, tão somente como companhia; que já chegou de ir até a chácara acompanhado de L.C.P. duas vezes, saindo de Sonora por volta das 16h; que o depoente entrou na casa da chácara, mas não entrou no quarto; que não sabe se algum funcionário teve acesso ao quarto de L.C.P.; que não sabe se algum funcionário acompanhou L.C.P. durante à noite até a chácara; DADA A PALAVRA AO D. ADVOGADO: que L.P.F. disse que iria pedir demissão porque iria estudar em Curitiba/PR".*

Em juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 295-296), afirmou o relacionamento de L.P.F. dentro da empresa era normal, tendo este saído, pelo o que ficou sabendo na época, por depressão. Não tendo conhecimento sobre os fatos ocorridos na chácara. Foi algumas vezes com L.C.P. à chácara, por vota das 17h retornando aproximadamente às 19h.

Em relação às brincadeiras, nunca teve nenhuma de cunho sexual ou homoafetivo, tampouco no ambiente de trabalho, o que acontecia era sarro por jogos de futebol, nada além disso.

Quanto ao seu depoimento na fase policial, quando L.P.F. foi entregar o atestado médico, e que brincaram não ser dengue, mas sim dengo, dito pelo próprio depoente, não se lembrando perfeitamente da brincadeira de L.C.P. sobre dar um beijo para ele melhorar.

Não notou nenhuma diferença ou atitude depressiva de L.P.F., mesmo após a ida à chácara.

Em relação ao que foi dito por L.C.P. no sentido de que "depois que a gente manda fazer as coisas e a pessoa não faz a gente manda matar alguém", disse que era para sua pessoa pois tinha feito um serviço errado dias antes, estando L.P.F. perto, umas três pessoas.

Afirma ter presenciado L.P.F. ter comentado, momento em que ***** viria à chácara, quando seria sua vez. O depoente afirma ter ido à chácara, espontaneamente, como também não tem conhecimento de outras pessoas que tenham ido por medo de retaliação.

Quanto a *****, disse que L.C.P. comentou que foi proibido pela esposa de ir à chácara por coisas do cotidiano por exceder o limite de privacidade, como entrar com o pé sujo, tomar tereré e não repor a garrafa.

JCPD, genro de L.C.P., na fase inquisitorial, às p. 102-103, aduziu que:

> *Que o depoente é gerente da S.M.C., cujo proprietário é o Sr. L.C.P.; que o depoente também é sócio de L.C.P. na Vidraçaria Sonora; que o depoente também é genro de L.C.P., pois é casado com a filha dele, chamada A., há nove anos; que o depoente contratou a vítima L.P.F. no ano de 2015 para exercer a função de auxiliar financeiro; que nas relações laborais L.P.F. nunca teve qualquer problema, seja com o depoente, seja com o dono L.C.P., seja com os demais funcionários; que quando L.P.F. se desligou da empresa disse que iria trabalhar e estudar em Curitiba/PR; que nunca presenciou ou ouviu L.C.P. fazendo "brincadeiras" do tipo "vamos tomar banho no rio e dormir pelados juntos na barraca"; que o depoente fazia brincadeiras com L.P.F., mas nenhuma de cunho sexual; que L.C.P. levava funcionários para acompanhá-lo até a chácara; que o depoente já foi até a chácara, sozinho e acompanhado de L.C.P.; que das vezes que acompanhou L.C.P. foram à chácara no final de tarde; que entre os funcionários que acompanharam L.C.P. pode citar: ALAN, OSMAR, FÁBIO, entre outros; que acredita que os funcionários sempre iam até a chácara "durante o horário comercial"; que não sabe de nenhum funcionário que tenha ido à noite até à chácara; que L.C.P. tem criação de frangos na chácara; que não conhece nenhuma restrição os frangos (pintinhos) serem transportados durante o dia em razão do calor; que das vezes que levou frango até a chácara foi durante o dia; que o depoente tem acesso a todos os cômodos da casa na chácara, inclusive ao quarto de L.C.P., já que frequentava a propriedade na condição de genro; que inclusive, o depoente já chegou a dormir com sua esposa naquele quarto, em razão de visitas estarem ocupando outros quartos no final de semana; que nunca viu objetos de cunho erótico (preservativos, lubrificantes, "bomba") no interior do quarto; que não sabe se funcionários tinham acesso ao quarto de L.C.P. na chácara; que no trato com os funcionários L.C.P. sempre foi muito brincalhão; que nunca viu L.C.P. sendo rude ou arrogante com algum funcionário; que L.C.P. fazia brincadeiras "normais", a exemplo de "tirar sarro de times de futebol ou notícia do dia"; que nunca viu L.C.P. e L.P.F. um se referindo ao outro como "GORDÃO"; que nunca viu L.C.P. ou algum funcionário mostrando vídeos pornográficos através de aparelhos celulares ou computadores; que não se recorda de, em certa data, ter entregue o valor de R$ 300,00 para L.P.F., a fim de que este repassasse o valor para L.C.P., referente à venda de 21 frangos; DADA A PALAVRA DA DEFESA: que quando dormiu no quarto de L.C.P. na chácara não abriu o criado-mudo.*

Em juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 295-296), aponta não saber sobre L.P.F. ter ido à chácara.

Na época era gerente da loja e que era comum ele próprio, o Fábio, o "Edinho" e os outros funcionários irem à chácara, ir levar materiais, à trabalho, normalmente durante o dia, desconhecendo sobre o melhor horário sobre levar os frangos.

Disse que eram normais brincadeiras sobre notícias do dia, futebol e não de cunho sexual.

L.P.F., como funcionário, foi o próprio depoente que o contratou, por indicação de sua tia, sendo ele um funcionário normal, com brincadeiras normais do dia a dia, cujo pedido de saída foi para ir para Curitiba-PR.

Em relação a *****, relatou que o conhecia desde criança, como de L.C.P. e da família, tanto que na construção do sítio, o depoente participou da contratação do pai dele e ***** estava junto, pois era ajudante do pai.

Narra que ***** sempre foi brincalhão, de tirar sarro, inclusive com L.C.P., já que era de casa. Também que ***** ia à loja após o ocorrido, tomar água e café, tendo até mesmo pedido um emprego quando completasse 18 anos.

LLS, amigo próximo de L.C.P., conhecido há mais de 20 anos, na fase administrativa, na fase judicial (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau), às p. 295-296, disse que fornecia areia e pedra para loja dele, razão pela qual ia bastante até lá.

Afirmou que conhecia L.P.F. e, em relação a brincadeiras, disse que L.C.P. brincava muito com todos, não com uma pessoa em específico.

Em momento posterior em seu depoimento, disse que ia a serviço à chácara de L.C.P., indo à sexta-feira e voltando no domingo.

Quanto a *****, afirmou que o conhecia desde pequeno, desde criança, tendo este brincadeiras fora do padrão, de "pegação", e se a pessoa não gostasse ele virava a cara, mas, depois em seu depoimento, que não eram de cunho sexual.

L.C.P. brincava com outras pessoas, não se recordando dele pegar nos órgãos genitais de outras pessoas, mas, embora tenha demonstrado certo desconforto, que ele já fez isso com o depoente.

Aduz que não notou mudança de comportamento de ***** após a ida à chácara e, quando estavam trabalhando, que chegou a ir lá, presenciado brincadeiras como piadas, estando ***** sempre por perto. Também que a esposa de L.C.P. havia proibido ***** de ir à chácara, pois ele entrava na casa com pé sujo, como também ele tinha liberdade de pegar as coisas na geladeira.

LM, funcionário e amigo de L.C.P., na fase administrativa, às p. 105-106, narrou o que se segue:

> *"(...) que o depoente trabalha na SC desde 2010 na função de auxiliar de escritório; que L.P.F. trabalhava na S.M.C. e ia até a SC cerca de duas vezes na semana para levar algum documento ou tratar de assuntos profissionais; que considera o Sr. L.C.P. como um amigo; que já ouviu o Sr. L.C.P. fazer "brincadeiras" com L.P.F., dizendo "VAMOS DORMIR JUNTINHO NA BARRACA" e "TOMAR BANHO DE RIO"; que, no entanto, esse tipo de brincadeira também era direcionada a outras pessoas; que o depoente é homossexual assumido; que quando L.P.F. chagava na empresa o Sr. L.C.P. fazia brincadeira do tipo: "VOU ARRANJAR O LUANDER PARA VOCÊ!"; que o depoente "levava na esportiva" e todos, inclusive L.P.F., riam da situação; que sabe que MARCELO já acompanhou L.C.P. até a chácara durante o dia; que não sabe se L.C.P. levou outros funcionários até lá, nem sabe dizer se foi de dia ou á noite; que o depoente já foi à chácara em confraternizações da família, aos finais de semana; que o depoente passava o dia pescando na chácara e tinha acesso a todos os cômodos da casa, a exceção do quarto de L.C.P.; que não sabe se L.P.F. teve algum problema, seja pessoal, seja trabalhista com o Sr. L.C.P. ou outros funcionários; que os Sr. L.C.P. é bastante tranquilo no trato com os funcionários e raramente dá bronca; que nunca reparou se L.C.P. e L.P.F. se tratavam pelo apelido de "GORDÃO"; que sempre tratavam*

*pelo prenome; que na SC já houve situações em que o Sr. L.C.P. e funcionários mostravam vídeos pornográficos uns aos outros; que, no entanto, não sabe se L.P.F. chegou a ver algum vídeo dessa natureza naquele local**;** que o depoente confirma que no final do ano de 2015 mandou uma mensagem para L.C.P. com o final "eu te amo", o que acabou gerando ciúmes em Dona M., esposa do Sr. L.C.P.; que a própria Dona M.M.O. mandou mensagem para o depoente, questionando-o, querendo explicações, demonstrando ciúme; que não sabe o que é "GOINAGEM" e nunca ouviu falar em tal palavra; que o depoente tinha um relacionamento amoroso com ALISSON "AMARELO"; que esse relacionamento era bem reservado, mas várias pessoas tinham conhecimento disso, inclusive, o Sr. L.C.P.; que quando ALISSON era vivo veio à tona um vídeo íntimo dele; que o próprio ALISSON mandou tal vídeo para o depoente; que não sabe se o Sr. L.C.P. teve acesso a esse vídeo;*

Em Juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 295-296), disse que conheceu L.P.F. da S.M.C. quando levava documentos à SC, onde o depoente trabalhava, não tendo presenciado nenhuma brincadeira de cunho sexual.

Quanto ao senhor L.C.P., relatou que tinha brincadeiras de cunho sexual, mas que não eram todas, mostrando até mesmo fotos e vídeos, mais para si e para o Marcelo. Ainda em relação a seu patrão, posteriormente em sua oitiva, afirma que L.C.P. já disse realmente que "iria arrumar o Luander para você" a L.P.F., sendo que este apenas ria. Ainda que L.C.P. tinha um temperamento normal, apenas chamava a atenção quando fazia algo errado, normal de patrão.

Quanto ao computador da empresa, afirma o depoente que o usou por cerca de um ou dois meses enquanto o seu formatava, como também relatou que chegou a receber conteúdos eróticos, tais como homens pelados, vídeo de um rapaz que tinha um relacionamento, não se recordando tudo ao certo. Embora tivesse um celular próprio com acesso à internet, queria baixar para colocar em um pen-drive, armazenando os arquivos em uma pasta escondida, porém acredita que acabou esquecendo. Mostrado os arquivos pelo magistrado, afirma que quase todas eram suas, e não totalmente suas.

Após a saída de L.P.F. da empresa o viu em festas, umas duas vezes e que estava normal.

Narrou que já foi à chácara, sempre acompanhado com outra pessoa, não tendo conhecimento de outras pessoas que tenham ido no período à noite. As vezes que foi era à lazer, sabendo que Marcelo também tinha ido à lazer. Quanto aos outros funcionários era somente para entregar materiais, uma vez que estava fazendo uma obra lá. Em momento posterior em seu depoimento, aduziu que ficou sabendo por L.C.P. quando ele foi acusado, não sabendo de ter ocorrido com outros funcionários. Em relação ao comportamento funcional de L.P.F., não sabe de reclamações.

Em relação a *****, sabe que seu pai estava prestando um serviço na chácara. Não sabendo nada em relação ao seu comportamento de *****, já que presenciou poucos momentos com ele.

M.J.P., amigo muito próximo de L.C.P. e sócio da empresa de contabilidade, na fase inquisitorial, às p. 97-98, aduz que:

"Que é sócio do autor L.C.P. na SC há 03 anos; que também trabalha com L.C.P. há 14 anos e o considera como seu "segundo pai"; que possui uma amizade com L.C.P. há cerca de 17 anos; que o depoente trabalha durante o horário comercial na SC; que conhece a vítima L.P.F., o qual trabalhava na S.M.C. na função de auxiliar financeiro; que cerca de 10 (dez) vezes por mês L.P.F. se dirigia até a SC para tratar de algum assunto; que já ouviu, "por pelo menos uma vez, L.C.P. "brincar" com L.P.F., chamando-o para "tomar banho de rio e dormir na barraca pelados juntos"; que inclusive o depoente fez esse tipo de "brincadeira" com o L.P.F. e, também, com outras pessoas; que esse tipo de "brincadeira" se dava quando estavam apenas homens conversando; que L.P.F. "entrava na brincadeira", ria e não demonstrava que não estava gostando; que também havia outras "brincadeiras" do tipo: "vou te arranjar um namorado"; que esse tipo de "brincadeira" era feito com várias pessoas e não especificamente com L.P.F.; que o próprio depoente brincava, dizendo que um homossexual chamado "Marquito" iria "casar" com L.P.F.; que L.P.F. sempre "levava na

brincadeira"; que L.C.P. sempre chamava pessoas, funcionários ou clientes, para acompanhá-lo até a chácara; que as pessoas o acompanhavam não para trabalharem, mas apenas para fazer companhia; que os funcionários que iam até a chácara iam na condição de "amigo" e não para exercer qualquer atividade laboral; que o depoente já acompanhou L.C.P. até a chácara várias vezes; que pode citar os funcionários que acompanharam L.C.P. até a chácara: ALAN, VÍTOR HUGO, JOSÉ AUGUSTO, etc.; que de fato L.C.P. chegou a conversar com o depoente sobre posições sexuais; que L.C.P. aconselhava o depoente a aprender sobre tipo de assunto para satisfazer a esposa; que o depoente sempre recebeu conselhos deste tipo de L.C.P. desde muito novo; que L.P.F. nunca teve nenhum problema na empresa, seja em relação a direitos trabalhistas, seja nas relações interpessoais; que dias antes de L.P.F. se desligar da empresa ele apresentou um atestado de afastamento por 120 dias em decorrência de "depressão"; que o depoente orientou L.P.F. a procurar o INSS; que dias depois L.P.F. se desligou definitivamente da empresa; que perguntado como define L.C.P., o depoente diz que o autor é "brincalhão", mas como sofre de "depressão" às vezes fica mais calado e rude; que já viu L.C.P. sendo rude com funcionários, mas não especificamente com L.P.F.; que L.P.F. e L.C.P. se tratavam por "GORDÃO"; que um se referia ao outro como "GORDÃO" em razão da magreza de ambos; QUE DADA A PALAVRA AO D. ADVOGADO: que era muito comum na SC os funcionários e L.C.P. mostrarem vídeos pornográficos uns aos outros, utilizando aparelhos celulares ou computadores"

Em Juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 295-296), relatou que tomou conhecimento superficialmente sobre o ocorrido da chácara, quando foi chamado à Delegacia.

Com relação aos hábitos, disse que era comum irem para pouso, não tendo um horário específico para irem, como também era diversa a quantidade de pessoas que o acompanhava, sendo que nunca era a trabalho, quem fosse seria à lazer, tais como ir ao rio ou churrasquear.

Desconhece o ambiente de trabalho de L.P.F. – a S.M.C. –, mas, enquanto na empresa de contabilidade, quando tinha contato com ele, era comum a brincadeira, inclusive envolvendo um outro menino que trabalhava com o depoente (Luander), a respeito de homoafetividade, entre ambos, sendo recíprocas, não tendo L.P.F. em nenhum momento achado ruim, sempre ria.

Quanto a *****, ficou sabendo o que ocorreu em razão de conversa pela cidade de que depois de iniciado um processo (o do L.P.F.), iria ser adicionado o outro menino também – ficou sabendo através de CRC.

M.M.O., em Juízo (por sistema audiovisual disponível no SAJ de 1º Grau às p. 295-296), esposa do apelante, afirma que tinha conhecimento dos produtos, como lubrificantes e camisinhas, no quarto da chácara, de uso pessoal, adquirido por ambos.

Nos últimos dias que ***** estava na chácara, tinha-o proibido de adentrar lá, pois era muito atrevido, não saía de dentro da casa e atrapalhava os seus serviços, como não limpar os pés, uso da geladeira, usava os dois banheiros e esperma nos sanitários.

Afirma que o conhecem desde recém-nascido, sendo que doava roupa e celular para ele, como também relata que sempre brincava, muitas das vezes em sua frente, na frente do pai, de luta, coisa de guri.

Pois bem.

Feito este cotejo, além do apelante, de L.P.F. e sua tia e de *****, seu pai e Cláudio Rogério, as demais pessoas em que se colheu depoimento – em especial dando suporte aos fatos de brincadeiras corpo a corpo, pegar em órgão genital, fotos e/ou vídeos eróticos no computador do apelante, a estranha ida do apelante no período noturno à chácara, as idas ao rio –, aliado ao fato de ter sido apreendida a bomba peniana na chácara do autor, colocam uma pá de cal em qualquer conclusão pela absolvição, seja por insuficiência, seja por atipicidade da conduta.

Destarte, a vítima sempre externou o ocorrido com coerência e riqueza de detalhes, sem olvidar ser plenamente aceito na jurisprudência que nos crimes sexuais a palavra da ofendida ganha especial relevo, máxime quando amparada em outras provas, justamente em razão dos delitos dessa natureza serem, de regra, cometidos às ocultas, sem a presença de testemunhas.

Nesse diapasão, o aresto do Superior Tribunal de Justiça, bem como a jurisprudência pátria, *in verbis:*

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A. INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. INEXISTÊNCIA. TESE DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REAPRECIAÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL APTA A EMBASAR A CONDENAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2.* ***Esta Corte Superior tem o entendimento jurisprudencial no sentido de que nos crimes sexuais, a palavra da vítima, desde que coerente com as demais provas dos autos, tem relevância como elemento de convicção, sobretudo porque, em grande parte dos casos, tais delitos são perpetrados às escondidas e podem não deixar vestígios.*** *3. Agravo regimental não provido." (STJ – AgRg no AREsp 312.577/RN, Rel.: Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, Julgado em 17/12/2013, Publicado no DJe em 03/02/2014). (Destacou-se).*
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. AUTORIA. SÚMULA N. 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. PRECEDENTE. AGRAVO DESPROVIDO. (...)*
>
> *- "A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso" (HC 143.681/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 2.8.2010). Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 482.281/BA, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 16/05/2014)*
>
> *EMBARGOS INFRINGENTES – ESTUPRO (ART. 213 CAPUT, DO CP) – ALMEJADA A ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE PROVADAS – PALAVRA DA VÍTIMA AMPARADA EM CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – CABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* ***Não cabe absolver do crime de estupro quando as provas dos autos são seguras a demonstrar que o réu, mediante violência e grave ameaça, constrangeu a vítima a ter com ele conjunção carnal, contra sua vontade****. (...) (EI 00065115820118120021 MS 0006511-58.2011.8.12.0021 - Seção Criminal Relatora Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha Julgado em 27 de Janeiro de 2016) (Destacou-se)*
>
> *Nesse ínterim e pela análise probatória conclui-se pela ocorrência do delito em tela, porquanto o apelante anunciou um mal futuro, injusto e grave à vitima, e a mesma demonstrou temor de que as ameaças se concretizassem.*

Deste modo, portanto, com razão o magistrando quando:

> *"No caso dos autos, as declarações da vítima são corroboradas pelos áudios apresentados, os quais, incidam a efetiva ocorrência dos fatos imputados ao réu. Ainda, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão foram apreendidos diversos objetos de cunho sexual, incluindo-se uma bomba peniana, a qual foi citada pela vítima em suas declarações. Portanto, o conjunto probatório não se restringe às declarações da vítima, pois há outras provas corroborando as suas declarações.*
>
> *(...)*
>
> *No caso dos autos, a tipicidade do delito ficou comprovada, pois no dia 28 de fevereiro de 2016, o denunciado, prevalecendo-se de sua condição de superior hierárquico inerente ao exercício de emprego, haja vista ser empregador da vítima, constrangeu L.P.F. a ir em*

local distante com ele, a pretexto de desempenhar atividade laboral, e lá passou a tocar em seu corpo, inclusive no órgão genital da vítima, mostrar fotos e vídeos com conteúdo pornográfico e fazer propostas de cunho sexual, constrangendo-o a praticar atos libidinosos. Além disso, trancando a vítima em um quarto e passou a manejar seu próprio pênis com uma bomba peniana na frente dela. Ademais, após as recusas da vítima, ameaçou enforca-la caso contasse o ocorrido a alguém.

No mais, diante do contexto no qual os fatos se deram, denota-se que o réu agiu com dolo (consciência e vontade de constranger a vítima), prevalecendo-se de sal condição de superior hierárquico (pois a vítima somente acompanhou o réu ao sítio por ser empregado dele e temer perder seu emprego, conforme declarado por ela), tendo constrangendo-a a praticar atos sexuais contra a sua vontade. Verifica-se ainda, pelos áudios constantes nos autos que as importunações de conteúdo sexual ocorreram por diversas vezas, sempre relacionadas com o vínculo de trabalho mantido com a vítima.

Perfeitamente configurada, assim, a conduta típica estipulada no art. 216-A do Código Penal, uma vez que preenchidos todos os elementos normativos necessários à caracterização do delito.

(...)

Tais fatos demonstram que o réu faz das ameaças e intimidações um hábito em sua vida, sendo crível que tenha, de fato, ameaçado a vítima naquele contexto de constrangimentos com fins sexuais, mesmo porque expôs a sua intimidade e as suas preferências sexuais, tendo a ameaça a finalidade de evitar que a vítima revelasse o ocorrido naquele dia.

(...)

Acresça-se ainda, que a conduta perpetrada pelo réu se afigura suficiente a incutir temor na vítima que pediu demissão do emprego em virtude do temor abalo psicológico, bem como registrou o ocorrido na Delegacia de Polícia e representou criminalmente em desfavor do acusado.

Dessa forma, em que pese o esforço da defesa e a negativa do réu, é forçoso concluir que o acusado ameaçou causar mal injusto e grave à vítima L.P.F. dizendo que ‘uma amizade assim dura até que o outro faça uma cagada’ e que ‘se ele revelasse os segredos teria que ser enforcado’.

Ressalte-se que embora a conduta exteriorizada por essa última frase (se ele revelasse os segredos teria que ser enforcado) não tenha sido capitulada pelo Ministério Público como ameaça, a denúncia narrou com precisão o fato (f. 4), permitindo-se o efetivo exercício do direito de defesa do réu’.

(...)

Da prova oral carreada aos autos, resulta inequívoco que a autoria dos fatos recaem sobre o denunciado, uma vez que parte das testemunhas inquiridas em juízo confirmarem a prática do ocorrido.

A vítima confirmou os fatos descritos na denúncia. Afirmou que o réu o molestou, pegou em seu órgão sexual, mostrou-lhe fotos e vídeos eróticos e ofereceu-lhe presentes caso se masturbasse em sua presença, o que torna a condenação imperiosa. No mesmo sentido foi também o depoimento da testemunha OAF, CSD e CRC.

(...)

No mais, embora as testemunhas arroladas pelo réu tenham dito que a vítima era um adolescente sem limites e brincalhão, inclusive que realizava brincadeiras de natureza sexual, tais fatos não são objetos de apuração no presente processo e ainda que isso ocorresse, a vítima não perde a proteção estatal a que lhe é conferida por já ter tido prévio contato sexual com outrem, por ter demonstrado interesse no assunto ou por, eventualmente, fazer brincadeiras nesse sentido.

Além disso, deve ser ressaltado que a vítima era adolescente (15 anos) à época e suas condutas, caso, de fato tenham existido, em nada influíram para a ocorrência do crime, não justificando a atitude do réu

Ao revés, essa possível sexualidade exacerbada do adolescente pode ser fruto das situações e constrangimentos a que estava sendo submetido pelo réu que insistia em importunar-lhe com carícias, imagens, conversas e ofertas de vantagem em troca de favores sexuais.

(...)

Conclui-se que houve a efetiva prática de atos libidinosos pelo réu ao determinar que o adolescente realizasse posições sexuais, visualizasse fotos de indivíduos nus e seminus praticando sexo e permitisse que o réu visse e manipulasse seu órgão genital, tudo isso com o oferecimento de vantagens e presentes, conforme foi amplamente demonstrado pelas testemunhas inquiridas e pelo laudo de f. 125-144.

Portanto, das provas carreadas aos autos, que são harmônicas e coesas, com as demais provas dos autos, evidenciam a prática delitiva narrada na inicial, estando a negativa de autoria totalmente dissociada do contexto probatório e destituída de qualquer comprovação nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Assim, ante todo o acervo probatório e a caracterização dos ilícitos penais, incabível o pedido de absolvição.

III. Da pena

Subsidiariamente, pela redução da pena aplicada, em decorrência do decote da circunstância judicial da culpabilidade e redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria pela incidência das atenuantes, como também pela substituição das penas (art. 44, CP) por restritivas de direitos ou suspensão condicional da pena (art. 77, CP).

A culpabilidade, em síntese, foi valorada pelo magistrado sentenciante, em síntese, por ter atraído "*a vítima para um local distante como forma de tentar obter maior êxito na prática do crime*".

Acerca da culpabilidade, Guilherme de Souza Nucci preconiza que:

> "*(...) Trata-se da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do delito (onde, além da reprovação social, analisou-se a imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito). Entretanto, volta o legislador a exigir do juiz a avaliação da censura que o crime merece - o que, aliás, demonstra que esse juízo não incide somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu -, justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida. Frisando que culpabilidade incide tanto sobre o fato, quanto sobre o seu autor (...). Levar em consideração um mesmo fator em diferentes estágios não é incomum: o próprio art. 59 é utilizado tanto para a fixação da pena como para a análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de sursis, concessão do* ***regime*** *aberto etc.). A culpabilidade, acertadamente, veio a substituir as antigas expressões "intensidade do dolo" e "graus da culpa". Para compor o fato típico, verifica o magistrado se o dolo foi "intenso" ou não, se a culpa foi "grave" ou não. O elemento subjetivo, portanto, não deve servir para guiar o juiz na fixação da pena, pois, nesse contexto, o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso. Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista neste artigo, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + conseqüências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso". (in Código Penal Comentado – Guilherme de Souza Nucci. 11ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2012 - página 422)*

> *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é assente no sentido de que "a fixação da pena-base, com fulcro nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não*

obedece a critério objetivo ou matemático, sendo conferido certo grau de discricionariedade ao julgador na valoração desses elementos, respeitando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e considerando as circunstâncias concretas do caso". (HC 219.953/MS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013)

Em outras palavras, "*a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para tanto*". (AgRg no REsp 1219899/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/02/2014, DJe 06/03/2014)

No mesmo sentido:

"(...) Inexistência de patamar fixo para elevação da reprimenda, relacionado à quantidade de circunstâncias desfavoráveis. O Juiz de Direito, no exercício de seu livre convencimento motivado, poderá exasperar a pena na proporção que entender mais adequada à repreensão do delito(...). Recurso de apelação desprovido. (TJSP; APL 0019253-07.2006.8.26.0602; Ac. 6654861; Sorocaba; Terceira Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Amado de Faria; Julg. 09/04/2013; DJESP 22/04/2013)"

(...) O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido da impossibilidade de mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa, pois a lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, de modo que o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido (...) (HC 180.806/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/11/2014, DJe 17/11/2014)

Dessa forma, não cabe alteração da pena-base quando fixada em patamar acima do mínimo legal devido à presença de circunstância judicial desfavorável, devidamente fundamentada.

No tocante ao patamar de exasperação utilizado pelo magistrado, apesar de estar pouco acima do critério comumente adotado por esta Câmara Criminal apenas em relação ao crime previsto no artigo 216-A do Código Penal, entendo que a pena aplicada se mostra necessária e adequada ao caso, mormente diante das graves consequências impingidas à vítima, consoante evidenciado no laudo de p. 28.

Com relação a segunda fase da dosimetria, não há que se promover alterações em suas penas, em razão da inexistência de atenuantes e agravantes reconhecidas e além disso mesmo que houvesse, a pretensão de redução da pena aquém do mínimo legal esbarra na súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Impende destacar que referido posicionamento do STJ, foi reafirmado por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.117.073/PR, do qual transcreve-se a ementa:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65, 68, CAPUT, E 213 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.

2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.

3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudices dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.

4. Recurso especial conhecido e provido para afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Acórdão sujeito ao que dispõe o art.

543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008.

(REsp 1117073/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 29/06/2012) (Destacou-se)

No mesmo sentido trago julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM GRAU MÉDIO (1/4). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – ***A jurisprudência pacífica desta Corte e do STJ é no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não reduz a pena para aquém do mínimo legal****. II – O Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformou a sentença condenatória para aumentar a fração de redução da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para ¼ (um quarto). A Corte regional deixou de aplicar o redutor no grau máximo permitido por entender que o comportamento do recorrente apresentou um maior grau de reprovabilidade, diferente da conduta das chamadas "mulas", haja vista ter adquirido a droga com seus próprios recursos, para posterior revenda. III – Mantida a reprimenda no patamar superior a 4 (quatro) anos, fica superado o pedido de conversão da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. IV – A fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao recorrente está em desconformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, o que não ocorreu na espécie. V – Recurso ordinário provido em parte, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao recorrente. (RHC 118996, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2014 PUBLIC 07-03-2014) (Destacou-se)*

DOSIMETRIA. MENORIDADE. ATENUANTE GENÉRICA CONFIGURADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. SÚMULA 231 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ***Inviável acoimar de ilegal o acórdão objurgado no ponto em que, embora reconhecida a menoridade do acusado, não reduziu a sua pena aquém do mínimo legalmente previsto em lei na segunda fase da dosimetria, em estrita observância à Súmula 231 desta Corte Superior de Justiça****.(HC 298.123/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 01/10/2014) (Destacou-se)*

PENAL E PROCESSUAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DE REDUTOR. SÚMULA 7 DO STJ. ATENUANTE. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. A Corte de origem negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, concluindo que a agravante integra organização criminosa. Rever essa premissa importa em incursão no conteúdo fático-probatório carreado aos autos, tarefa

inviável em recurso especial, a teor da Súmula 7 deste Tribunal. ***Descabe a redução da pena, na segunda fase da dosimetria, a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante, nos termos da Súmula 231 desta Corte.*** *Não preenchido o requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 647538 SP 2015/0016628-9, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 09/06/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/06/2015) (Destacou-se)*

Some-se a isso, ensina a doutrina que "*as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador*"[6].

Incabível a substituição da pena corporal pelas restritivas de direito, por não restar atendido o pressuposto objetivo nos termos do artigo 44, I, do Código Penal.

Do mesmo modo, não estão preenchidos os requisitos do artigo 77 do Código Penal, motivo pelo qual inviável a concessão do benefício da suspensão condicional da pena.

No que tange aos prequestionamentos, tenho que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais, em razão de ter sido amplamente debatido nos presentes autos.

Ante o exposto, em parte com o parecer, conheço parcialmente do recurso interposto, refuto as preliminares aventadas e, no mérito, nego provimento.

É o voto.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista do revisor (Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva), após o relator conhecer parcialmente do recurso, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso o vogal aguarda sustentação oral realizada pelo advogado Tiago Bunning Mendes (OAB: 18802/MS).

VOTO (EM 08/04/2021)

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Revisor)

O apelante L.C.P. resultou condenado pela prática de três delitos: ameaça (art. 147), assédio sexual (art. 216-A) e favorecimento da prostituição ou de outra forma exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, § 2º, I), todos do Código Penal.

Pedi vista para analisar algumas questões levantadas pela defesa em sustentação oral, principalmente a relativa à falta de relação entre a sentença e a denúncia quanto ao crime de ameaça, e à correta tipificação do delito de favorecimento da prostituição ou de outra forma exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

1 - No que toca ao delito de ameaça, tendo por vítima L.P.F.

Quanto à alegada violação ao princípio da correlação, tenho que não ocorreu, posto que o delito de ameaça, ainda que no campo relativo à descrição de outro delito, restou narrado pela peça acusatória.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Revista dos Tribunais, 2008. p. 427

Basta ver que a f. 03/04 a denúncia narra o seguinte: (…) vendo que a vítima estava desesperada e implorando para ir embora, LC decidiu recompor-se. Antes, porém, o réu ameaçou a vítima dizendo que, se ela revelasse os seus segredos, teria que ser enforcada".

Viu-se que a denúncia, no campo próprio ao delito de ameaça, esclareceu que diante dessa afirmativa, complementada pela outra ("uma amizade assim dura até que o outro faça uma cagada") a vítima sentiu-se aterrorizada.

Assim, considerando que o réu se defende dos fatos narrados, e não da capitulação penal, impossível alegar-se surpresa e/ou ofensa ao princípio da correlação e, consequentemente, aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A prova da ocorrência de tal delito também resultou cristalina, em especial pelas declarações da vítima que, na espécie, merecem especial relevância.

É certo que a testemunha de defesa, Edson de Souza, em Juízo (f. 295/296) afirmou que quando o apelante disse que "depois que a gente manda fazer as coisas e a pessoa não faz a gene manda matar alguém", estava se dirigindo a ele, Edson, porque ele tinha feito um serviço errado dias antes.

Porém, mesmo que assim tivesse sido, não foi por esta afirmação que o apelante resultou denunciado, conforme acima visto.

Imperiosa a condenação.

2 – Do delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, § 2º, I), do Código Penal.

Analisando com vagar a prova dos autos, tenho que o delito também se configurou, pois restou demonstrada a prática de atos libidinosos entre o apelante e a vítima *****, pessoa que, na época, contava com 14 (quatorze) anos de idade, e se encaixa no conceito de vulnerabilidade estabelecido pelo tipo do artigo sob análise.

Também restou provado que os atos libidinosos ocorriam mediante pagamento ou promessa de pagamento, pois a vítima recebeu uma cueca e a promessa de um celular em troca dos favores sexuais ao apelante, tanto que o próprio apelante, ao ser interrogado em Juízo, afirmou que "praticamente vestia o menino", referindo-se a *****.

Douglas, amigo de longa data do apelante, confirmou em Juízo que ***** recebia roupas e tênis, porém, isso também acontecia com o irmão da vítima. Tem conhecimento também de que ***** recebeu celular.

O STJ definiu que a tipificação do delito sob análise independe da participação de terceiro, ou seja, basta que alguém pague, ou se proponha a pagar, a pessoa naquela faixa etária, vulnerável economicamente, para satisfazer sua lascívia. Exemplo claro disso são os seguintes julgados da Corte da Cidadania, um de cada Turma:

> *RECURSO ESPECIAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU DE OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE OU DE VULNERÁVEL. TIPICIDADE. CIENTE OCASIONAL. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. O inciso I do § 2º do art. 218-B do Código Penal é claro ao estabelecer que também será penalizado aquele que, ao praticar ato sexual com adolescente, o submeta, induza ou atraia à prostituição ou a outra forma de exploração sexual. Dito de outra forma, enquadra-se na figura típica quem, por meio de pagamento, atinge o objetivo de satisfazer sua lascívia pela prática de ato sexual com pessoa maior de 14 e menor de 18 anos.*

2. A leitura conjunta do caput e do § 2º, I, do art. 218-B do Código Penal não permite identificar a exigência de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com adolescente de 14 a 18 anos se dê por intermédio de terceira pessoa. Basta que o agente, mediante pagamento, convença a vítima, dessa faixa etária, a praticar com ele conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

3. Pela moldura fática descrita no acórdão impugnado se vê claramente que o recorrido procurou, voluntariamente, a vítima e, mediante promessa de pagamento, a induziu à prática de atos libidinosos, a evidenciar seu nítido intuito de exploração sexual da adolescente, o que justifica o restabelecimento de sua condenação.

4. Recurso provido para restabelecer a sentença monocrática, que condenou o réu à pena de 4 anos e 8 meses reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal. (STJ, REsp 1490891/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 02/05/2018).

HABEAS CORPUS. (…) FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU DE OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE OU DE VULNERÁVEL. (…) ATIPICIDADE DA CONDUTA IMPUTADA AO PACIENTE. ATOS LIBIDINOSOS PRATICADOS COM CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. ENQUADRAMENTO DOS ADOLESCENTES NO CONCEITO DE RELATIVAMENTE VULNERÁVEIS CONTIDO NO ARTIGO 218-B DO Código Penal. PUNIÇÃO APENAS DA TERCEIRA PESSOA QUE INSERE O MENOR NA PROSTITUIÇÃO OU EM OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE QUE PRATICA ATO LIBIDINOSO COM MENOR SUBMETIDO, INDUZIDO OU ATRAÍDO À PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. INTELIGÊNCIA DO INCISO I DO § 2º DO ALUDIDO DISPOSITIVO LEGAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. 1. Nos termos do artigo 218-B do Código Penal, são punidos tanto aquele que capta a vítima, inserindo-a na prostituição ou outra forma de exploração sexual (caput), como também o cliente do menor prostituído ou sexualmente explorado (§ 1º). 2. Na espécie, o paciente, a quem se imputou a exploração sexual dos ofendidos, também figurou como "cliente" dos menores, com eles praticando atos libidinosos, fatos que se enquadram na figura do inciso I do § 2º do artigo 218-B do Estatuto Repressivo. Precedentes. 3. O crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente busca proteger a dignidade sexual do vulnerável, assegurando que possa se desenvolver de forma saudável, e, no momento apropriado, decidir livremente o seu comportamento sexual. 4. Diferentemente do que ocorre nos artigos 217-A, 218 e 218-A do Código Penal, nos quais o legislador presumiu de forma absoluta a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos, no artigo 218-B não basta aferir a idade da vítima, devendo-se averiguar se o menor de 18 (dezoito) anos não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou por outra causa não pode oferecer resistência, o que ocorre, na maioria das vezes, mediante a comprovação de que se entrega à prostituição devido às suas más condições financeiras. Doutrina. 5. No caso dos autos, não há que se falar em atipicidade da conduta sob o argumento de que os adolescentes teriam consentido com a prática dos atos libidinosos, uma vez que a vulnerabilidade dos ofendidos restou devidamente comprovada no acórdão impugnado, tendo a autoridade impetrada registrado que o paciente, aproveitando-se da situação de miserabilidade dos ofendidos, os atraiu a se prostituírem, com eles mantendo relações sexuais mediante pagamento, o que caracteriza o delito do artigo 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CRIME QUE NÃO EXIGE HABITUALIDADE PARA A SUA CONSUMAÇÃO. APLICAÇÃO FUNDAMENTADA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 71 DO ESTATUTO REPRESSIVO. ILEGALIDADE INEXISTENTE. 1. O crime previsto no inciso I do § 2º do artigo 218 do Código Penal se consuma independentemente da manutenção de relacionamento sexual habitual entre o ofendido e o agente, o que permite a incidência da causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal. Doutrina. 2. Não se tratando de crime cuja consumação depende da habitualidade, e tendo a autoridade impetrada justificado fundamentadamente a incidência da causa de aumento relativa à continuidade delitiva, o seu afastamento demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via eleita. 3. Habeas

corpus não conhecido. (STJ; HC 371.633; Proc. 2016/0245303-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 19/03/2019; DJE 26/03/2019).

No caso destes autos ficou provado que o apelante aproveitou-se do fato de a vítima e seu pai trabalharem para em sua chácara e de frequentarem a igreja da qual ele era diácono, para, visando satisfazer à própria lascívia, ofereceu-lhe objetos de uso pessoal para permitir que com ela praticasse atos libidinosos, o que acabou por consumar-se.

Referida conduta viola a dignidade sexual da vítima, precipitando seu desenvolvimento saudável, tipificando, nos termos dos entendimentos acima expostos, o crime do inciso I do § 2º do artigo 218-B do Código Penal.

Diante de tais fundamentos, e como não tenho dúvidas acerca da necessidade de condenação pela prática do crime de assédio sexual, acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (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 relator, des. Zaloar Murat Martins de Souza, e sob as ressalvas do revisor, des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de SouzaTomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros

Campo Grande, 8 de abril de 2021

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Recurso em Sentido Estrito nº 0001186-23.2020.8.12.0010 - Fátima do Sul

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – LESÃO CORPORAL E INJÚRIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – RECORRIDO REINCIDENTE EM RAZÃO DA PRÁTICA DE CRIME DE TRÂNSITO – ALMEJADA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 310, §2º, DO CPP – PRISÃO PREVENTIVA OBRIGATÓRIA (*EX LEGE*) – CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – AFETAÇÃO DO CASO AO ÓRGÃO ESPECIAL.

De rigor o sobrestamento do feito e sua remessa ao Órgão Especial, haja vista a norma prevista no artigo 97 da Constituição Federal (Cláusula de Reserva de Plenário ou regra da *"full bench*") e do enunciado da Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal, porquanto o exame da decretação da custódia perpassa pela análise da inconstitucionalidade do artigo 310, §2º, do CPP, da qual é extraível a prisão preventiva obrigatória (*ex lege*).

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, submeteram à Câmara a apreciação da questão e a necessidade de encaminhamento dos autos ao Órgão Especial desta Corte, para que exerça o controle difuso de análise e julgamento da constitucionalidade do artigo 310, §2º, do CPP, nos termos dos artigos 506 do RITJMS, 948 e 949, do CPC e 97 da CF.

Campo Grande, 15 de abril de 2021.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face da decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul (p. 39-41), que concedeu liberdade provisória cumulada com medidas cautelares diversas da prisão ao recorrido C.A.S.

Em suas razões (p. 55-61), o representante ministerial requer, em síntese, a decretação da prisão preventiva do recorrido, sob o fundamento de que os motivos ensejadores da custódia cautelar persistem, motivo pelo qual não deveria ter sido concedida a liberdade provisória no caso dos autos.

Por ocasião do juízo de retratação, a decisão foi mantida incólume (p. 62).

Nas contrarrazões de p. 78-87, a defesa postula pelo não provimento do recurso.

A Procuradora de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (p. 99-106).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face da decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul (p. 39-41), que concedeu liberdade provisória cumulada com medidas cautelares diversas da prisão ao recorrido C.A.S.

Em suas razões (p. 55-61), o representante ministerial requer, em síntese, a decretação da prisão preventiva do recorrido, sob o fundamento de que os motivos ensejadores da custódia cautelar persistem, motivo pelo qual não deveria ter sido concedida a liberdade provisória no caso dos autos.

Por ocasião do juízo de retratação, a decisão foi mantida incólume (p. 62).

Nas contrarrazões de p. 78-87, a defesa postula pelo não provimento do recurso.

A Procuradora de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (p. 99-106).

É o relato do essencial. Passa-se ao exame do caso.

Segundo consta dos autos, que no dia 23 de agosto de 2020, por volta das 17h:30min, o ora recorrido foi preso em flagrante pela suposta prática dos crimes de lesão corporal no âmbito doméstico e injúria, pois, teoricamente, proferiu xingamentos contra M.G.S, bem como a empurrou fazendo com que caísse e se lesionasse.

Por ocasião do exame previsto no artigo 310 do Código de Processo Penal, o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Fátima do Sul concedeu liberdade provisória cumulada com medidas cautelares diversas ao ora recorrido (p. 39-41), nos seguintes termos:

> *"(...) Os delitos imputados ao autuado, embora relacionados à violência doméstica, são apenados com baixa reprimenda e apenas com detenção – não reclusão –, circunstância que leva à conclusão de que dificilmente o autuado receberá uma punição no regime fechado, de modo que a prisão preventiva, em tese, extrapola o meio necessário para resguardo da vítima e do processo.*
>
> *Embora o autuado registre condenação penal anterior pelo crime de embriaguez ao volante (p. 22), não se vislumbra registros anteriores por supostos fatos que teriam sido praticados com violência, o que revela o baixo risco de que seja causado novo ato violento em desfavor da vítima.*
>
> *Aliado a isso, deve ser considerado que o autuado, em sendo liberado mediante a aplicação de medidas cautelares, terá sua liberdade condicionada ao cumprimento de diversas condições, com a principal consequência de decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento.*
>
> *Nesse contexto, conclui-se que a prisão preventiva, no presente caso, representa, neste momento, medida desproporcional, podendo a vítima ser resguardada, em tese, por meio de medidas protetivas e medidas cautelares alternativas.*
>
> *No caso, mostra-se condizente com a situação em análise que o autuado fique impedido de manter qualquer comunicação direta com a ofendida, seja por meio pessoal ou à distância, além de não poder se aproximar dela, mantendo uma distância de pelo menos 100 (cem) metros. Consequentemente, deverá se afastar do lar familiar.*
>
> *Além disso, é imprescindível a fixação de medidas cautelares alternativas, essencialmente para garantir o comprometimento do réu com o integral cumprimento dos atos processuais futuros.*

No caso, reconhece-se a pertinência das seguintes medidas cautelares: a) proibição de frequentar bares, prostíbulos e estabelecimentos assemelhados, tampouco ingerir entorpecente ou bebida alcoólica em público e portar armas branca ou de fogo; b) proibição de ausentar-se de seu domicílio por mais de 8 (oito) dias, sem comunicar a autoridade judicial sobre o lugar onde será encontrado; c) obrigação de comparecer perante à autoridade policial e judicial, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal; d) obrigação de recolhimento domiciliar no período noturno, das 20h às 5h e nos dias de folga (sábados, domingos e feriados das 14h às 5h).

Não se mostra recomendável a fixação da fiança, diante da sua absoluta ineficácia. No caso, deve ser recordado que o Superior Tribunal de Justiça, no HC 568.693/ES, "instituiu a soltura, independentemente do pagamento da fiança, em favor de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança e ainda se encontram submetidos à privação cautelar de liberdade em razão do não pagamento do valor, em todo o território brasileiro."

Ante o exposto, concedo a liberdade provisória a C. A. S., aplicando-lhe, em contrapartida, as medidas protetivas de proibição de aproximação da ofendida M.G.S, que é sua genitora, devendo o agressor permanecer no mínimo a 100 (cem) metros de distância da ofendida, ficando proibido ainda de manter contato com ela, por qualquer que seja o meio de comunicação."(p. 40).

Não conformado com o deslinde do caso, o representante do *Parquet* interpôs o presente recurso em sentido estrito, a fim de decretar a custódia cautelar em desfavor do recorrido (p. 55-61), sobretudo por se trata de reincidente, conforme a certidão de p. 22-23.

No parecer de p. 99-106, a Procuradora de Justiça, dentre outros argumentos, defende a obrigatoriedade da prisão no caso dos autos, por força do artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal (p. 103).

Pois bem.

A Lei n.º 13.964/19 (Pacote Anticrime), introduziu, dentre outras inovações legislativas, a norma prevista no §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

§ 2º ***Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares****. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).*

Trata-se, em suma, de hipótese de decretação obrigatória (ex lege) de prisão preventiva aos casos de reincidentes, integrantes de organização criminosa armada ou milícia, bem como daqueles presos por porte de arma de fogo de uso restrito.

A primeira parte do referido dispositivo é a relevante ao deslinde do caso, a qual diz respeito à vedação de liberdade provisória aos reincidentes, sendo certo que, embora a reincidência constitua circunstância concreta, a imposição da prisão *ex lege* contempla uma plêiade de hipóteses, de modo que, em determinadas situações fático-jurídicas, a referida custódia não será razoável e proporcional.

Há diversas críticas doutrinárias sobre a inconstitucionalidade da referida norma, sendo oportuno, para o exame superficial da questão, colacionar o escólio de Renato Brasileiro de Lima[1]:

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 8ª ed. rev. atual. Salvador : Ed. Juspodivm, t2020, p. 936-937.

> *"**Prisão cautelar ex lege** é aquela imposta por força de lei, de maneira automática e obrigatória, independentemente da análise de sua necessidade por parte do Poder Judiciário. Se não ofende, de per si, presunção de inocência, ofende indiscutivelmente o princípio da necessidade de fundamentação da prisão, inscrito no artigo 5º, inc. LXI, da Constituição Federal.*
>
> *Exemplo antigo de prisão ex lege é aquele constante da redação original do art. 312 do CPP, quando do advento do estatuto processual penal, segundo o qual a prisão preventiva seria decretada nos crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos. Esse art. 312 do CPP, no entanto, foi posteriormente alterado por força da Lei n.º 5.349/67. Mais recentemente, tínhamos como espécies de prisão ex lege as prisões decorrentes de sentença condenatória ou de pronúncia, decretadas como simples efeito automático de tais decisões, desde que o acusado não fosse primário ou não tivesse bons antecedentes, independentemente da análise de sua necessidade pelo juiz natural. Essas duas espécies de prisão, no entanto, foram extintas pelas Leis 11.689/08 e 11.719/08. Hoje, subsiste a prisão imposta por força de lei tão somente nos casos em que o legislador veda de maneira absoluta e peremptória a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança àquele que foi preso em flagrante (v.g., art. 44 da Lei nº 11.343/06; **art. 310, §2º, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19), estabelecendo verdadeira hipótese de prisão obrigatória, independentemente da análise de sua necessidade pelo Poder Judiciário.***
>
> *Ora, se toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado ostenta natureza cautelar, não se pode negar que a única autoridade pública que pode responder pela aludida tutela é o Poder Judiciário, eis que o que estará sendo acautelado, com a prisão, é, imediatamente, o processo, e, mediatamente, a jurisdição penal.*
>
> ***Somente o juiz, no exercício de atividade jurisdicional, é que detém competência para determinar a prisão de alguém. Essa reserva de jurisdição é perfeitamente compreensível, já que, em qualquer Estado Democrático de Direito, é ao Judiciário que se atribui a missão de tutela dos direitos e garantias do indivíduo em face do Estado (liberdade públicas).** Afinal, se acaso fosse admitida uma prisão cautelar ex lege, esta resultaria de uma ordem do legislador, feita em abstrato, com base no poder de punir e no fato delitivo em si mesmo. Ter-se-ia, em tal hipótese, uma espécie de prisão cautelar desprovida de análise judicial, sem competência, sem fundamentação judicial e cautelar referida a alguma circunstância fática concreta e devidamente demonstrada, violando-se à evidência, o disposto no art. 5º, LXI, da Constituição*. (Destacou-se).

Deveras, como bem adverte Claus Roxin[2], o processo penal é o sismógrafo da Constituição, sendo extraível dessa premissa o raciocínio de que o grau de democracia é inversamente proporcional ao da arbitrariedade.

Destarte, aprioristicamente, a prisão cautelar *ex lege* viola o devido processo legal substancial e a presunção de inocência (artigo 5º, incisos LIV e LXII, da Constituição Federal).

Contudo, este órgão fracionário não dispõe de competência para imiscuir-se no reconhecimento incidental da inconstitucionalidade ou afastar a incidência da referida norma.

Ora, como é cediço, a reserva de plenário só é exigida para a declaração de inconstitucionalidade, a qual infirma a presunção de constitucionalidade que milita em favor das leis e atos estatais, de modo a exigir a adoção das providências do artigo 97 da Carta Fundamental, *in verbis*:

> *Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

2 ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto; 2000, p. 258

Nessa ordem de ideias, é imperioso observar que a reserva de plenário deve ser adotada mesmo quando o tribunal não declare expressamente a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, limitando-se a afastar a sua incidência integralmente ou parcialmente.

Em abono dessa conclusão, eis o preconizado pelo enunciado da Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal:

> *"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que,* ***embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte***." (destacou-se).

Dispõe o artigo 506 do Regimento Interno deste Sodalício:

> *"Art. 506. Se, por ocasião do julgamento de qualquer feito, pelas Seções ou Câmaras, for acolhida a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, será lavrado o acórdão,* ***a fim de ser submetida a questão ao Órgão Especial, para os fins do art. 97 da Constituição da República.***" (Destacou-se).

Por fim, importa ressaltar que não há pronunciamento do Órgão Especial deste Sodalício ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, de modo a instrumentalizar a afetação do caso (artigo 949, parágrafo único, do CPC).

Diante do exposto, submete-se à Câmara a apreciação da questão e a necessidade de encaminhamento dos autos ao Órgão Especial desta Corte, para que exerça o controle difuso de análise e julgamento da constitucionalidade do artigo 310, §2º, do CPP, nos termos dos artigos 506 do RITJMS, 948 e 949, do CPC e 97 da CF.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, submeteram à câmara a apreciação da questão e a necessidade de encaminhamento dos autos ao órgão especial desta corte, para que exerça o controle difuso de análise e julgamento da constitucionalidade do artigo 310, §2º, do CPP, nos termos dos artigos 506 do RITJMS, 948 e 949, do CPC e 97 da CF.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 15 de abril de 2021.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0000559-24.2014.8.12.0044 - Sete Quedas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO E DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS – ALMEJADA CONDENAÇÃO – INCABÍVEL – FRAGILIDADE DAS PROVAS – NÃO COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – *IN DUBIO PRO REO* – MANUTENÇÃO DO ÉDITO ABSOLUTÓRIO – RECURSO DESPROVIDO.

I. Para configuração do crime de dispensar ou declarar a inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais é imprescindível haver a presença do dolo específico de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à administração pública. *In casu*, a prova oral produzida sob o crivo do contraditório e todo o acervo documental coligido aos autos, apesar de revelar a desobediência as normas de licitação, não comprova que os valores contratados estavam em sobrepreço, tampouco demonstra a realização de pagamentos visando a obtenção de vantagens indevidas, sendo insuficientes para configuração do crime em epígrafe a mera comprovação da desobediência das normas legais do processo licitatório.

II. O acervo probatório não permite concluir, com a certeza desejada e exigível, que o delito de desvio de verbas públicas (art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67), imputado aos réus tenha realmente ocorrido tal como descrito na denúncia. Logo, a absolvição é medida que se impõe, pois, como cediço, no juízo penal prepondera, sempre, o estado de inocência e a deficiência de prova favorece ao acusado de acordo com a regra de julgamento do *in dubio pro reo.*

III. Contra o parecer, recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 15 de abril de 2021.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

O Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Sete Quedas, que julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, absolvendo Sérgio Roberto Mendes, Alberi Hemerich, Roni Von Bellei e Evandro Robson Vessoni das imputações pela prática dos delitos previstos no artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 (4 vezes) e no artigo 1º, I, do Drecreto-Lei nº 201/1967 (2 vezes), com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (p. 891-907), o *Parquet* busca pelas condenações dos acusados nos termos da denúncia.

As contrarrazões defensivas (p. 911-915, p. 916-933, p. 934-945 e p. 947-954), pugnam pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, apresentou parecer às p. 964-976 pelo provimento do recurso ministerial.

Decisão de declínio de competência (p. 978-981).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça ratificado às p. 991.

É o relatório.

VOTO(EM 08/04/2021)

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Sete Quedas, que julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, absolvendo Sérgio Roberto Mendes, Alberi Hemerich, Roni Von Bellei e Evandro Robson Vessoni das imputações pela prática dos delitos previstos no artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 (4 vezes) e no artigo 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967 (2 vezes), com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (p. 891-907), o *Parquet* busca pelas condenações dos acusados nos termos da denúncia.

As contrarrazões defensivas (p. 911-915, p. 916-933, p. 934-945 e p. 947-954), pugnam pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, apresentou parecer às p. 964-976 pelo provimento do recurso ministerial.

Decisão de declínio de competência (p. 978-981).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça ratificado às p. 991.

É o resumo dos fatos, passa-se a análise do mérito**.**

Consta de denúncia de p. 01-16:

> *"(...) "**B) Do Primeiro Fato delituoso.***
>
> ***Dispensa ilegal de licitação.***
>
> ***Art. 89 da Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993.***
>
> *Consta dos autos anexados de Pedido de Providências MP/0114/2010- PP, instaurado no âmbito desta Procuradoria-Geral de Justiça, que, no período compreendido entre 5 de junho de 2006 a 19 de agosto de 2009, o Prefeito Municipal de Sete Quedas, Sérgio Roberto Mendes, na qualidade de ordenador de despesas, dispensou licitação fora das hipóteses previstas em lei, bem como deixou de observar as formalidades pertinentes à dispensa de licitação, agindo em conluio e com identidade de desígnios com os autores Alberi Hemerich, Diretor de Compras do Município e responsável pelas cotações e aquisições, Roni Von Bellei, Secretário Municipal de Finanças e responsável pela emissão dos cheques e das ordens de*

pagamentos e Evandro Robson Vessoni, particular que se incumbiu do fornecimento das notas fiscais que acobertaram o negócio.

b.1) Do fracionamento irregular das compras:

Infere-se da documentação acostada aos autos anexados que os denunciados empreenderam medidas para que o Município de Sete Quedas realizasse compras diretas visando à aquisição de diversos produtos nos anos de 2006, 2007, 2008 e 2009, mediante o emprego ilegal e retirado do instituto da dispensa de licitação, junto à empresa denominada Vagner Ghizarde Alves – ME ("Loja Pioneira"), a qual se encontrava, à época, em situação inativa e teve suas notas fiscais utilizadas irregularmente por Evandro Robson Vessoni. Para a consecução das dispensas ilegais de licitação, os denunciados realizaram diversos empenhos e pagamentos especificados na tabela a seguir copilada: [...]

Insta salientar que, para a realização de todos os pagamentos acima especificados, os denunciados se valeram de verbas públicas da Administração Municipal de Sete Quedas provenientes das seguintes fontes [...]

Como se pode inferir dos quadros acima, as aquisições realizadas junto à empresa Vagner Ghizarde Alves-ME ('Loja Pioneira') resultaram, ao longo de 2006, 2007, 2008 e 2009, em sumas anuais vultosas que, somadas, resultam no montante total de R$ 59.826,24 (cinquenta e nove mil oitocentos e vinte e seis reais e vinte e quatro centavos).

Nota-se que os Denunciados efetivaram os negócios de maneira fragmentada, com o propósito deliberado de redução artificial dos valores das compras, objetivando permitir, contra expressa disposição de lei, a realização de despesa à revelia do prévio e indispensável processo licitatório, valendo-se indevidamente do instituto da dispensa de licitação, considerando para tanto apenas o valor fracionado das compras. Em que pese o artigo 24, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, autorize a dispensa de licitação nas compras cujo valor não ultrapasse 10% do limite previsto na alínea 'a', do inciso II do artigo 23 da mesma norma – ou seja, em valor inferior a R$ 8.000,00 – não se pode olvidar que a aludida norma prevê expressamente que a hipótese de dispensa de licitação só se aplica nos casos 'que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez', nos termos da redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União tem impugnado a 'fragmentação de despesas, caracterizada por aquisições frequentes dos mesmos produtos ou realização sistemática de serviços da mesma natureza em processos distintos, cujos valores globais excedam o limite previsto para dispensa de licitação a que se referem os incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/1993' (Acórdão 1386/2005, Segunda Câmara). Além disso, aludida Corte de Contas tem observado que 'o planejamento do exercício deve observar o princípio da anualidade do orçamento. Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento da despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob modalidade de licitação inferior àquela exigida para o total da despesa no ano, quando decorrente da falta de planejamento' (Licitações e contratos: orientações básicas/Tribunal de Contas da União. – 3. ed, rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006).

b.2) Da inobservância das formalidades atinentes à compra de produtos:

Além do descumprimento da regra que impede o fracionamento de compras como ardil para esquivar-se do processo licitatório, verificase ainda que os Denunciados deixaram de observar formalidades indispensáveis à realização das compras e ao próprio instituto da dispensa de licitação.

Extrai-se dos autos anexados que os denunciados não observaram as formalidades previstas no artigo 26, § único, incisos I a IV, no artigo 38, inciso VI, no artigo 54, § 2º e no artigo 61, caput, todos da Lei de Licitações, os quais estipulam que quaisquer compras realizadas mediante dispensa de licitação devem ser justificadas em procedimento administrativo próprio, contendo parecer técnico ou jurídico, bem como a razão da escolha do fornecedor e a justificativa do preço. A documentação constante dos autos aponta para o descumprimento

das exigências legais do procedimento administrativo de dispensa de licitação ante as inúmeras irregularidades perpetradas pelos denunciados para a consecução dos delitos. Vale destacar que a dispensa de licitação não exonera a empresa contratada de comprovar sua regularidade nos moldes exigidos pelo artigo 27 e seguintes da Lei de Licitações. Entretanto, o Município de Sete Quedas, por intermédio dos denunciados, contratou empresa que se encontrava em situação inativa há muito tempo e foi ilegalmente utilizada pelo denunciado Evandro Robson Vessoni.

B.3) Da adequação típica:

Verifica-se, pois, que os Denunciados deram causa, nos anos de 2006, 2007, 2008 e 2009, ao fracionamento de compras de produtos de semelhante natureza, junto a um mesmo fornecedor, dentro do mesmo exercício financeiro, resultando na consumação de compras que, somadas, ultrapassaram largamente em cada ano o limite de R$ 8.000,00, conforme quadros que ilustram a denúncia. Além disso, nos anos de 2006, 2007, 2008 e 2009, os denunciados, ao realizarem as referidas dispensas ilegais de licitação, deixaram de observar o procedimento e a forma exigidos pela legislação, consistentes em procedimento administrativo próprio devidamente instruído com parecer técnico ou jurídico específico, com a motivação da escolha do fornecedor e a respectiva justificativa do preço. Desse modo, resulta configurada a prática, por quatro vezes, em concurso material, do crime a que se refere o artigo 89, caput e parágrafo único, da Le nº 8.666/1993, que comina pena de três a cinco anos e multa a quem 'dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade' (caput), bem como àquele que 'tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público' (parágrafo único).

b.4) Da individualização das condutas:

A autoria delituosa, é importante ressaltar, está satisfatoriamente individualizada a partir da documentação disponibilizada nos autos, haja vista inferir-se das provas que: ***1º) Sérgio Roberto Mendes,*** *na condição de Chefe do Executivo Municipal, detinha o domínio do fato e, na qualidade de ordenador de despesas da Administração Municipal, assinou todas as or****dens relativas aos processos de pagamento;*** *2º) Roni Von Bellei, na condição de Secretário Municipal de Finanças à época dos fatos, era o responsável pelos pagamentos realizados aos fornecedores e pela aprovação da execução das despesas, tendo assinado parte das ordens de pagamento nos processos de quitação à empresa Vagner Ghizarde Alves-ME ('Loja Pioneira');* ***3º) Alberi Hemerich foi Diretor de Compras do Município de Sete Quedas*** *durante o período em que se consumaram os aludidos crimes, tratando-se do servidor de confiança do Prefeito Municipal responsável pelas cotações e aquisições nas compras direitas; e* ***4º) Evandro Robson Vesson****i, embora não tenha ocupado cargo público na administração municipal de Sete Quedas, foi quem se incumbiu de fornecer as notas fiscais que conferiram aparência de legalidade aos negócios ilícitos, auferindo vantagem pessoal pr meio das dispensas de licitação em prejuízo ao erário municipal.*

C) Do Segundo Fato Delituoso.

Desvio de verbas públicas em proveito alheio – Crime de responsabilidade. Art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967: Extrai-se dos autos anexados do Pedido de Providências MP/0114/2010-PP que, nos dias 29 de junho e 29 de julho de 2009, no Município de Sete Quedas, o Prefeito Sérgio Roberto Mendes, em conluio e identidade de desígnios com os coautores Alberi Hemerich, Roni Von Bellei e Evandro Robson Vessoni, desviou verbas públicas em proveito pessoa de Roni Von Bellei, que à época exercia o cargo de Secretário Municipal de Finanças, em um montante total de R$ 3.510,86 (três mil quinhentos e dez reais e oitenta e seis centavos). Os denunciados, previamente ajustados e mediante a utilização ardilosa do instituto da dispensa de licitação, se valeram de notas fiscais frias emitidas pela empresa Vagner Ghizarde Alves-ME ('Loja Pioneira') para acobertarem operação de desvio de verbas públicas em proveito de Roni Von Bellei, que se beneficiou diretamente de pagamentos realizados pelo Município de Sete Quedas, figurando

nominalmente como beneficiário de duas lâminas de cheque, nº 432544 (fl. 313) e nº 432584 (fl. 315), emitidos fraudulentamente em esquema ilegal de dispensa licitatória que visava garantir aparência de legalidade aos ilícitos perpetrados. Referidos cheques foram emitidos em simulação de pagamento de produtos de informática especificados em duas notas fiscais, sendo a primeira consistente na Nota Fiscal nº 619 (fl. 225), no valor de R$ 1.782,86 (um mil setecentos e oitenta e dois reais e oitenta e seis centavos) e a segunda na Nota Fiscal nº 1.101 (fl. 222), no importe de R$ 1.728,00 (um mil setecentos e vinte e oito reais). Constata-se dos documentos que fraudaram a dispensa de licitação (fls. 220/225) que o pagamento concretizado pela Prefeitura Municipal deveria ter sido direcionado à empresa supostamente fornecedora, entretanto, foi realizado por meio de cheques preenchidos nominalmente ao denunciado Roni Von Bellei, que à época dos fatos ocupava o cargo de Secretário Municipal de Finanças, conforme consta das cártulas anexadas às fls. 313 e 315 dos autos anexados, as quais seguem adiante colacionadas: [...] Nesse diapasão, destaca-se que um dos cheques, referente ao pagamento da Nota Fiscal nº 619, no valor de R$ 1.782,86 (um mil setecentos e oitenta e dois reais e oitenta e seis centavos), foi descontado mediante depósito na conta bancária de Zulmira Julita, mãe do denunciado Roni Von Bellei, conforme informações prestadas pelo Gerente Geral da Agência do banco do Brasil no Município de Sete Quedas (fl. 282/verso)

c.1) Da adequação típica:

Assim agindo, os denunciados Sérgio Roberto Mendes, Alberi Hemerich, Roni Von Bellei e Evandro Robson Vessoni praticaram o crime de responsabilidade consistente no desvio de verbas públicas em proveito alheio, previsto no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei n 201, de 27 de fevereiro de 1967, na medida em que se utilizaram indevidamente do procedimento de dispensa de licitação para destinar dinheiro público em proveito pessoal de Roni Von Bellei.

C.2) Da individualização das condutas:

A autoria delituosa é incontroversa e aponta para o envolvimento direto de todos os denunciados, conforme especificação que segue: ***1º) Sérgio Roberto Mendes,*** *na condição de Chefe do Executivo Municipal, detinha o domínio do fato e, na qualidade de ordenador de despesas da Administração Municipal, assinou todas as ordens relativas aos processos de pagamento, bem como assinou os cheques de fls. 313 e 315, os quais foram preenchidos nominalmente ao coautor Roni Von Bellei;* ***2º) Roni Von Bellei****, na qualidade de Secretário Municipal de Finanças à época dos fatos, se beneficiou diretamente dos valores constantes dos cheques fraudulentos de fls. 313 e 315, tendo aposto sua assinatura no verso de ambos os cheques e descontado um deles na conta bancária de sua genitora;* ***3º) Alberi Hemerich*** *foi Diretor de Compras do Município de Sete Quedas durante o período em que se consumaram os aludidos crimes, tratando-se do servidor de confiança do Prefeito Municipal responsável pelas cotações e aquisições nas compras diretas que culminaram nos processos de pagamento de fls. 220/225; e* ***4º) Evandro Robson Vessoni,*** *na qualidade de suposto representante da empresa Vagner Ghizarde Alves-ME ('Loja Pioneira'), foi quem se incumbiu de fornecer as notas fiscais de fls. 222 e 225, as quais conferiram aparência de legalidade aos negócios ilícitos. (...)"*

Ao fim da instrução criminal sobreveio a sentença de mérito que julgou improcedente a pretensão ministerial, absolvendo Sérgio Roberto Mendes, Roni Von Bellei, Alberi Hemerich e Evandro Robson Vessoni das imputações constantes da denúncia, nos seguintes termos:

(...) II.1 - Do crime de dispensa irregular de licitação previsto no caput e parágrafo único do art. 89 da Lei nº 8.666/93

Adianto, desde logo, que o pleito absolutório merece acolhimento.

É que, compulsando os autos, não é possível extrair das provas coligidas que o elemento subjetivo necessário e ensejador da responsabilidade penal em crimes deste jaez esteja presente na conduta dos réus, conforme se passará a elucidar.

De início, cumpre tecer breves digressões acerca do tipo penal em apreço, cujo dispositivo legal possui a seguinte descrição:

> *"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:*
>
> *Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."*

Ainda sobre o referido tipo penal, é imprescindível transcrever as disposições constantes na Lei de Licitações acerca da temática específica da dispensa de licitação:

> *"Art. 24. É dispensável a licitação:*
>
> *[...] II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;*
>
> *Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:*
>
> *[...] II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:*
>
> *a) convite - até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);"*

Na doutrina, Marçal Justen Filho1 ao discorrer sobre o referido delito, mais especificamente sobre o dano e o elemento subjetivo necessários à sua configuração, ensina que:

> *"2.2.2) A existência de dano*
>
> *Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração. [...]*
>
> *2.3) O tipo subjetivo*
>
> *O elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta. Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. É necessário um elemento subjetivo consistente em produzir prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da*

licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário".

Relevante assentar que os tipos penais trazidos na Lei de Licitações não têm a finalidade de criminalizar o mero descumprimento de formalidades, mas sim o descumprimento com a intenção de violar os princípios norteadores da administração pública. Nesse passo, irregularidades pontuais são inerentes à burocracia estatal e não devem, por si só, gerar criminalização de condutas, se não projetam ofensa ao bem jurídico tutelado, no caso, ao procedimento licitatório.

Ainda nessa ótica, tem-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores se firmou no sentido de que para a caracterização do delito se faz necessária a presença de especial finalidade de agir na conduta do agente, consistente na intenção deliberada de causar lesão ao erário. Exige-se, ainda, que a lesão se efetive, ou seja, que exista prejuízo ao ente público. Tais condições, portanto, constituem elementares do tipo penal, devendo estar presentes para fins de tipicidade da conduta.

(...)

A par dessas considerações iniciais e antes de se passar à efetiva análise das provas coligidas aos autos, o que possibilitará em uma análise final aferir se a casuística descrita na denúncia está em sintonia com a realidade fática extraída do contexto probatório, vale rememorar a conduta denunciada a fim de após se perquirir, a partir dos elementos colhidos, acerca da existência do dolo no agir dos acusados e da ocorrência de prejuízo ao erário, eventualmente decorrente de tais condutas.

Pois bem. A exordial acusatória faz referência a um suposto esquema engendrado pelos réus com a finalidade de se promover a dispensa indevida de diversas licitações para aquisição de diversos produtos pelo Município de Sete Quedas/MS.

De acordo com o parquet, a dita fraude consistiria no fracionamento indevido das despesas relativas às compras de tais bens, através da cisão desses negócios, tudo com vistas a se evitar a celebração de contratos cujos valores ultrapassassem o valor limite descrito no art. 24, II, da Lei de Licitações.

Aduz o órgão ministerial que durante os anos de 2006, 2007, 2008 e 2009 teria havido o pagamento irregular de R$ 59.826,24 (cinquenta e nove mil, oitocentos e vinte e seis reais e vinte e quatro centavos) em favor da empresa Vagner Ghizarde Alves-ME ("Loja Pioneira"), inscrita em nome do empresário Vagner Ghizarde Alves, mas que supostamente era operada pelo acusado Evandro Robson Vessoni.

Tais procedimentos administrativos que redundaram nos pagamentos supramencionados, teriam sido irregularmente promovidos pelo acusado Sérgio Roberto Mendes, na condição de Prefeito Municipal à época, juntamente com o então Secretário de Finanças, o acusado Roni Von Bellei, e com o Diretor de Compras do Município, o acusado Alberi Hemerich.

Concluiu o parquet, portanto, que as pessoas supracitadas teriam agido em conluio para dolosamente dispensar as licitações em desacordo com as hipóteses previstas em lei.

Contudo, os elementos indiciários colhidos nesse sentido no bojo do procedimento investigatório levado a efeito pelo Ministério Público Estadual não foram corroborados em juízo e não são, por consequência, hábeis a subsidiar um decreto condenatório.

Em juízo, a testemunha Vagner Ghizarde Alves disse que a empresa Vagner Ghizarde Alves - ME ("Loja Pioneira") foi aberta em seu nome por seu genitor nos idos do ano de 2000, tendo iniciado suas atividades como um açougue. Pontuou que durante os anos de 2006-07 aproximadamente, a firma se tornou uma loja de 1,99, sendo que nesse mesmo período passou a trabalhar como funcionário do réu Evandro. Disse que nessa época solicitou a seu contador que este promovesse o fechamento da empresa, o que não ocorreu. Como queria continuar trabalhando com a mesma razão social, procurou outro profissional e promoveu a abertura de nova empresa, a Móveis Ghizarde. Afirmou ter iniciado os trabalhos com talonários da empresa Pioneira, mas logo

fez as correções das notas fiscais, transferindo-as à nova firma criada. Negou que tivesse solicitado a confecção das notas fiscais de layout conforme o documento juntado à f. 250 dos autos e que não tem conhecimento de como isso ocorreu, nem como o réu Evandro teve acesso a tais documentos, somente tomando ciência da situação quando a Promotora de Justiça, à época das investigações, lhe apresentou. Mencionou ter recebido em uma única oportunidade dinheiro da Prefeitura Municipal de Sete Quedas em sua conta bancária pessoal, a pedido do acusado Evandro, em razão de vendas efetuadas pelo réu ao Município. Disse que desse valor retirou parte que lhe era devida, em razão de negócio anterior existente com Evandro, tendo repassado o restante para o referido acusado. Ressaltou ter feito algumas vendas para o Município de Sete Quedas durante os anos de 2006-07. Confirmou, ainda, possuir negócios com Evandro, o qual sempre estava em sua empresa. Mencionou que o acerto que possuía com Evandro era somente no sentido de se repassar o estoque da empresa que o depoente havia comprado do réu (Filipe Móveis), mas que este não tinha autorização em utilizar notas da empresa para vender à municipalidade. Após a venda da empresa e mudança de Evandro da cidade, soube que o referido acusado ainda praticava comércio local, com mercadorias vindas de fora.

Eladyr Ferreira da Costa disse à autoridade judicial que à época dos fatos exerceu o cargo de Secretária de Ação Social do Município. Salientou que no período apurado realmente solicitou a aquisição de material de expediente para desempenho das atividades do CRAS/CREAS, sendo que o que foi pedido restou entregue pelos fornecedores, tudo mediante conferência e acredita que os valores praticados estavam dentro do preço do mercado. Ressaltou não ter conhecimento se a loja mencionada não existia, se estava irregular ou mesmo se as notas fiscais emitidas nessa negociações eram frias. Mencionou que o réu Evandro possuía loja física na cidade e que este aparentava possuir algum tipo de negócio com Vagner, eis que sempre estavam juntos. Pontuou que o acusado Sérgio nunca lhe pediu nota frias e que, ao revés, o referido réu era exigente com preços, qualidade, controle de entrega dos produtos adquiridos. Ressaltou que às vezes ela e sua equipe promovia o levantamento de alguns preços das mercadorias que solicitava e que o material de expediente era bastante demandado. Ponderou que Sérgio nunca lhe direcionou a administração da pasta municipal que titularizou, sempre lhe conferindo a autonomia necessária. Afirmou que mesmo após o réu Evandro se mudar da cidade, este continuou comercializando, não somente com a Prefeitura Municipal. Disse que os produtos constantes nas diversas notas fiscais mencionadas eram efetivamente comercializados por Evandro.

A testemunha Marcos Roberto Penachio disse em sede instrutória que exerceu o cargo de Contador da Prefeitura Municipal de Sete Quedas, função em que está até os dias de hoje. Afirmou não possuir conhecimento sobre os fatos relacionados à suposta dispensa irregular de licitações, eis que somente lhe cabia confirmar a existência de dotação orçamentária para as aquisições municipais. Além disso, não efetuou qualquer controle quanto ao teto de R$ 8.000,00 das compras realizadas pela municipalidade, já que o processo de compra somente retorna para seu setor a fim de haver o devido arquivamento, acompanhado das notas, dos empenhos e das respectivas ordens de pagamento, apesar de não vir com as respectivas cotações e requisições. Ressaltou que atualmente ainda se faz bastante dispensa de licitações na administração municipal. Não se recorda se houve parecer jurídico em relação às aquisições, apesar de ser exigida. Mencionou que na época os pagamentos da Prefeitura eram realizados via cheque, mas que hoje apenas são feitas transferências bancárias. Disse que normalmente não são efetuados pagamentos a terceiros que não as empresas fornecedoras dos produtos adquiridos, sendo que o sistema de realização de despesas no âmbito do Município é o mesmo desde quando ingressou em seus quadros nos idos de 2002. Apesar disso, afirmou que havia certa praxe de representantes comerciais receberem valores em nome da empresa vendedora. Ponderou que o controle de recebimento de mercadoria sempre existiu na administração municipal, até por decorrência legal. Ressaltou que o réu Sérgio nunca lhe fez pedidos espúrios e que este sempre exigiu rigor quanto ao controle de entrega das mercadorias adquiridas. Afirmou que tinha conhecimento da existência de negócios comerciais existentes entre Vagner e Evandro naquela época e que este último ainda comercializava na região mesmo após se mudar.

João Antônio Billó apenas afirmou em juízo ter sido o responsável por secretariar os trabalhos relativos ao inquérito civil ministerial que apurou os fatos em exame.

Interrogado em juízo, o acusado Evandro Robson Vessoni negou os fatos denunciados. Disse que sempre forneceu à Prefeitura Municipal de Sete Quedas, desde o ano de 1996 através da empresa José Gonçalves de Carvalho - ME (Filipe Móveis), a qual ficou ativa até o ano de 2013, sendo que durante esse

tempo apenas houve alteração de endereço e aumento do ramo de atividade. Em relação à Loja Pioneira, esta era de seu funcionário Vagner, a qual foi utilizada pelo interrogado para também negociar com o Município, eis que a referida firma possuía ramo de atividade que não estava contemplado no ramo da empresa de sua propriedade. Estava ciente dessa prática e de eventual irregularidade da conduta, mas acreditava que não existiria problemas, eis que as mercadorias não chegavam a ingressar no patrimônio da sua empresa, além de serem encomendadas e entregues diretamente do fornecedor à Prefeitura. Disse não ter conhecimento se a Loja Pioneira estava inativa no período em que se utilizou dela. Afirmou de forma categórica que as notas fiscais emitidas nos anos de 2006-07 não são de sua responsabilidade, vez que nessa época o empresário Vagner ainda não havia lhe confiado o bloco de notas fiscais para uso. Disse que durante os referidos anos, não forneceu qualquer material à Prefeitura que não fosse compatível com a razão social de sua empresa (Fililpe Móveis). ***C***om relação à eventual irregularidade na dispensa de licitação não tem qualquer conhecimento dos fatos, porque somente chegava para o interrogado a requisição de compra, após a devida cotação e seleção, e ele então atendia a administração municipal. Sustentou ser responsável somente pelas notas fiscais emitidas pela empresa Vagner Ghizarde Alves - ME (Loja Pioneira) durante o ano de 2008-2009 em diante, negando envolvimento com os documentos de anos anteriores. Ressaltou que comprava os produtos de fornecedores de Maringá/PR e que as notas fiscais foram emitidas de acordo com a efetiva entrega dos produtos. Mencionou ter fornecido ao Município produtos diversos, dentre eles material de escritório, ar-condicionado, colchas, lençóis, colchões, arquivo, balcão de pia, geladeira, material de informática, etc. Pontuou que as compras eram fragmentadas em razão da própria necessidade esporádica da administração pública e negou ter havido desvio de recurso público, na medida em que efetivou a entrega de toda a mercadoria que vendeu. Assentou que o réu Alberi Hemerich lhe encaminhava os formulários para que o interrogado apresentasse seus orçamentos, mas que não tinha conhecimento se o mesmo era feito com outras empresas. Pontuou que após cotado o preço e feita a requisição de compra, o interrogado fornecia os produtos à Prefeitura, o que era conferido por Alberi e na sequência era acionado o setor de empenho para o devido pagamento por parte do réu Roni.

Sérgio Roberto Mendes confirmou em seu interrogatório judicial que na época de sua gestão o Município efetivamente realizou compras com Evandro. Negou que tenha havido fracionamento deliberado das compras para não se realizar licitações, sendo que tal prática se justificava em função das próprias necessidades das Secretarias. Pontuou que nunca passou qualquer orientação nesse sentido, até porque nem tinha conhecimento para tanto e nem dispunha de poder para tanto, considerada a existência de equipe jurídico-contábil para tal desiderato. Não sabe porque eram feitas várias notas fiscais em um mesmo dia. Disse que o pedido vindo da Secretaria era devidamente cotado, em várias empresas, e a compra requisitada com base no critério do melhor preço/qualidade, então se empenhava e pagava, após confirmada a entrega dos produtos. Ressaltou que as conferências eram feitas individualmente no âmbito de cada setor. Pontuou que na época o pagamento da folha dos funcionários municipais era realizado através de cheques, sendo que após recomendação do Ministério Público passou a ser feito via transferência bancária. Não sabe porque os cheques de f. 11 foram nominados ao réu Roni se aparentemente dizem respeito à compra de mercadorias. Disse que sempre visualizava o réu Evandro e o empresário Vagner juntos, mas não sabe até que ponto estes eram parceiros de negócios. Pontuou, por derradeiro, que não conseguia acompanhar de forma detida tudo que ocorria na Prefeitura e que confiava em sua equipe, além de não acreditar que os acusados, seus subalternos, tivessem qualquer intenção espúria.

Por seu turno, o réu Alberi Hemerich disse em sede judicial que à época dos fatos exerceu a função de Diretor de Compras na administração pública municipal. Pontuou que quando ingressou na Prefeitura existia um cadastro de fornecedores, herdado das gestões anteriores. Mencionou que as Secretarias lhe encaminhava o pedido de compra e este era repassado a diversas empresas, pelo menos três até seis fornecedores, para a devida cotação. A escolha da empresa ficava sob encargo do réu Sérgio, sendo que após o aval deste o interrogado contatava a firma contratada, lhe entregava a requisição e o fornecedor entregava os produtos adquiridos. Disse que após isso não tinha participação em nenhum ato posterior. Ressaltou que nunca lhe chegou ordem expressa para fragmentar compras e que sempre chegou pedidos pequenos. Com relação à empresa em apreço (Loja Pioneira), mencionou não se lembrar de ter cotado ou recebido produtos dela. Ponderou a possibilidade de a referida empresa constar no sistema de fornecedores, mas não lembra de ter chegado até ela. Disse conhecer Evandro e que sabia na época que este tinha sociedade com outra pessoa, mas não sabia quem. Conhece Vagner de vista na rua, sem maiores relações. Afirmou que nunca ouviu comentários

da prática de fracionamento deliberado de compras para se dispensar licitação como praxe dentro da Prefeitura, até porque pouco frequentava o local por trabalhar em setor externo ao paço municipal. Confirma não ter se relacionado negocialmente com Evandro/Vagner, enquanto Diretor de Compras. Ressaltou que naquela época vários funcionários da Prefeitura recebiam proventos/salários por cheques nominados, inclusive o próprio interrogado já recebeu dessa forma, sendo que as lâminas eram emitidas no valor do respectivo holerite.

O acusado Roni Von Bellei, que à época exerceu o cargo de Secretário Municipal de Finanças, também negou a prática delitiva. Explicou que os titulares das pastas eram responsáveis pelos pedidos de compras, os quais eram endereçados ao réu Alberi que, na sequência, promovia a devida cotação e passava ao Prefeito que, por sua vez, autorizava a compra ou a feitura de licitação. Posteriormente, passava-se ao setor de contabilidade para o devido empenho, então entrava em cena o interrogado, com o preenchimento dos cheques para pagamento e assinatura com o réu Sérgio, tudo após conferida a entrega da mercadoria. Ressaltou que em seu setor somente chegavam as requisições, as notas fiscais e os empenhos. Ponderou que o prefeito contava os secretários e o acusado Alberi quanto à conferência do recebimento dos produtos adquiridos. Afirmou não se recordar de ter havido cisão deliberada das compras para se evitar licitação e que talvez isso tenha ocorrido pelo fato de haver compras envolvendo diferentes fundos municipais (educação, saúde, etc). Acredita que a equipe da contabilidade que era a responsável por determinar a exigência ou não de licitação, considerados os valores envolvidos. Pontuou que o réu Evandro possuía loja física conhecida na cidade, com venda de móveis, e que aparentemente a pessoa de Vagner trabalhava naquela época juntamente com Evandro, apesar de desconhecer em qual condição. Confirmou que o réu Evandro e o empresário Vagner efetivamente contrataram, por diversas vezes, com a Prefeitura, sendo que ambos recebiam os cheques, inclusive, apesar de não se lembrar ao certo do que foi adquirido. Ressaltou que a verificação quanto à regularidade da empresa era encargo do setor contábil e que a Loja Pioneira efetivamente existia e estava ativa. Disse não saber o porquê Alberi disse inexistir cotação com a referida empresa. Assentou que os cheques que lhe foram nominados pela Prefeitura se referiam aos seus salários pagos à época pelo desempenho de suas funções. Mencionou que possuía o costume de trocar o cheque na rua ou debitar em conta, mas não se recorda do motivo de ter depositado um dos títulos em favor de sua genitora. Disse desconhecer a razão de as lâminas mencionadas na denúncia estarem atreladas à notas fiscais de compras feitas pelo Município, mas acredita que tenha sido erro procedimental. Por derradeiro, sustentou não ter havido emissão de nota fiscal para legitimar saída irregular de recurso público setequedense.

Apesar dos substanciosos relatos prestados pelas testemunhas e acusados sob o contraditório, tenho que a prova produzida em juízo não é suficiente a corroborar a tese acusatória, a qual, neste caso, está calcada unicamente nos elementos investigativos.

Em verdade, a instrução probatória do presente caso se revela deficiente desde o seu início, não tendo a acusação logrado êxito em demonstrar as elementares exigidas para caracterização do crime em apreço.

No ponto, cumpre ressaltar que a exordial acusatória sequer cogitou que a conduta dos réus tivesse o objetivo de causar dano ao erário ou em benefício próprio, tendo se limitado apenas em afirmar a presença do dolo genérico consistente no fracionamento do objeto licitado para fins de incluí-lo no limite legal e então dispensar a licitação exigida.

Ademais, ainda que seja concebível a tese supracitada, ainda assim não vislumbro, de forma contundente, a partir desse comportamento, a intenção específica dos acusados em causarem prejuízo ao erário ou auferirem benefícios próprios com tal prática.

Até mesmo poderia se adentrar no debate a respeito de eventual ausência de planejamento estratégico ou de ineficiência da gestão municipal exercida à época dos fatos, mas tal fato se distancia e muito do dolo específico de fraudar o procedimento de licitação como contido no tipo penal imputado aos acusados.

Vale pontuar, no entanto, que esse entendimento não retira do ato praticado eventuais contornos de improbidade, o que é melhor apurado na ação competente (nº 0000771-84.2010.8.12.0044). Ademais, ainda que naquele palco tenha se constatado a ocorrência de ato ímprobo perpetrado pelos réus desta ação penal, tal

conclusão não é suficiente, per si, para se chegar à conclusão nesta demanda de que houve o já debatido dolo específico necessário à configuração delitiva.

(...)

Assim, conclui-se que a prova dos autos não se mostra hábil a demonstrar a utilização pelos acusados da contratação direta como instrumento para gerar dano ao erário setequedense, na medida em que não ficou comprovada à saciedade a vontade livre e conscientemente dirigida ao fracionamento do objeto licitatório mencionado (dolo simples), tampouco o elemento subjetivo (dolo específico) consistente na intenção de se utilizar dessa prática em proveito próprio ou de outrem.

(...)

Ante o exposto, à míngua de outras provas e considerando que o magistrado deverá formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, com base no princípio in dubio pro reo, a absolvição dos acusados em relação ao delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, seja na modalidade do caput ou do parágrafo único, é medida de rigor, isso porque a condenação exige certeza absoluta do ocorrido, de forma indiscutível, que demonstre a efetiva ocorrência do delito e da autoria, não bastando a probabilidade de ter ocorrido, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio.

(...)

Saliento que aqui não se está a afirmar, inequivocamente, a inocência dos acusados. Contudo, não havendo prova segura do elemento subjetivo do tipo, ensejando dúvida razoável na hipótese dos autos, aplica-se à espécie tal princípio porque se deve decidir pelo modo mais favorável aos denunciados.

Por todo o exposto, deve prevalecer a absolvição dos réus, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

II.2 - Do crime de desvio de recurso público previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67

Tenho que a mesma conclusão alcançada acima deve ser estendida ao delito em testilha, na medida em que, se não restou devidamente demonstrada a existência esquema denunciado, não há como concluir, por prejudicialidade, que a referida prática tenha sido utilizada para desviar dinheiro público em proveito pessoal do réu Roni Von Bellei, como quis sustentar a acusação.

(...)

Como cediço, o bem jurídico tutelado pelo Decreto-Lei nº 201/67 é exatamente o bom andamento da administração pública, tanto em seu aspecto patrimonial, quanto no que pertine à moralidade administrativa.

O tipo penal do inciso I, por seu turno, é tido como uma espécie de apropriação indébita de bens ou rendas públicas e restará configurado sempre que tais recursos forem apropriados ou desviados, com ânimo definitivo, em proveito próprio ou alheio, pelo gestor municipal ou por terceiros em coautoria com o alcaide, como ocorre, por exemplo, em casos de superfaturamento de obras públicas ou no pagamento por obra ou serviço que não foram executados.

Com efeito, o elemento subjetivo do crime é o dolo consubstanciado na vontade livre e consciente de apropriar-se ou desviar bens ou rendas públicas, não havendo previsão de forma culposa em relação a tal figura típica, ao contrário do que se vislumbra em relação ao peculato.

Hely Lopes Meirelles leciona que todos os crimes definidos no diploma legislativo em comento "são dolosos, pelo que só se tornam puníveis quando o prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem."

Em relação à conduta típica descrita na parte final do art. 1º, Tito Costa ensina que "desviar significa tirar do caminho, afastar, desencaminhar, alterar a direção ou o destino […]", ou como explica Altamiro de Araújo Lima Filho, "implica em transmudar o caminho determinado de algo preferido para certo fim, impedindo a concretização da sua destinação natural e ficando esta a descoberto."

Ainda sobre o referido tipo penal, salienta Marino Pazzaglini Filho que o delito reclama vontade direcionada à utilização de bens, rendas ou serviços públicos para o fim de satisfazer a interesse próprio ou de terceiro, sendo de se afirmar que sem esse escopo ou finalidade de proveito próprio ou alheio não restará Configurado.

(...)

Assentados tais esclarecimentos, passa-se à análise do caso concreto. Segundo a tese acusatória, os acusados teriam agido em conluio, através do suposto esquema criminoso de dispensa de licitação – o qual, repisa-se, não restou devidamente comprovado como aclarado anteriormente –, para o fim de desviar recurso público em proveito do réu Roni, com a emissão de dois cheques nominados em seu favor, sendo que tais pagamentos estariam atrelados, em verdade, ao pagamento de duas notas fiscais decorrentes da aquisição de produtos pela Prefeitura Municipal de Sete Quedas.

Ocorre que a instrução criminal não foi suficiente a evidenciar que o pagamento das lâminas de crédito tenha sido realizado de forma ilícita. Ao revés, as provas produzidas somente contribuíram para a impossibilidade de se superar as dúvidas existentes no espírito deste julgador quanto à prática delitiva.

É que, conforme alhures exposto quando da explanação da prova oral produzida, vários foram os relatos no sentido de que a praxe existente na Administração Municipal naquela época era de que todos os pagamentos fossem feitos através da emissão de cheques, seja para compras ou mesmo para o adimplemento dos próprios funcionários municipais.

Ademais, afirmou-se durante a instrução que no âmbito da Prefeitura havia a prática de pagamentos em nome de terceiros nas transações comerciais, em detrimento das empresas que efetivamente forneceram as mercadorias adquiridas.

Ademais, compulsando as ordens de pagamento de f. 249 e 252, relativas ao adimplemento das notas fiscais de f. 250 e 253, não há como se extrair, com a convicção necessária, que os cheques de f. 357-360 emitidos em favor do réu Roni estivessem atrelados às transações referidas nas notas fiscais mencionadas. Como se infere dos referidos processos de pagamento, os cheques mencionados no expediente e supostamente utilizados ao pagamento das referidas despesas seriam as cártulas de nº 22306 e 22307, numeração que diverge das lâminas mencionadas pela acusação, de nº 432544 e 432584.

Vale ressaltar, ainda, que o Decreto-Lei nº 201/67 não pune como ilícito penal práticas que eventualmente transgridam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos, averiguação que fica relegada para a competente ação de improbidade administrativa, como aclarado anteriormente.

Dessa feita, tenho que não é possível afirmar com a segurança e convicção necessária acerca do agir doloso descrito na tese da acusação. Assim, não comprovada suficientemente a conduta ilícita perpetrada pelos acusados, como denunciado pelo órgão ministerial, imperativa se mostra a absolvição dos réus com base na aplicação do princípio do in dubio por reo e nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, isso porque uma decisão condenatória, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar lastreada sempre em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos, o que não restou clarividente na hipótese ora examinada.

(...)"

Inconformado com o deslinde do caso, o *Parquet* recorre a este Sodalício, pugnando pela condenação dos acusados nos termos da denúncia.

I. Da dispensa ilegal de licitação

Como é cediço, em sede da administração pública, o instituto da licitação é de caráter obrigatório, podendo ser afastada somente dentro dos critérios legais, descritos nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8666/93.

Destarte, se afastadas indevidamente ou deixarem de ser observadas as formalidades pertinentes, incorrerá o agente público no crime tipificado no artigo 89 da Lei de Licitações, que dispõe:

> *Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação, fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes a dispensa ou à inexigibilidade.*
>
> *Pena – detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos e multa.*
>
> *Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou da inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.*

A disposição legal pretende preservar a moralidade administrativa e a lisura do processo licitatório.

Contudo, para configuração do crime de dispensar ou declarar a inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais é imprescindível haver a presença do dolo específico de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à administração pública.

Este é o entendimento firmado pelo Tribunal da Cidadania, tal como frisado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no bojo do AgRg no HC 580.098/MA, ocasião na qual destacou que tanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto a do Supremo Tribunal Federal consideram que o crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 exige, para sua caracterização, a intenção de causar lesão ao erário e a comprovação de que houve prejuízo ao ente público (AgRg no HC 580.098/MA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020).

Neste sentido:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 8.666/93, C.C. ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DOLO ESPECÍFICO E PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.*
>
> *1. O trancamento do processo-crime pela via do habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios capazes de fundamentar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas no caso em apreço.*
>
> *2. **A controvérsia posta na impetração prescinde de profunda incursão probatória, demandando, tão somente, a apreciação da denúncia, uma vez que já assentado no Superior Tribunal de Justiça que, no caso do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, para a caracterização do delito se faz necessária a presença de especial finalidade de agir na conduta do agente, consistente na intenção deliberada de causar lesão ao erário. Exige-se, ainda, a demonstração do prejuízo ao ente público.***
>
> *3. Da leitura da denúncia ofertada, percebe-se claramente que o órgão acusatório não apontou o elemento subjetivo especial na conduta do paciente e nem o prejuízo econômico efetivo ao ente público municipal, tampouco como teria sido a participação do Recorrente no ilícito.*

4. Recurso ordinário em habeas corpus provido para determinar o trancamento da ação penal movida em desfavor do Recorrente, Amando Prates, sem prejuízo de nova denúncia. (RHC 108.477/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 03/02/2020) (Destacou-se).

Pois bem.

No caso em análise, é imputado aos réus a conduta de dispensas irregulares de licitações, sem observância das formalidades legais exigidas nos artigos 38, VI, 54, § 2º, e 61, todos do mesmo diploma legal, pois teriam promovido, nos anos de 2006, 2007, 2008 e 2009, compras diretas pelo Município de Sete Quedas, MS, de modo fragmentado, junto à empresa Vagner Ghizarde Alves-ME, nome de fantasia Loja Pioneira, com emissão de notas fiscais irregulares pelo empresário Evandro Robson Vessoni, cujo soma de aquisições totaliza o valor de R$59.826,24.

Na individualização das condutas, descreve que os réus Sérgio Roberto Mendes, Roni Von Bellei e Alberi Hemerich, na qualidade de Prefeito Municipal, Secretário de Finanças e Diretor de Compras do Município, teriam promovido as compras fracionadas com o objetivo, permanecerem no limite de dispensa descrito no artigo 24, II, da Lei de Licitações (R$8.000,00), e por sua vez, Evandro Robson Vessoni, se beneficiando da dispensa da licitação, celebrando contrato com o poder público, agindo assim, os réus fraudaram, o processo de licitação.

Em suas declarações Vagner Ghizarde Alves, informou que a empresa Vagner Ghizarde Alves-ME ("Loja Pioneira") iniciou suas atividades no início dos anos 2000, primeiramente como açougue, porém entre os anos 2006 e 2007, alterou seu ramo comercial para uma loja de produtos diversos, mesma época em que começou a trabalhar para o réu Evandro, pretendendo encerrar as atividades de sua empresa, o que efetivamente não ocorreu. Porém, veio a comprar um comércio de móveis e, como queria continuar trabalhando com a mesma razão social, providenciou a abertura de nova empresa, Móveis Ghizarde, sendo que no início utilizou o talonário da empresa Pioneira, mas logo fez as correções das notas fiscais, transferindo-as à nova firma criada.

Questionado acerca da nota fiscal de p. 250, disse que não reconhece a referida nota fiscal, como sendo de sua empresa, pois não solicitou sua confecção, não sabendo esclarecer como o réu Evandro obteve acesso a tais documentos. Pontou que recebeu, em sua conta bancária particular, uma única vez dinheiro da Prefeitura de Sete Quedas, o qual repassou uma parte ao réu Evandro e outra ficou sem seu poder em troca de um negócio existente anteriormente com o mesmo. Esclareceu que nunca forneceu autorização para Evandro utilizar talonários de notas de sua empresa para fornecer à Prefeitura Municipal. (arquivo audiovisual de p. 696)

A testemunha Eladyr Ferreira da Costa, em juízo (arquivo audiovisual de p. 696), afirmou que à época dos fatos, exerceu cargo de Secretária de Ação Social do Município, afirmando que solicitou aquisição de material de expediente, sendo que a solicitação foi devidamente entregue pelos fornecedores, conforme conferência, acreditando que os valores descritos estavam dentro da média do valor praticado no mercado. Nada soube informar acerca da irregularidade da empresa fornecedora, sabendo somente afirmar que o réu possuía loja física na cidade e aparentava possuir negócios com Vagner.

Esclareceu que os produtos descritos nas notas fiscais eram comercializados por Evandro. Sobre o acusado Sérgio, pontou que este era exigente com preços, qualidade e controle de entregas. Mencionou que a demanda de material de papelaria pela Secretaria de Ação Social era constante.

Em continuidade, a testemunha Marcos Roberto Penachio, sob o crivo judicial (arquivo audiovisual de p. 696), afirmou que à época dos fatos, exercia o cargo de Contador da Prefeitura Municipal de Sete Quedas, função esta que exerce até hoje, acrescentou que desconhece qualquer fato relacionado a suposta dispensa irregular de licitações, pois à ele cabia somente verificar a existência de dotação orçamentária para as aquisições municipais, não exercendo qualquer controle sobre o processo licitatório, cabendo ao seu setor,

após a aprovação orçamentária, o arquivamento do processo, acompanhado das notas, dos empenhos e das ordens de pagamento.

Acrescentou que até hoje ocorre bastante dispensa de licitações na administração municipal. Disse que normalmente não são efetuados pagamentos a terceiros que não as empresas fornecedoras dos produtos, contudo existia o costume de representantes comerciais receberem valores em nome da empresa vendedora. Sempre existiu o controle de recebimento de mercadorias, pontuando que Sérgio sempre foi exigente quanto ao controle de entrega das mercadorias adquiridas. Por fim, descreve que Vagner e Evandro tinhas negócios comerciais.

A testemunha João Antonio Biló, nada acrescentou aos fatos (arquivo audiovisual p. 729).

Em seu interrogatório, o réu Evandro Robson Vessoni, negou os fatos que lhe são imputados. Disse ser proprietário da empresa José Gonçalves de Carvalho-ME (Filipe Móveis), afirmando que era cadastrado como fornecedor da Prefeitura desde o ano de 1996, sua empresa era do ramo de móveis e eletrodomésticos, fornecendo estes produtos à prefeitura até os meados do ano de 2008, quando lhe foi solicitado produtos que não estavam na descrição de seu ramo, pediu a seu funcionário autorização para utilizar as notas fiscais da empresa Loja Pioneira, a qual tinha ramo de atividade comercial mais ampliado. A Loja Pioneira estava no nome de Vagner, porém era administrada pela mãe dele. Assim, com este acordo, passou a fornecer outros produtos a prefeitura a exemplo cita lençóis, colchas e cobertores. Afirma que sabia que tal prática era irregular, porém, acreditava não ter problemas, pois todo o material pedido e lançado na nota era efetivamente entregue à prefeitura. Declarou que desconhece qualquer irregularidade acerca da licitação, pois fornecia a mercadoria mediante a requisição de compra aprovada e após a devida cotação e seleção (arquivo audiovisual de p. 691).

Cabe ressaltar que o arquivo audiovisual de p. 710 está parcialmente inaudível.

O réu Sérgio Roberto Mendes, em seu interrogatório (arquivo audiovisual p. 766), admitiu que durante sua gestão, o município realizou negociações comerciais com Evandro. Porém, nega que o fracionamento das compras era proposital com intento de burlar a licitação, alega que tal prática era utilizada em função das necessidades periódicas e constantes das Secretarias. Não soube esclarecer os motivos pelos quais eram feitas várias notas no mesmo dia. Esclarece que a dinâmica das compras se iniciava com o pedido das Secretarias, o qual era cotado em várias empresas e a compra requisitada com base no critério do melhor preço/qualidade, quando então era empenhava e pagava, mediante comprovação da devida entrega dos produtos. Desconhece porque os cheques de p. 11 forma emitidos em nome do réu Roni. Disse, que desconhece também, a relação de parceria havida entre Evandro e Vagner.

Por sua vez, Alberi Hemerich, durante a fase judicial (arquivo audiovisual de p. 766), afirmou que é funcionário efetivo da prefeitura e, na época dos fatos era Diretor de Compras da Prefeitura de Sete Quedas. Em relação a dinâmica das compras, disse que as Secretarias e departamentos lhe encaminhavam os pedidos de compras e estes eram repassados a diversas empresas, no mínimo três, dentre aquelas que constavam no cadastro de fornecedores elaborados pelas gestões anteriores, para a cotação; com o retorno das cotações, era repassado ao réu Sérgio, a quem cabia a escolha, depois de escolhido, o comerciante era contatado e com a entrega das mercadorias era repassado a requisição ao fornecedor, a partir dai não tinha mais envolvimento.

Acrescentou que nunca lhe foi solicitado a fragmentação de compras, vindo sempre os pedidos pequenos, nunca houve compras grandes que precisavam licitar, quando questionado acerca de diversas compras realizadas no mesmo dia, esclareceu que o gestor tem autonomia de compras sem precisar dar satisfações ao departamento de compras, em relação a "Loja Pioneira", não tem lembranças de proceder cotação ou recebimento de mercadorias com desta empresa. Também não se recorda se esta empresa consta do cadastro de fornecedores. Por fim, ressalta que nunca ouviu comentários da prática de fracionamento intencional de compras para burlar a licitação.

O réu Roni Von Bellei, na fase do contraditório (arquivo audiovisual de p. 766), declarou que na época dos fatos exercia o cargo de Secretário Municipal de Finanças na Prefeitura Municipal de Sete Quedas. Questionado sobre o protocolo seguido para as compras de mercadorias, relembra que os titulares das pastas

eram responsáveis pelos pedidos de compras, os quais eram encaminhados ao diretor de compras (réu Alberi), a quem cabia levantar a cotação de preços, após, com a cotação em mãos, era repassada ao Prefeito (réu Sérgio), que mediante sua escolha, autorizava a compra; sem sequência, passava-se ao setor de contabilidade que procedia o empenho, vindo ao declarante para o pagamento, que era feito mediante cheque. O pagamento somente era solicitado após ter havido a conferência da efetiva entrega da mercadoria, a qual ficava a cargo dos respectivos secretários e do acusado Alberi.

A documentação juntada para o pagamento eram as requisições anexadas as notas fiscais e aos empenhos. Em relação ao fracionamento de compras para evitar a licitação, afirmou que nunca lhe foi solicitado esta prática e, em relação aos diversos pagamentos ocorridos no mesmo dia a uma mesma empresa, pode ter ocorrido de serem compras de diferentes fundos municipais, ou seja, compras da Secretaria de Educação, Saúde, Social e outras. Acrescentou que tem conhecimento que Evandro possuía uma loja física de venda de móveis na cidade, e que aparentemente Vagner e ele trabalhavam juntos à época, porém não sabe precisar a relação profissional dos dois, sabendo dizer que ambos contrataram por diversas vezes com a Prefeitura, sendo que um ou outro sempre recebia cheques em pagamento.

Atrelado aos depoimentos existem nos autos as notas fiscais de compras relacionadas a empresa Loja Pioneira, sendo elaborado pelo Ministério Público um quadro de processos de pagamentos relativos aos anos de 2006, 2007, 2008 e 2009 (p. 899-900), reproduzidos abaixo em sua íntegra:

2006

	PROCESSO DE PAGAMENTO				NOTA FISCAL			
	Fls.*	Data	Número	Valor (R$)	Fls.*	Data	Nº	Valor NF
1.	164	05/06/06	00843	4.130,00	165	06/06/06	0781	4.130,00
2.	162	05/07/06	00940	2.908,48	163	04/07/06	0782	2.908,48
3.	160	27/09/06	02323	4.957,00	161	27/09/06	0847	4.957,00
Somatório Anual dos Processos de Pagamento				R$ 11.995,48	Somatório das Notas Fiscais			R$ 11.995,48

2007

	PROCESSO DE PAGAMENTO				NOTA FISCAL			
	Fls.*	Data	Número	Valor (R$)	Fls.*	Data	Nº	Valor NF
4.	167	18/04/07	00447	4.200,00	169	17/04/06	1000	4.200,00
5.	170	03/05/07	01279	3.500,00	172	17/04/07	1051	3.500,00
Somatório Anual dos Processos de Pagamento				R$ 7.700,00	Somatório das Notas Fiscais			R$ 7.700,00

2008

	PROCESSO DE PAGAMENTO				NOTA FISCAL			
	Fls.*	Data	Número	Valor (R$)	Fls.*	Data	Nº	Valor NF
6.	174	12/12/08	00771	1.685,00	176	28/11/08	0607	1.685,00
7.	177	12/12/08	00768	2.211,45	179-181	28/11/08	0603 0602 0601	308,85 917,95 984,65
8.	186	12/12/08	00770	2.000,00	188	28/11/08	0605	2.000,00
9.	189	12/12/08	00769	2.100,00	191	28/11/08	0604	2.100,00
10.	182	23/12/08	00789	1.300,00 3.207,75	185	15/12/08	0609	4.507,75
Somatório Anual dos Processos de Pagamento				R$ 12.504,20	Somatório das Notas Fiscais			R$ 12.504,20

2009

	PROCESSO DE PAGAMENTO				NOTA FISCAL			
	Fls.*	Data	Número	Valor (R$)	Fls.*	Data	Nº	Valor NF
11.	196	10/02/09	00403	3.246,00	198	10/02/09	0611	3.246,00
12.	202	20/02/09	00230	3.834,70	204	19/02/09	0612	3.834,70
13.	205	25/02/09	00231	2.430,00	207	19/02/09	0613	2.430,00
14.	232	02/04/09	01208	1.860,00	234	01/04/09	0614	1.860,00
15.	208	05/05/09	00477	2.568,00	210	05/05/09	1076	2.568,00
16.	229	05/05/09	01324	2.932,00	231	05/05/09	1020	2.932,00
17.	226	09/06/09	01891	1.602,00	228	09/06/09	1081	1.602,00
18.	223	01/07/09	02306	1.782,86	225	01/07/09	0619	1.782,86
19.	199	09/07/09	00999	1.604,00	201	09/07/09	0620	1.604,00
20.	211	09/07/09	01874	295,00	213	07/07/09	0616	295,00
21.	214	09/07/09	01875	669,00	216	07/07/09	0615	669,00
22.	217	09/07/09	01873	1.875,00	219	07/07/09	0618	1.875,00
23.	220	30/07/09	02307	1.728,00	222	30/07/09	1101	1.728,00
24.	193	19/08/09	00479	1.200,00	195	12/08/09	1103	1.200,00
Somatório Anual dos Processos de Pagamento				R$ 27.626,56	Somatório das Notas Fiscais			R$ 27.626,56

Através destes quadros, podemos observar a existências de várias compras realizadas no decorrer do mesmo mês, ou até mesmo várias no mesmo dia, o que realmente causa espécie, porém poderia ser justificável como citado pelo réu Roni Von, que as compras tenham sido realizadas com empenhos de dotações orçamentárias diversas.

Inclusive, a exemplo, cita-se que através das notas de empenho de p. 249, 252, 255, 258 e 261, indicam a classificação funcional de despesa diversa, melhor dizendo em qual área a despesa será realizada, assim vemos, respectivamente, 12.361.003-1.003 – Educação À Alcance de todos; 12.361.003-2.012 – Manutenção do departamento de Educação, 04.122.002-2.027 – Manutenção Geral da Secret. Administração; 04.123.002-2.009 – Manutenção da Secretaria de Finanças e 12.365.003-2.011 – Manutenção do Ensino do Pré-Escolar.

In casu, frente a prova oral, produzida sob o crivo do contraditório e todo o acervo documental coligido aos autos, apesar da menção de desobediência as normas de licitação, não se produziu nos autos provas de que os valores contratados estavam superfaturados, tampouco há prova da realização de pagamentos por fora visando a obtenção de vantagens indevidas.

Enfim, não é possível extrair do acervo probatório a existência do dolo específico e do prejuízo causado ao erário, sendo insuficientes para configuração do crime a comprovação da desobediência das normas legais do processo licitatório, a qual é afetada ao campo da improbidade administrativa.

Neste sentido, colhem-se os seguintes precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DANO EFETIVO AO ERÁRIO. NECESSIDADE.*
>
> ***I- Consoante jurisprudência atual deste Tribunal Superior, para a tipificação do crime previsto no art. 89, da Lei n. 8.666/1993, é necessária a comprovação do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo à Administração Pública, não sendo suficiente apenas a vontade de desobedecer às normas legais do procedimento licitatório***.
>
> *II- A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.*
>
> *III- Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp 1.199.871/GO, 5ª Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe de 14/5/2014)* (Destacou-se).

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DISPENSA DE LICITAÇÃO MEDIANTE FRACIONAMENTO DA CONTRATAÇÃO. DOLO ESPECÍFICO. INTENÇÃO DE LESAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PREJUÍZO EFETIVO AO ERÁRIO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. CONDUTA. ATIPICIDADE. EXTENSÃO DA ORDEM AOS CORRÉUS (ART. 580 C/C ART. 654, § 2º, AMBOS DO CPP).

1. ***Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao Erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos.***

2. Hipótese em que o paciente, prefeito do município, foi condenado como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, por ter, juntamente com os membros da comissão de licitação, fracionado o serviço de transporte escolar em vários roteiros para, considerando o valor isolado de cada uma das linhas, dispensar o processo licitatório, em desacordo com o que determina o art. 23, §§ 2º e 5º e art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993.

3. ***Observa-se, contudo, a existência de condenação baseada no dolo genérico (dispensa ou inexigibilidade de licitação, fora das hipóteses legais, com o objetivo de direcionamento da contratação), o que, segundo a jurisprudência desta Corte, não é suficiente para sustentar o decreto condenatório.***

4. ***A sentença não fez qualquer referência à existência de deliberada intenção de causar prejuízos à Administração Pública ou à efetiva ocorrência do dano. Ao contrário, o magistrado de primeiro grau reconhece que os serviços foram prestados e, ao afastar a conduta prevista no art. 1°, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67, afirma, categoricamente, inexistir nos autos provas suficientes para comprovar o dolo do denunciado de efetuar pagamentos aos contratados superiores aos ajustados, sem qualquer justificativa para tanto.***

5. Ordem concedida para absolver o paciente Cesar Augusto de Freitas, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação da prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, com extensão dos efeitos aos corréus Ronildo Vieira Maciel, Tereza Maria Lopes de Brito e Amarildo Bezerra Leite (art. 580 do CPP). Pedido de reconsideração da decisão que apreciou o pleito liminar prejudicado. Comunique-se, com urgência, ao Juízo da 37ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Caruaru/PE e à Primeira Turma do Tribunal de Justiça de Pernambuco. (HC 588.359/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020)

Este também é o entendimento adotado por esta Corte:

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – CRIME DO ARTIGO 89, DA LEI Nº 8.666/93 – DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI – AUSÊNCIA DE PROVAS DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Da análise do acervo probatório, uma vez não demonstrado que ao promover as contratações diretas, o denunciado agiu movido pelo elemento subjetivo específico do tipo penal, consistente no intuito de se beneficiar, beneficiar terceiros ou macular o bem jurídico tutelado pela Lei nº 8.666/93, deve ser mantida a sua absolvição. CONTRA O PARECER – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMS. Apelação Criminal n. 0000026-48.2016.8.12.0027, Batayporã, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 20/08/2020, p: 24/08/2020)

EMENTA – AÇÃO PENAL – PREFEITO MUNICIPAL – CRIME DE LICITAÇÃO – DISPENSA INDEVIDA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – ART. 89, CAPUT – DA LEI 8.666/93 – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO – IMPRESCINDIBILIDADE – PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – IN DUBIO PRO REO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – AÇÃO IMPROCEDENTE.

I. Para a configuração do delito previsto no art. 89, caput, da Lei 8.666/93, exige-se a presença do elemento subjetivo do agente político, consistente na vontade livre e consciente de lesar o erário ou obter benefício próprio.

II. Não havendo prova do dolo específico, deve prevalecer o princípio do in dubio pro reo, decorrente da máxima constitucional da presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), veda condenações baseadas em conjecturas, sem a presença de provas contundentes apontando a materialidade e a autoria delitivas e, quando necessário, o dolo ou culpa do agente.

III. Ação julgada improcedente. (TJMS. Ação Penal - Procedimento Ordinário n. 0800601-84.2012.8.12.0052, Anastácio, Seção Especial - Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 23/05/2018, p: 24/05/2018)

Muito embora, como bem ressaltado pelo magistrado primevo, a conduta dos réus traça contornos de improbidade administrativa, que está em análise nos autos nº 0000771-84.2010.8.12.0044.

Em conclusão, muito embora transpareça irregularidade acerca da dispensa de licitação, não foi o suficientemente comprovado nos autos o dolo específico e o efetivo dano ao erário, condições básicas que impedem o reconhecimento da prática do crime da lei de licitações.

II. Do desvio de verbas públicas (artigo 1º, I, do Decreto-Lei 201/67):

Neste ponto, o Ministério Público sustenta que os apelados engendraram um esquema de desvio de verbas públicas, mediante a dispensa irregular de licitações, porém não restou demonstrado nos autos que suas ações resultaram de dolo específico e de prejuízo ao erário.

Por tais razões, requer a condenação dos apelados pelo desvio de verbas públicas, mormente pela emissão de cheques em nome de Roni Von, cujas cópias encontram-se às p. 357 e 359, que, teoricamente, foram emitidas atreladas ao pagamento dos empenhos de p. 249 e 252.

Porém, vê-se que o empenho de p. 249, fora quitada com o cheque de nº 22307 e a de p. 252, com o cheque de nº 22306, diferente das numerações das cártulas de p. 357 e 359.

Assim, apesar de coincidirem datas e valores, não imprimem a certeza de que os cheques nominado a Roni Von estavam subsidiados pelas referidas notas de empenho.

Ademais, nos depoimentos colhidos perante o Juízo, fora dito que era prática comum, àquela época, o pagamento dos funcionários da prefeitura municipal através de emissão de cheque.

Assim, em momento conseguiu trazer a comprovação do dolo má-fé, ou locupletamento, por parte dos apelados, podendo o ato ser caracterizado como mera imperícia procedimental, mas jamais como conluio em detrimento ao erário.

Inclusive não há provas de que os apelados tenham desviado dinheiro público ou a existência de numerário em suas contas originado de forma ilícita, tampouco de que tenham aumentado seus patrimônios particulares.

Roni Von Bellei, quando à época dos fatos ocupava o cargo comissionado de Secretário Municipal de Finanças, aduzindo que mencionados cheques foram emitidos para pagamento de seu salário mensal.

Em síntese, o conjunto probatório acima elencado revela que as provas produzidas pela acusação são insuficientes para sustentar um édito condenatório, já que o tipo penal previsto no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/64, exige a comprovação do dolo, consistente na vontade do Prefeito de apropriar-se ou desviar bens ou rendas, e no caso de concurso, a demonstração do elo entre os envolvidos, situações não existentes nos autos.

Embora o *Parquet* tenha demonstrado irregularidades contábeis na gestão de Sérgio Roberto Mendes, enquanto prefeito do município de Sete Quedas, restou controversa a consumação do delito em questão, que somente ocorre com a apropriação indevida da verba pública, não demonstrada no acervo probatório, restando apenas indícios da prática ilícita.

Corolário disso é que não se construiu lastro probatório de que o então Prefeito de Sete Quedas agiu em conluio com os demais réus com o intuito de desviar dinheiro público.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO EM ALEGAÇÕES FINAIS DO PARQUET. INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. NECESSIDADE DE JULGAMENTO DO MÉRITO, COM BASE EM CONVENCIMENTO JURIDICAMENTE MOTIVADO.* ***IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DO ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. APROPRIAÇÃO OU DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. FAVORECIMENTO DE DESVIO DE VERBA PÚBLICA DE CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE A UNIÃO E O MUNICÍPIO. LAUDO PERICIAL QUE APONTA A AUSÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO. INADEQUAÇÃO DA CONDUTA AO TIPO PENAL OBJETIVO. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO.***
>
> *[...]*
>
> *5. (a)* ***O artigo 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 tem por objetividade jurídica a proteção do erário, em face de condutas dos administradores voltadas à apropriação privada de recursos públicos ou ao seu desvio em proveito de terceiros, em ação finalisticamente voltada ao enriquecimento patrimonial ilícito****; (b) Paulo Mascarenhas leciona que "O inciso I deste artigo trata da apropriação de bens ou rendas públicas, ou o seu desvio em benefício próprio ou de terceiros. É o caso do prefeito ou seu substituto se apoderar de bens e valores do Município, dispondo-os como se fossem seus, ou desviando-os em seu proveito ou de terceiros a quem queira beneficiar" (Mascarenhas, Paulo. Improbidade Administrativa e Crime de Responsabilidade de Prefeito Comentado. 3 ed. rev. ampl. e atual. Ipiranga: RCN Editora, p. 75);* ***(c) In casu, a conduta do réu não perfectibiliza o tipo penal do art. 1º, I, do Dec. -Lei nº 201/67, cuja objetividade jurídica se ocupa de punir o Administrador Municipal que enriqueça, ilicitamente, à custa do erário, ou desvie os recursos públicos em proveito de terceiros, o que não ocorreu; (d) A tipicidade exige a estrita adequação formal da conduta ao texto legal, a lesão do bem jurídico penalmente protegido, bem como o dolo, que, nos crimes patrimoniais contra a Administração Pública, consiste na obtenção de enriquecimento ilícito à custa do erário;*** *(e) Assiste razão ao i. Procurador-Geral da República, consoante afirmou, em sede de alegações finais, in verbis: "o Ministério Público, além de titular da ação penal pública é também fiscal da ordem jurídica (art. 127 da CR/88). Não pode, portanto, pautar sua atuação a partir de um compromisso incondicional com a acusação. Demonstrados nos autos, de forma incontrastável, como no presente caso, que a ação penal perdeu sua justa causa, não deve insistir o Parquet no seguimento do processo que já se revela, de logo, inviável, sob pena de violar, com tal conduta, garantias fundamentais dos réus". 6. Ex positis, julgo improcedente a Ação Penal, nos termos da proposição da Procuradoria-Geral da República, para absolver o acusado, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (por não constituir o fato infração penal). (STF; AP 1.006; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; DJE 10/08/2018) (Destacou-se).*

Desta feita, no caso em tela, as provas colhidas na fase pré-processual e também judicial, não permitem concluir, com a certeza desejada e exigível, que o delito de desvio de verbas públicas (art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67), imputado aos réus tenha realmente ocorrido tal como descrito na denúncia.

Logo, a absolvição é medida que se impõe, pois como cediço, no juízo penal prepondera, sempre, o estado de inocência e a deficiência de prova favorece ao acusado pelo sagrado princípio do ***in dubio pro reo***, perfeitamente aplicável ao caso em tela.

No escólio de Guilherme de Souza Nucci:

> *"é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu – **in dubio pro reo**. Se o juiz não possui **provas** sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a **absolvição**."*

Portanto, o contexto fático probatório acostado aos autos não deixa alternativa diversa da aplicação do brocardo *in dubio pro reo*, motivo pelo qual também há de se mantida a absolvição dos apelados em relação ao crime de desvio de verbas públicas.

Por derradeiro, quanto aos prequestionamentos aventados, tem-se que a matéria foi amplamente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Diante do exposto, contra o parecer, nega-se provimento ao recurso ministerial, mantendo-se incólume a sentença rebatida.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em razão de pedido de vista do revisor, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, após o relator negar provimento ao recurso. o vogal aguarda.

VOTO (EM 15/04/2021)

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (Revisor)

Pedi vista para melhor apreciar os elementos de prova constantes dos autos, pois trata-se de processo extenso e complexo.

Após criteriosa análise, hei por bem acompanhar integralmente o voto do eminente Relator.

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

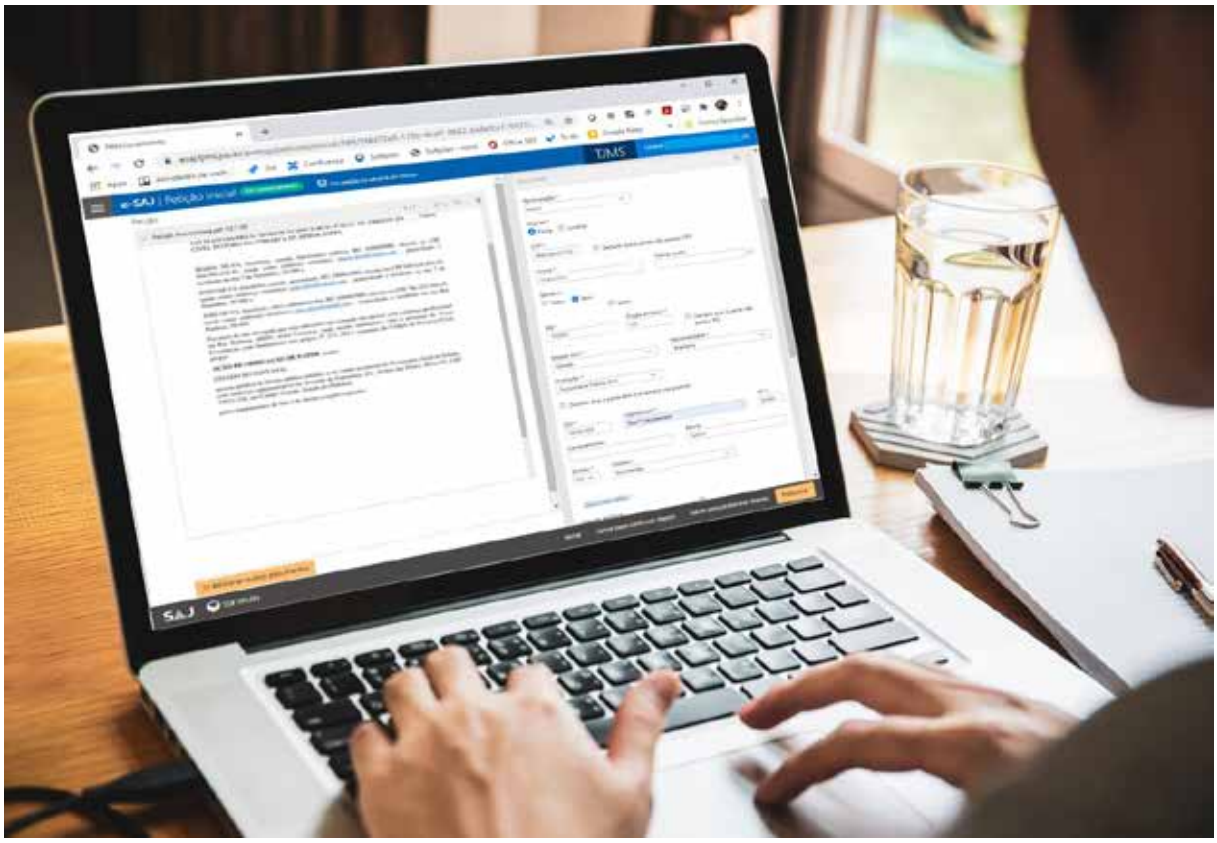
Campo Grande, 15 de abril de 2021.

***

Noticiário



Projeto-piloto dará celeridade à distribuição automática de processos de 1º Grau
18.01.2021



Um projeto-piloto do Tribunal de Justiça de MS (TJMS), de iniciativa da Corregedoria-Geral de Justiça e com o apoio da Secretaria de Tecnologia da Informação, dará início à implementação da distribuição automática de processos no âmbito do 1º Grau. A comarca onde será aplicado o sistema pela primeira vez é a de Sidrolândia.

No final do ano passado, a Corregedoria-Geral de Justiça, por meio do juiz auxiliar César Castilho Marques, encetou as tratativas com o juiz titular da 2ª Vara Cível de Sidrolândia, Fernando Moreira Freitas da Silva, para que referida comarca fosse a escolhida para a implantação do sistema de distribuição automática de processos. Assim, nesta segunda-feira (18) Sidrolândia fará o teste deste projeto-piloto.

A distribuição automática de processos, no entanto, já é uma realidade do Poder Judiciário estadual. Ela está autorizada pela Lei Federal n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, está estabelecida no Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de MS, e é aplicada na distribuição dos processos de 2º Grau e do plantão judiciário. A novidade é sua utilização na 1ª instância.

Hoje, nas comarcas de MS, os advogados apresentam suas petições iniciais por meio eletrônico, as quais são analisadas por um servidor responsável pela realização posterior da distribuição dos processos para as varas competentes. Com a utilização da distribuição automática, pula-se essa intermediação do servidor, de forma que o processo segue do advogado direto para a vara responsável. A distribuição automática, portanto, é uma forma de trazer mais celeridade a essa primeira etapa dos processos judiciais.

O advogado e o cadastro correto – Para que essa agilidade seja alcançada, contudo, torna-se extremamente importante que os advogados realizem o cadastro correto do processo quando apresentarem suas petições iniciais. Eles devem, por exemplo, inserir todas as partes envolvidas no pleito judicial com

seus dados completos e corretos, estar atento à competência para processar seu pedido, bem como obedecer à Tabela Processual Unificada, implementada pela Resolução-CNJ n. 46, de 18 de dezembro de 2007.

A necessidade do cadastro correto se explica pelo fato de que, caso haja alguma impropriedade no preenchimento dos dados, o processo precisará ser corrigido por um servidor e, enquanto não for corretamente distribuído, atravancará a distribuição de todos os outros processos cadastrados depois dele, ocasionando em uma demora indesejável. Inclusive, o artigo 274 do CNCGJ/MS estabelece que o peticionamento eletrônico, se encaminhado com impropriedades, deve ser certificado, obrigatoriamente, pelo distribuidor judicial ou pelos servidores do cartório antes da conclusão ao Juiz, a quem caberá determinar as providências pertinentes.

Importante ressaltar que todos os processos cadastrados passarão por análise antes de serem remetidos aos juízos competentes. No entanto, quanto mais petições iniciais forem enviadas sem os devidos cuidados, maior será o tempo para que estejam disponíveis para apreciação do juiz.

De início, a distribuição automática de processos será aplicada por 30 dias na comarca de Sidrolândia, a fim de averiguar o andamento do projeto, corrigir eventuais falhas e verificar o que pode ser feito por todos os envolvidos para garantir o seu sucesso. Depois, a estimativa é estender a distribuição automática gradativamente às demais comarcas do Estado.

Com o engajamento de todos, esta iniciativa trará benefícios não só aos operadores do direito, como a todos os jurisdicionados, que verão suas demandas serem analisadas em um menor intervalo de tempo pelo magistrado competente.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Pesquisa: TJMS é o único a ter mais de 100% do índice IAD nos executivos fiscais
19.01.2021



Pesquisa realizada pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, baseada em dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demonstra que a Corte sul-mato-grossense se consolida com os melhores resultados na solução dos casos de execução fiscal de 1º Grau. O TJMS teve por quase uma década números superiores a 100% do IAD (Índice de Atendimento à Demanda) neste tema. Os números foram lançados na Pesquisa "Prospectivas do TJMS acerca da Execução Fiscal de 1º Grau (2009-2018)", disponível em formato on-line no Portal do TJ (https://www.tjms.jus.br/webfiles/cms-arquivos/f6b749dac35aefe790d8721c6c0cc340.pdf).

O estudo demonstra que, durante uma década, o TJMS se consolida como uma Corte capaz de trazer soluções viáveis nos casos de execução fiscal, tornando-se exemplo a ser seguido pelos pares, seguidores do mesmo segmento da justiça.

A pesquisa teve como base a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, cobrança esta destinada aos entes Federativos e suas autarquias. Para se ter ideia do impacto da atividade de execução fiscal no Poder Judiciário brasileiro, os executivos fiscais responderam, apenas em 2018, por mais de R$ 38 bilhões.

Os processos de execução fiscal representam 42% do acervo total da Justiça estadual e, de acordo com o Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, em 2018, apenas 10% dos processos judiciais que tramitavam foram baixados.

É neste cenário que o TJMS vem se destacando em relação aos seus pares na justiça, em diferentes situações e com realidades aproximadas. Na pesquisa, o Tribunal de MS foi comparado a Tribunais de mesmo porte e regiões geoeconômicas semelhantes, como no caso do TJPI, TJRN, TJAC, TJTO, TJMA e TJMT.

A série histórica, de 2009 a 2018, trouxe um panorama que permitiu a observação da atuação do Tribunal de Justiça de MS e o seu comportamento com relação ao Índice de Atendimento à Demanda, variável que afere se o órgão teve capacidade de baixar processos, pelo menos em número equivalente ao montante de casos novos. Para evitar o acúmulo do acervo, os Tribunais devem ter índice superior a 100%.

"*O desempenho constatado no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul no último decênio expõe claramente o firmamento, desde 2012, desta egrégia Corte como uma instituição altamente célere, ao ponto de conseguir baixar frequentemente mais processos em relação aos casos novos na classe referente à Execução Fiscal no 1° Grau*", afirma o relatório, demonstrando que, de 2012 a 2018, o TJMS se apresenta como o único, em análise, a ultrapassar a barreira de 100% de IAD, em comparação com os Tribunais de pequeno porte.

Quando comparado aos Tribunais de médio porte, com características geoeconômicas semelhantes ao Estado de MS, o retrato, segundo o estudo, "*expõe uma tendência harmoniosa, com o TJMS ocupando, novamente, o posto de melhor IAD, em oito dos 10 anos em análise*". Esta análise foi feita em comparação aos resultados apresentados pelos TJs do Maranhão e do vizinho Mato Grosso.

Outro destaque a ser feito é que, nos anos de 2010 a 2015, período de maior acúmulo de casos pendentes, o TJMS ficou abaixo dos 100%. "*Esta ocorrência demonstra claramente que a eficiência na baixa de processos de execução fiscal de 1°Grau no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul contribui diretamente, de modo positivo, com a performance do IAD geral deste colendo Tribunal*".

Na pesquisa, o trabalho dos magistrados também foi destacado. A série histórica do Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) demonstra a média dos processos baixados. Entres os Tribunais comparados, o TJMS é a única Corte a sempre superar a marca de 1000 processos baixados por magistrado, em todo o período da pesquisa. No período de 2009 a 2012 e em 2014, foram os magistrados de MS os que mais produziram.

Os servidores também demonstraram índice de produtividade alto. No período de 2009 a 2012 os servidores judiciários do TJMS obtiveram o melhor desempenho geral.

A pesquisa "Prospectivas do TJMS acerca da Execução Fiscal de 1º Grau (2009-2018)" ainda trata de temas como: Aspectos socioeconômicos e demográficos das mesorregiões de MS; Territorialidades dos

processos pendentes de execução fiscal de 1º Grau; IAD dos processos de execução fiscal de 1º Grau em escala mesorregional; e Taxa de congestionamento dos processos de execução fiscal de 1º Grau em escala mesorregional.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Des. Carlos Eduardo Contar:
"O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul continuará a ser grande e cada vez maior"
22.01.2021



Em solenidade realizada na tarde desta sexta-feira (22), no Centro de Convenções Rubens Gil de Camillo, foi empossada a administração do Tribunal de Justiça do biênio 2021/2022. Assumem para comandar os destinos do Poder Judiciário Sul-mato-grossense os desembargadores Carlos Eduardo Contar (Presidente), Sideni Soncini Pimentel (Vice-Presidente) e Luiz Tadeu Barbosa Silva (Corregedor-Geral de Justiça). O local foi escolhido para a cerimônia em razão das medidas de biossegurança, pois permitiu que os convidados mantivessem o distanciamento social em virtude da pandemia de Covid-19.

Em seu discurso de posse, o presidente do Tribunal de Justiça ressaltou a necessidade de constante evolução do Poder Judiciário de MS. "Assumindo o comando desta Corte de Justiça não devemos permitir ser igual. Isto seria parar, estagnar, acomodarmos. É preciso que sejamos diferentes, é preciso ter audácia, é preciso arriscar, tentar, buscar, lutar e vencer – se possível – não permitindo repetir, não permanecendo em situação inercial e não fazendo o mesmo, sob pena de sermos atropelado pelos fatos, pela rapidez das ocorrências, pelas necessidades e exigências de um mundo digital", enfatizou o Des. Carlos Eduardo Contar.

O presidente do TJ destacou que "*mudanças regimentais, reorganização do organograma, consolidação de atos, alteração dos organismos internos, reorganização dos órgãos julgadores, e a avaliação externa com a certificação de segurança e qualidade dos serviços do Tribunal de Justiça é o mínimo que se pretende fazer neste período. Precisamos recolocar o Poder Judiciário sul-mato-grossense na vanguarda da justiça nacional, modernizando seu funcionamento, investindo em qualificação pessoal, reconstruindo a imagem de competitividade, agilidade, correção, orgulho e entusiasmo*".

O Des. Carlos Eduardo Contar encerrou seu discurso afirmando que "*o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul continuará a ser grande e cada vez maior, com a ajuda e participação de todos nós. Vamos ao trabalho e ao sucesso*", concluiu.

Discursos – Além do presidente empossado, discursaram na sessão solene o governador de Mato Grosso do Sul, Reinaldo Azambuja, o presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, e o Procurador-Geral de Justiça, Alexandre Magno Benites de Lacerda.

Ao usar a palavra, o governador Reinaldo Azambuja discorreu sobre a trajetória do presidente empossado para destacar suas virtudes para a condução do Poder Judiciário de MS. "Acredito que o espírito de conciliação e a defesa intransigente das causas do Mato Grosso do Sul permanecerão vivos nos anos vindouros em que teremos à frente do Tribunal o desembargador Carlos Eduardo Contar. A aclamação unânime do novo presidente do Judiciário sul-mato-grossense revela bem as expectativas sobre uma gestão inovadora e produtiva. É consenso nesta casa que poucos como ele conhece tão bem os desafios do exercício da magistratura em nosso Estado".

Em seu discurso, o presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, ressaltou o comprometimento dos novos gestores do Tribunal de Justiça com o Estado Democrático do Direito. "*Temos a absoluta certeza que os senhores são zelosos em suas decisões, com apego abnegado pela nossa Constituição, mantenedores da tradição que busca zelar pelo bom conceito de nossa magistratura. (...) Nós, advogados, estamos unidos e fortes para contribuir e assim tornar o sistema de justiça mais produtivo, melhor equipado e mais aberto a todas as camadas da população. Deixamos nossos parabéns aos novos administradores, desejando uma gestão exitosa, compartilhada e competente*".

O Procurador-Geral de Justiça, Alexandre Magno Benites de Lacerda, falou sobre o orgulho de um ex-Procurador de Justiça tornar-se desembargador e presidente do Tribunal de Justiça. "*Saiba que a sua ascensão ao cargo de presidente do Tribunal é muito festejado por todo o Ministério Público. É um momento de muita expectativa porque Vossa Excelência atuou desde o início da carreira preocupado com a eficiência, com a celeridade e com os resultados positivos, tanto é que foi o primeiro gabinete a obter o ISO 9001. Só tenho a desejar muita sorte e saiba que o Ministério Público fará o melhor para ajudá-lo, para que possamos construir uma sociedade sul-mato-grossense cada vez mais forte e pujante, como vem sendo feito pelos nossos demais representantes de outros Poderes e instituições. A sociedade espera isso, que as instituições cumpram seu papel*".

Saiba mais – O evento foi misto pois, além de presencial, permitiu o acompanhamento de forma telepresencial pelo canal do Youtube oficial do TJMS (https://www.youtube.com/user/TJMSJornalismo).

Na abertura da sessão solene, o Des. Paschoal Carmello Leandro, presidente do TJMS no biênio 2019/2020, fez um balanço das atividades em sua gestão e desejou sucesso à administração que se inicia para o biênio 2021/2022. "*Tenho certeza que, pelo caráter e conhecimento de Vossas Excelências, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul alcançará nos próximos dois anos desenvolvimento crescente e indispensável para cumprir a sua missão institucional de distribuir justiça*", finalizou.

Além dos desembargadores do Tribunal Pleno, presencialmente e por videoconferência, participaram da cerimônia na composição da mesa de autoridades: o governador Reinaldo Azambuja; o presidente da Assembleia Legislativa de MS, deputado estadual Paulo Corrêa; o senador Nelson Trad Filho; a senadora Soraya Thronicke; o comandante do Comando Militar do Oeste – CMO, General de Exército Fernando José Sant´Ana Soares e Silva; o presidente do Tribunal Regional Federal – 3ª Região, Des. Mairan Gonçalves Maia Jr.; o Des. Maurício Kertzman Sporer, representando o presidente do Tribunal de Justiça da Bahia, Des. Lourival Almeida Trindade; o Des. José Eustáquio Lucas Pereira, representando o presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Des. Gilson Soares Lemes; o Procurador-Geral de Justiça, Alexandre Magno Benites de Lacerda; o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Mato Grosso do Sul, Mansour Elias Karmouche; e a presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, juíza Renata Gil.

Compuseram o plenário especial o Contra-Almirante Sérgio Gago Guida, Comandante Geral do 6º Distrito Naval, o General de Brigada Valério Luiz Lange, Chefe do Centro Coordenações de Operações do

CMO, o Conselheiro Jerson Domingos, representando o presidente do Tribunal de Contas de MS, Conselheiro Iran Coelho das Neves; o Des. Luiz de Lima Stefanini, do Tribunal Regional Federal 3ª Região; o Defensor Público Geral, Fábio Rogério Rombi da Silva; o procurador-geral do município, Alexandre Ávalo Santana, representando o prefeito de Campo Grande, Marcos Marcello Trad; e o vereador Carlos Augusto Borges, presidente da Câmara Municipal de Campo Grande.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Audiência de Custódia em MS é referência para ONG de Direitos Humanos - 27.01.2021



O Tribunal de Justiça de MS tornou-se exemplo de respeito às medidas de biossegurança, sem prejudicar as garantias legais das pessoas custodiadas, em razão da forma que vem realizando suas audiências de custódia.

O formato de trabalho foi tema de um vídeo produzido pela Associação para a Prevenção da Tortura (APT), uma organização internacional de direitos humanos, com sede em Genebra (Suíça). A APT trabalha mundialmente para prevenir a tortura e outros tipos de maus-tratos, realizando visitas de monitoramento preventivas em lugares de privação de liberdade.

Na divulgação do vídeo, a ONG relatou que as "*pessoas presas no Mato Grosso do Sul têm sido apresentadas presencialmente a um juiz nas primeiras 24 horas, após a prisão. Com a implementação de um novo fluxo interinstitucional de atendimento às pessoas custodiadas e de medidas de biossegurança, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) tem realizado audiências de custódia presenciais*".

Com entrevista do juiz Olivar Augusto Roberti Coneglian, da 2ª Vara Criminal, e de um defensor público, o vídeo mostra que desde o ano passado, o Tribunal de Justiça de MS realiza as audiências no

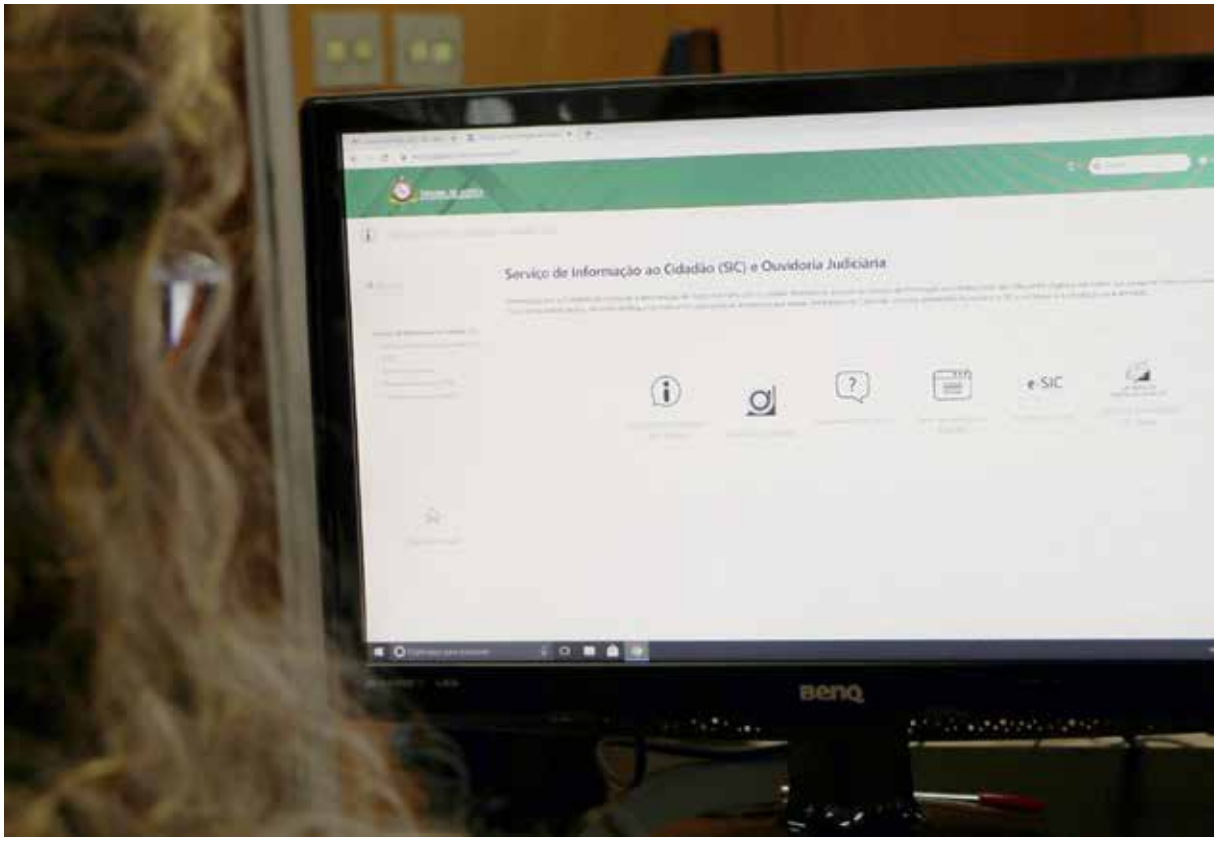
plenário do Tribunal do Júri, garantindo o distanciamento necessário entre todos os presentes, com a aferição de temperatura na entrada do Fórum.

Além disso, a matéria cita o recém-inaugurado serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada (APEC), setor que recebe os custodiados antes das audiências, onde eles passam por atendimento psicossocial e médico, no qual são identificados, por exemplo, possíveis problemas de saúde ou sintomas de covid.

Com o novo protocolo interinstitucional e as medidas sanitárias tomadas, o TJMS vem contribuindo para a prevenção à tortura e para garantia dos direitos das pessoas custodiadas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conheça o SIC – Serviço de Informação ao Cidadão – 29.01.2021



Você sabia que o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul disponibilizou um canal para que o cidadão consiga ter acesso a informações que o aproximam da justiça? Simples e de fácil acesso, o Serviço de Informação ao Cidadão (SIC) pode ser acessado no portal do Tribunal de Justiça, por quem busca informações relevantes.

Na página do SIC é possível encontrar respostas para muitas dúvidas que os usuários possuem, imprimindo agilidade no processo de informações e dados. Dentre os serviços disponíveis está o "Perguntas Frequentes", que auxilia diretamente o cidadão na busca de uma resposta para questões importantes que muitos também procuram.

Dentre as muitas dúvidas está, por exemplo, o horário de funcionamento do Poder Judiciário de MS que, no ano passado, passou a ser das 12 às 19 horas. É possível saber também os números de telefone dos setores, com informações completas no link http://www.tjms.jus.br/servicos/pabx/.

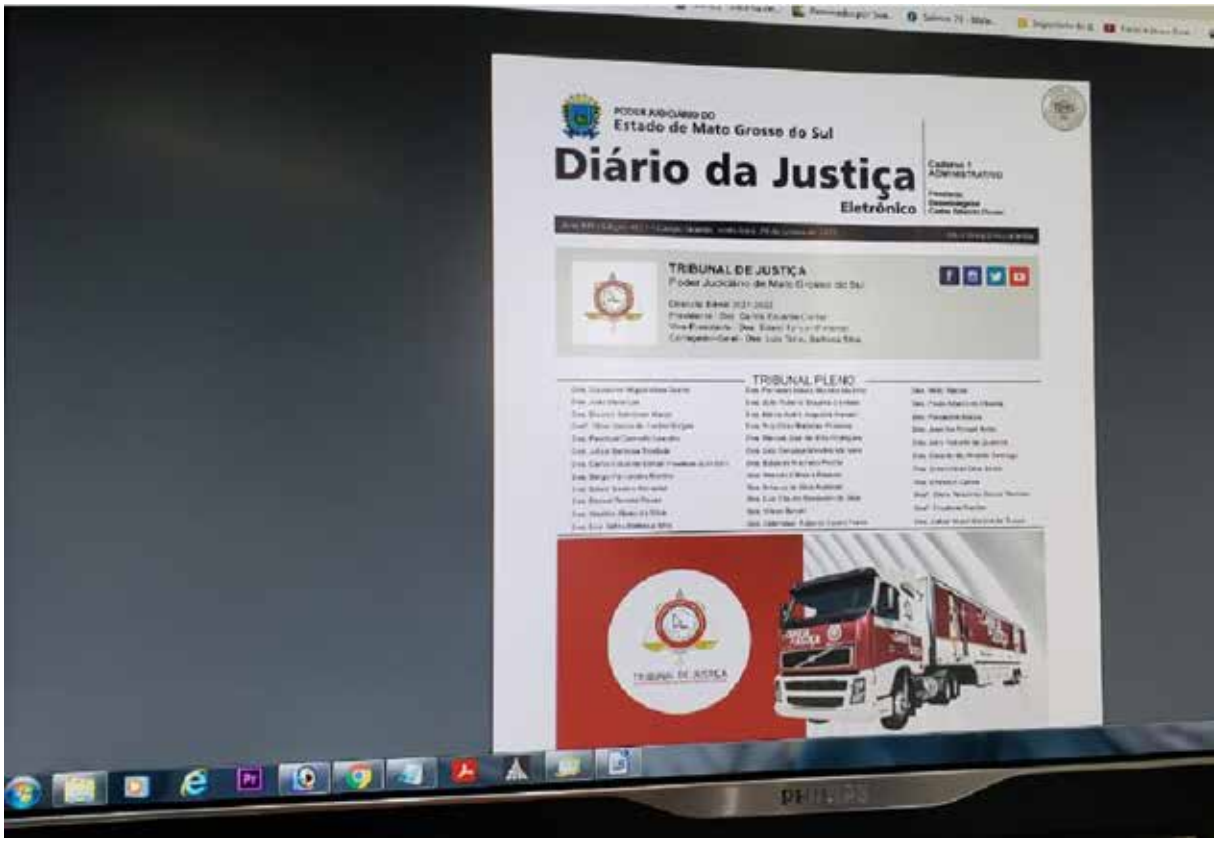
Até quem deseja obter informações sobre os concursos do Poder Judiciário de MS, onde buscar a certidão de união estável, como se divorciar na Justiça Itinerante, como fazer o pedido de sustentação oral em sessões telepresenciais, como proceder para adotar uma criança ou adolescente, quais são os canais de acesso à Ouvidoria, encontrará a respostas no Perguntas Frequentes.

Para aqueles que precisam de uma autorização de viagem para crianças e adolescentes, basta entrar no portal do TJMS (www.tjms.jus.br) e, no canto superior esquerdo, clicar em "Serviços", depois em "Autorização de viagens", encontrando, assim, modelos de autorização, além de uma cartilha explicativa.

A ideia do serviço é diminuir o tempo de busca de informações e direcionar os interessados para o setor que melhor resolverá o problema.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Diário da Justiça do Poder Judiciário de MS completa 20 anos – 29.01.2021



Duas décadas e quatro mil, seiscentas e cinquenta e sete edições de publicações oficiais. No dia 29 de janeiro de 2001, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul efetivou a proposta de editar e imprimir seu próprio periódico, nascendo, por meio do Provimento n. 21, o Diário da Justiça.

Embora o provimento seja do dia 25 de janeiro de 2001, a primeira edição foi publicada no dia 29 e assim circulou até 1º de agosto de 2007 quando, acompanhando os avanços tecnológicos, ganhou sua versão on-line gratuita. No dia 7 de janeiro de 2008, a versão impressa foi definitivamente suspensa e o Diário da Justiça passou a ser fornecido somente no formato on-line.

A novidade, prova da modernidade e praticidade por parte do Tribunal de Justiça, resultou em mais celeridade para as partes e operadores do Direito, além de economia com custos de impressão e papel para o

Poder Judiciário. Foi desta forma que o DJ digital tornou-se a principal fonte de consultas de atos processuais e administrativos da justiça sul-mato-grossense.

O Diário da Justiça pode ser acessado de qualquer lugar do mundo e, alimentado pelo Sistema de Automação da Justiça (SAJ) e servidores, proporciona e permite buscas detalhadas. Processadas pelos servidores Raquel Pereira Dias (Coordenadora), Adnelson Dias Correa e Alberto Paes Rossi, da Coordenadoria de Multimídia, que integra a Secretaria de Comunicação do TJMS, as edições diárias são publicadas exatamente às 18 horas do dia anterior ao da data do DJ – o que é mais uma praticidade para os operadores do Direito.

A versão digital proporcionou mudanças significativas nos trabalhos do Poder Judiciário. Entre as mais recentes estão a publicação de atos diretamente pelo Sistema de Automação da Justiça, o que permite que o próprio DJ faça a autenticação no SAJ assim que a publicação é disponibilizada.

Para o diretor da Secretaria de Comunicação, Carlos Kuntzel, mecanismos como este facilitam o trabalho dos cartórios, que não precisam mais autenticar cada publicação.

História – Antes de o Diário da Justiça ser criado, os atos do Poder Judiciário estadual eram publicados em uma seção do Diário Oficial e, a partir de 1986, passou a ser um encarte do Diário Oficial do Estado, cuja impressão era feita pela Imprensa Oficial de Mato Grosso do Sul.

Essa situação perdurou até o dia 29 de janeiro de 2001, quando foi desvinculado do Diário Oficial e passou a ser uma publicação autônoma, produzida pelo Tribunal de Justiça, permitindo que o Poder Judiciário realizasse de forma autêntica o princípio constitucional da publicidade dos atos da administração pública.

Além de matérias do Judiciário, eram veiculadas publicações de interesse do Ministério Público Estadual, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/MS) e Tribunal Regional Eleitoral (TRE/MS) – dessas três instituições apenas a OAB permanece comunicando seus atos no Diário da Justiça.

Cumprindo a determinação da Resolução n. 526, aprovada pelo Tribunal Pleno, o DJ passou, em 1º de agosto de 2007, a ser veiculado gratuitamente no site do TJMS, substituindo a versão impressa das publicações oficiais em 2 de janeiro de 2008. Anteriormente a isso, a distribuição era feita de forma impressa e a comercialização se dava a partir de assinaturas mensais ou quinzenais, bem como de forma avulsa nos prédios do Fórum e do TJMS.

Em 2016, a publicação passou a ser 100% eletrônica, proporcionando ainda mais agilidade na tramitação dos processos por integrar-se ativamente com o sistema SAJ. Assim, o novo DJ trouxe a padronização das rotinas, a certificação das publicações nos processos e o processamento e editoração dos cadernos de publicação, bem como melhoramento nos filtros de pesquisa avançada e acesso a partir do portal e-SAJ.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ institui núcleos para gerenciamento de precedentes e ações coletivas – 10.02.2021



Está publicado no Diário da Justiça desta quarta-feira (10) o Provimento n. 517, o qual dispõe sobre o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Núcleo de Ações Coletivas do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul – NUGEPNAC/TJMS, além de criar o Centro de Inteligência, vinculado a este. As atribuições do órgão se darão na forma das Resoluções n. 235 e n. 339, ambas do Conselho Nacional de Justiça.

A medida atende ao disposto na Resolução-CNJ n. 339, de 8 de setembro de 2020, a qual estabelece prazo e dispõe sobre as regras para a criação e o funcionamento dos Núcleos de Ações Coletivas – NACs e dos cadastros de ações coletivas nos Tribunais de Justiça dos Estados. Este núcleo será responsável por promover o fortalecimento do monitoramento e da busca pela eficácia no julgamento das ações coletivas.

O NAC foi implantado dentro da estrutura do então Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP, sob a denominação "NUGEPNAC", com o aproveitamento da equipe de servidores e da estrutura administrativa já existente. A possibilidade de agregação dos núcleos decorre da afinidade de seu trabalho, especialmente no que diz respeito à abrangência da eficácia das decisões proferidas tanto nos precedentes qualificados quanto nas ações coletivas.

Conforme o Provimento n. 517 também fica criado o Centro de Inteligência do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, nos termos da Resolução CNJ n. 349, vinculado ao NUGEPNAC/TJMS, aproveitando-se a estrutura física e de pessoal deste.

O NUGEPNAC/TJMS será supervisionado por uma Comissão Gestora composta por Desembargadores designados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Carlos Eduardo Contar. Esta comissão designará membros da comissão para atuar nas atividades e ações típicas do Centro de Inteligência.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Fórum de CG adota sistema de intimação por telefone para todas as varas – 11.02.2021



Implantado no TJMS desde 2003, o Sistema de Intimação por Telefone (Sitra), muito utilizado nos juizados, foi a solução encontrada pela Direção do Fórum de Campo Grande, juntamente com o setor de Controladoria de Mandados, para dar mais efetividade e rapidez às intimações urgentes, sobretudo para o comparecimento em audiências. A instalação da unidade foi realizada na tarde de quarta-feira (10), com a presença da equipe de oficiais de justiça que executará os serviços, em dois turnos (matutino e vespertino). O serviço deve entrar em funcionamento na próxima semana.

Conforme explica a juíza diretora do Foro da Capital, Denize de Barros Dodero, "mais que diagnosticar insuficiência orçamentária e carências materiais e humanas, precisamos otimizar nossos resultados com os recursos disponíveis. A instalação de uma unidade para ampliação da utilização da tecnologia Sitra é uma colaboração nesse sentido".

De acordo com a Controladora de Mandados, Sonia Maria Moreira, "*o objetivo da criação desta unidade foi justamente auxiliar os oficiais de justiça, pois, geralmente, os mandados de intimações costumam ser urgentes e o oficial precisa interromper o cumprimento de outros mandados para atender estas demandas. E, como há um grupo de risco da pandemia que desde o ano passado deixou de realizar trabalho externo, foi designado justamente este grupo para atuar no setor, cumprindo expediente interno ou em teletrabalho*".

Ainda de acordo com a Controladora, serão distribuídos, de imediato para a unidade, 276 mandados de audiência que estão aguardando distribuição. Com relação à movimentação total, os oficiais de justiça da Controladoria de Mandados cumpriram 1.707 mandados no mês de janeiro de 2021.

Segundo o diretor do Departamento de Administração do Fórum de Campo Grande, Paulo Cesar Pereira de Freitas, atualmente duas servidoras estão utilizando o sistema Sitra para as intimações por telefone das seis varas de família; daquelas partes que disponibilizaram os telefones para contato. Conforme o diretor, nestas

varas há um fluxo grande de intimações, o qual vem sendo cumprido dentro do prazo. Ou seja, já é algo que deu certo, e vem sendo feito desde o ano passado. Há também um servidor na 3ª Vara de Violência Doméstica, na Casa da Mulher Brasileira, que faz as intimações de medidas protetivas pelo sistema Sitra.

Ao enfrentar uma demanda grande de intimações, explica Paulo Cesar, "*e realizá-las pelo telefone, além de dar mais celeridade, diminui o volume de trabalho dos oficiais na rua, executando o serviço de maneira interna, possibilitando também que as audiências não sejam reagendadas pela não intimação, a tempo, das partes*".

Os trabalhos devem iniciar na próxima semana para os casos mais urgentes como cumprimento de mandados de audiência, de perícia e dos mandados de intimação para dar andamento no feito. A equipe inicial será composta por sete oficiais de justiça que fazem parte do grupo de risco da pandemia de Covid-19.

Saiba mais – A intimação por telefone é totalmente segura. É feita por meio de uma gravação em um aparelho acoplado ao computador e uma linha telefônica que registra o contato com as partes a serem intimadas. Além disso, o equipamento utilizado hoje permite que a gravação seja feita automaticamente no sistema SAJ.

As intimações pelo Sitra são muito rápidas, duram apenas de dois a cinco minutos, a um custo bem menor se comparadas às intimações presenciais ou pelos Correios, as quais, além do custo maior, dispendem mais tempo e trabalho dos servidores.

O sucesso da utilização desta ferramenta depende muito da atualização dos telefones das partes e procuradores no processo, isto porque o cadastro desatualizado dos números de telefone (fixo ou celulares) inviabiliza o contato com a parte, o que acarreta a necessidade do cumprimento do mandado no formato tradicional.

Para fazer a atualização dos dados, entre em contato com as respectivas varas onde os processos tramitam. Acompanhe pelo link a relação dos telefones: https://www.tjms.jus.br/servicos/pabx/.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Biblioteca do TJMS oferece serviços de pesquisa e entrega de livros – 12.02.2021



A biblioteca Arlindo de Andrade Gomes, vinculada ao Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária, é um espaço moderno para uso dos servidores do Poder Judiciário e da população. Localizada em um dos anexos do Tribunal de Justiça de MS, a biblioteca tem mais de 19 mil exemplares dentre livros e revistas jurídicas, além de ambiente climatizado e sala para estudos.

Com a pandemia do coronavírus, vários serviços do Tribunal de Justiça disponibilizados para o público foram restringidos, incluindo-se a sala de estudo da biblioteca, onde vários estudantes utilizavam o espaço para pesquisa e estudo.

No entanto, o que nem todos sabem é que a biblioteca do Tribunal de Justiça oferece serviços de consulta e pesquisa para magistrados e servidores, além do público externo, respeitando todos os protocolos de biossegurança.

No atendimento personalizado, em consequência da pandemia, a biblioteca continua disponibilizando o agendamento para pesquisas tanto para o público externo como para magistrados e servidores, contudo com um agendamento por dia para evitar aglomerações e perigo de proliferação do coronavírus. O agendamento para pesquisas pode ser realizado pelo e-mail biblioteca@tjms.jus.br.

Servidores e magistrados podem se cadastrar no ícone matrícula on-line para solicitar livros. Para isso, basta entrar no portal do Tribunal de Justiça, acessar o link https://www.tjms.jus.br/Siabi-web/Telas/TMatricula.php e preencher todos os dados. Após a validação, servidor e magistrado estarão aptos a solicitar livros e artigos do acervo, inclusive com entrega via malote.

Para otimizar o tempo, a biblioteca oferece o serviço de carga rápida à comunidade externa, que é uma oportunidade de retirar o material da biblioteca, efetuar cópia do material e devolver no mesmo dia. Neste caso, interessado deve enviar um e-mail para biblioteca@tjms.jus.br e informar o dia e o material que irá buscar.

A biblioteca oferece ainda digitalização de artigos jurídicos via e-mail. O link https://www.tjms.jus.br/Siabi-web/Telas/w_busca_rapida.php está disponível para acessar o acervo da biblioteca e obter mais informações.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Coordenadoria da Mulher inicia parceria com a UFMS



A Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, sob a responsabilidade da juíza Helena Alice Machado Coelho, está preparando mais uma parceria para expandir uma ação que apresenta muitos resultados positivos: o programa Dialogando Igualdades.

Para isso, a juíza reuniu-se com a professora Katia Bazzano, do curso de Psicologia da Universidade Federal de MS (UFMS) com intuito de construir a parceria para construção do termo de cooperação e trocas de informações técnicas sobre a facilitação dos grupos reflexivos.

A proposta é que a execução dos grupos reflexivos, atualmente realizado pelo Poder Judiciário, seja realizado pelos acadêmicos do último ano de Psicologia, com supervisão semanal pela professora responsável, a partir da metodologia utilizada pelo programa Dialogando Igualdades. A equipe técnica da Coordenadoria da Mulher ficará responsável pela capacitação teórica e prática dos acadêmicos que estarão nos grupos reflexivos, assim como atenderá em dúvidas na execução do programa.

A magistrada destacou a importância de parcerias entre o Poder Judiciário e a universidade no enfrentamento à violência contra a mulher e principalmente na construção de uma cultura de equidade de gênero.

"*Esta será uma oportunidade de ampliar o trabalho realizado com agressores/autores de violência doméstica no Dialogando Igualdades, um trabalho com qualidade e comprometimento na*

execução dos grupos. Temos as melhores expectativas de resultados animadores a partir dessa nova parceria", disse Helena Alice.

A professora pontuou a importância dessa parceria para a formação profissional dos acadêmicos no contexto psicossocial e no desenvolvimento de pesquisas sobre os temas abordados. "*Destaco ainda o sucesso obtido na parceria existente com a Coordenadoria da Infância e da Juventude, nos programas Dar à Luz e Minha história, minha vida. Será muito proveitoso ampliar as possibilidades de atuação no Dialogando Igualdades*", afirmou Katia.

Participaram também da reunião a assessora jurídica Rosimeire Batista da Silveira e a psicóloga Sandra Regina Monteiro Salles, responsável técnica do programa Dialogando Igualdades, ambas integrantes da equipe da Coordenadoria da Mulher.

Entenda – Criado em novembro de 2017, o programa Dialogando Igualdades atualmente possui três grupos reflexivos ativos.

Cada grupo recepciona, no máximo, 16 participantes por encontro que respondem a processos de violência doméstica e familiar contra a mulher, os quais são encaminhados por determinação judicial. As reuniões são realizadas todas as segundas, terças e quintas-feiras, das 18h30 às 20h30.

Em razão da pandemia causada pelo coronavírus, as reuniões foram suspensas temporariamente em março de 2020, contudo, a Coordenadoria da Mulher está preparando para breve a volta das reuniões, com a adoção de todas as medidas de biossegurança necessárias.

Corregedoria do TJMS e Detran estudam parceria para permitir aos cartórios de registro civil a transferência de veículos – 25.02.2021



A Corregedoria-Geral de Justiça recebeu, na manhã desta quinta-feira (25), o diretor-presidente do Detran, Rudel Espíndola Trindade Junior, que esteve acompanhado do chefe do setor de leilões da autarquia, Túlio Brandão. Além do Corregedor-Geral de Justiça, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, participaram da reunião o juiz auxiliar Renato de Liberali e a analista Ádila Catan, da comissão de alienação de bens apreendidos em ações penais.

Um dos assuntos tratados na reunião foi a priorização que a Corregedoria está dando aos leilões de veículos apreendidos em ações penais, que de certa forma repercutem nos assentos administrativos de registros do Detran.

O outro assunto foi a necessidade de parceria da Corregedoria de Justiça com o Detran, visando a implementação do ofício da cidadania, que vem sendo incentivado pelo CNJ, a permitir que os cartórios de registro civil possam executar serviços que hoje estão afetos ao Detran, como a transferência imediata do veículo, quando de operação de venda. O Corregedor-Geral de Justiça, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, estuda uma minuta de parceria, para submetê-la à autarquia até o dia 23 de março, para permitir esse novo serviço aos cartórios de registro civil, que, aliás, é uma reivindicação da ARPEN - Associação dos Registradores Civis de Pessoas Naturais.

Segundo o desembargador Luiz Tadeu, esse serviço permitirá ao usuário de locais não atendidos por unidade do Detran a comodidade de promover a transferência de veículo e outros serviços diretamente no cartório de registro civil de sua localidade.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Selo Justiça pela Paz em Casa é entregue nas comarcas – 26.02.2021



Os juízes e juízas de primeiro grau já começaram a receber em suas comarcas o Selo Justiça pela Paz em Casa. A forma de reconhecimento pelo trabalho foi instituída em maio de 2019, por meio da Portaria n. 1.482, com objetivo de reconhecer a excelência na qualidade, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional pelas unidades judiciárias de 1º grau, de competência de violência doméstica e familiar contra a mulher em Mato Grosso do Sul.

A juíza Helena Alice Machado Coelho, que responde pela Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, lembra que não foi possível realizar solenidade de entrega dos Selos, em razão das medidas de segurança adotadas para conter a disseminação e contaminação do coronavírus. Embora o trabalho nas unidades judiciárias esteja voltando gradativamente ao presencial, a pandemia ainda não acabou.

"*Enviamos os Selos para as comarcas, com nossos agradecimentos a cada colega que, sem prejuízo de outros processos, valorizou o esforço concentrado com o programa Justiça pela Paz em Casa, realizado três vezes ao ano pelo Conselho Nacional de Justiça. Todos ganhamos com esse trabalho*", disse Helena Alice.

O juiz Ronaldo Gonçalves Onofri, da Vara Criminal de Aquidauana, foi um dos agraciados com e Selo e, ao lado da equipe, fotografou o momento em que a honraria chegou ao cartório. O registro foi enviado para a Coordenadoria e mostra que é possível entregar ao cidadão uma prestação jurisdicional de qualidade.

"*Trata-se de grande conquista fruto de trabalho, planejamento e esforço contínuo de toda a equipe do cartório e gabinete da Vara Criminal nas questões relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher*", disse o juiz ao ser questionado sobre qual o sentimento da equipe ao receber o Selo.

Não se pode esquecer que, além do Selo enviado aos cartórios, os elogios funcionais foram encaminhados ao Conselho da Magistratura e à Gestão de Pessoal do Tribunal de Justiça para os apontamentos pertinentes.

Saiba mais – Receberam o Selo Ouro as comarcas de Anastácio, Coxim (Vara Criminal), Dourados (4ª Vara Criminal), Fátima do Sul (2ª Vara), Jardim (1ª e 2ª Varas) e São Gabriel do Oeste (2ª Vara).

Foram agraciadas com o Selo Prata as comarcas de Fátima do Sul (1ª Vara), Itaporã, Rio Verde de MT, Terenos, Três Lagoas (2ª Vara Criminal), Bonito (1ª e 2ª Varas), Nova Andradina (3ª Vara Cível) e Sidrolândia (Vara Criminal).

Alcançaram o Selo Bronze as comarcas de Aparecida do Taboado (2ª Vara), Campo Grande (1ª e 3ª Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), Inocência, Itaquiraí, Aquidauana (Vara Criminal), Miranda (2ª Vara) e Rio Negro.

Além de reconhecer a excelência na qualidade, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, a instituição do Selo também pretendeu estimular a participação de magistrados e servidores no programa nacional Justiça pela Paz em Casa; além de reduzir a taxa de congestionamento de processos de violência doméstica e familiar contra a mulher na justiça de MS.

Objetivou ainda o Selo melhorar o índice de atendimento à demanda, decorrente de violência doméstica; diminuir a taxa de processos criminais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher extintos em razão da prescrição, e tornar público e notório o reconhecimento de magistrados e servidores que se empenham pelo fim da violência contra a mulher.

O Selo Justiça pela Paz em Casa compreende as categorias Ouro, concedido aos que alcançaram 170 pontos; Prata, para as varas que alcançaram 140 ou 150 pontos, e Bronze, entregue aos que alcançaram 120 ou 130 pontos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Projeto de MS é selecionado no Ideathon – 03.03.2021



O anúncio foi feito na segunda-feira (1º): sete projetos foram aprovados no Ideathon sobre combate à violência doméstica e familiar, realizado pelo Laboratório de Inovação e Inteligência da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB Lab) e um deles é das juízas Helena Alice Machado Coelho e Jacqueline Machado, com apoio da assistente social judiciária Vanessa Vieira e da analista judiciária Anne Klean Mendes.

O projeto sul-mato-grossense previamente aprovado é o Protetivas On-line, um projeto-piloto do Tribunal de Justiça de MS, que garante às mulheres vítimas de violência doméstica residentes na Capital a possibilidade de pedir medida protetiva pela internet. O atendimento é voltado para mulheres que, por alguma razão, não podem se dirigir até a Casa da Mulher Brasileira, onde funciona a primeira Vara de Medidas Protetivas do país.

Para quem não conhece, o Ideathon é uma maratona de ideias e habilidades para incentivar o desenvolvimento de soluções tecnológicas inovadoras para enfrentar a violência contra a mulher no Brasil, na esperança que as propostas ajudem o Poder Judiciário a acolher e atender as vítimas.

A competição foi motivada pelo aumento da violência de gênero durante a pandemia de Covid-19, declarada em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), pois o isolamento social, necessário para reduzir o contágio pelo novo coronavírus, dificultou para as mulheres o registro dos crimes nas delegacias.

Para Helena Alice, a classificação foi uma grade conquista, pois o projeto de MS concorreu com várias iniciativas interessantes de outros Estados. "*Infelizmente, os números levantados pela Coordenadoria da Mulher de MS nos mostram que a violência contra a mulher, seja ela física, moral, psicológica, sexual ou patrimonial ainda existe e precisamos que as vítimas saibam que não estão sozinhas. Muito feliz com esta conquista*", disse a juíza.

Agora os participantes pré-selecionados vão enviar um vídeo à comissão julgadora para apresentar sua iniciativa e o resultado final será divulgado até 9 de abril.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Coordenadoria da Mulher lança projeto de prevenção e combate à violência contra mulheres indígenas – 09.03.2021



Para marcar a 17ª Semana da Justiça pela Paz em Casa, que está sendo realizada em todo o país até sexta-feira (12), a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de Mato Grosso do Sul, em parceria com a Subsecretaria de Políticas Públicas para a Mulher do Governo de MS, lança o projeto Kunhã Kuery! Nhãmbopaha Jeiko Asy, que na língua Guarani significa: Mulher! Chega de Violência.

Direcionada à população indígena de MS, a proposta é uma ação preventiva à violência doméstica e familiar contra as mulheres indígenas, por meio de conteúdos gravados e transcritos nas línguas indígenas.

A juíza Helena Alice Machado Coelho, que responde pela Coordenadoria, lembra que o relatório estatístico sobre feminicídio da Coordenadoria da Mulher, ano-base 2019, apontou um número bastante preocupante: 14% dos casos de feminicídio naquele ano envolveram vítima ou agressor indígena.

"*A intenção é oferecer à população indígena conteúdo em sua língua materna, iniciando pelo Guarani, relativos aos direitos humanos, à igualdade de gênero e sobre a Lei Maria da Penha. Com o projeto divulgamos os canais de denúncia e orientação, facilitando o acesso ao sistema de justiça, ao mesmo tempo em que valorizamos e reconhecemos a diversidade da cultura indígena*", disse ela.

Ressalte-se que Mato Grosso do Sul detém a segunda maior população indígena do país, com mais de 61 mil pessoas, principalmente na etnia Guarani-Kaiowá.

Amambai registrou 79 casos de violência doméstica contra mulheres indígenas em 2017, enquanto Dourados liderava o ranking do abuso sexual contra elas no país, com 31 casos no mesmo ano.

A primeira fase do projeto consiste na veiculação do material produzido na língua Guarani nas mídias sociais do Tribunal de Justiça MS e, em um segundo momento, os vídeos serão transformados em áudios

para divulgação nas rádios de todo o Estado, sobretudo aquelas que funcionam dentro das aldeias, além de empresas interessadas.

O projeto conta com a colaboração da indígena Rozidária, da etnia Guarani-Kaiowá de Amambai, que gravou vídeos em guarani, de curta duração, abordando temas como o que é violência doméstica contra as mulheres, tipos de violência (moral, psicológica, patrimonial, física, sexual), ciclo da violência, medidas de segurança, como e onde pedir ajuda e rede de atendimento.

"*É preciso frisar que essa ação está alinhada com a Agenda 2030, direcionando esforços para o alcance do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - ODS 5, que prevê Igualdade de Gênero e ao movimento Heforshe-ElesPorElas, ambos da ONU*", concluiu a juíza.

TJ institui Comissões de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação – 10.03.2021



Está publicado no Diário da Justiça desta quarta-feira (10) o Provimento n. 521, que institui Comissões de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. A norma atende o disposto na Resolução n. 351, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu, no Poder Judiciário de todo o país, a Política de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação.

Conforme o Provimento, as Comissões foram instituídas, como órgão auxiliar permanente da estrutura do TJMS, com o objetivo de combater todas as condutas de assédio e discriminação no âmbito das relações socioprofissionais e da organização do trabalho no Poder Judiciário, praticadas presencialmente ou por meios virtuais, inclusive aquelas contra estagiários, aprendizes, prestadores de serviços, voluntários e outros colaboradores.

A medida considera que o aperfeiçoamento da gestão de pessoas é um dos macrodesafios do Poder Judiciário, conforme dispõe a Resolução CNJ n. 198/2014, que trata da melhoria do ambiente organizacional e da qualidade de vida dos seus integrantes, bem como a Resolução CNJ n. 325, que trata da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, contemplando ações relacionadas à valorização dos servidores; à humanização nas relações de trabalho; à promoção da saúde; ao aprimoramento contínuo das condições de trabalho; à qualidade de vida no trabalho; ao desenvolvimento de competências, de talentos, do trabalho criativo e da inovação; e à adequada distribuição da força de trabalho.

Serão formadas comissões no Tribunal de Justiça e no 1º Grau de Jurisdição, cada uma delas composta por três magistrados, quatro servidores, um colaborador terceirizado e um estagiário. Na composição de cada Comissão deverá ser considerado o critério da representação da diversidade existente na Instituição e fica facultada a participação, na condição de convidados, aos membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil.

As Comissões deverão reunir-se periodicamente, ou sempre que necessário, orientando-se pelos princípios, diretrizes, atribuições e demais condutas previstas na Resolução n. 351, do CNJ.

Coordenadoria da Mulher capacita facilitadores do programa Dialogando Igualdades 30.03.2021



Nos dias 25 e 26 de março, por videoconferência, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, sob a responsabilidade da juíza Helena Alice Machado Coelho, realizou o 2° Curso Virtual de Replicação do Programa Dialogando Igualdades.

O objetivo de capacitação é preparar equipes de facilitadores dos grupos reflexivos com homens que praticaram violência doméstica contra a mulher. No total, 35 profissionais e acadêmicos de psicologia tiveram a oportunidade de interagir com a equipe formadora, que ministra o curso teórico com carga horaria de seis horas.

O programa Dialogando Igualdades é uma importante iniciativa desenvolvida pela Coordenadoria da Mulher desde novembro de 2017, na Capital, no combate à violência contra a mulher e já foi replicado em várias comarcas.

A ideia do grupo reflexivo para autores de violência doméstica é promover uma mudança cultural sobre a violência contra a mulher, a partir da reflexão e responsabilização de homens autores de violência doméstica e familiar contra a mulher, por meio de atividades grupais de caráter reflexivo e psicopedagógico.

Nesta edição, as facilitadoras Rosimeire Batista, assessora jurídica, Sandra Regina Monteiro Salles, psicóloga, e Vanessa Vieira, assistente social, todas da Coordenadoria da Mulher, abordaram os aspectos sociais, jurídicos e psicológicos que norteiam o programa.

A próxima etapa será a observação da atuação dos profissionais que executarão a proposta nos grupos, assim que os encontros presenciais forem retomados. Atualmente, as reuniões dos grupos reflexivos estão suspensas em razão do agravamento da pandemia de Covid-19.

Esta edição do curso virtual é resultado da iniciativa dos juízes Claudio Müller Pareja, de Sidrolândia, e Vitor Dias Zampiere, de Fátima do Sul, além de Kátia Bazzano, professora do curso de Psicologia da UFMS, para que os grupos reflexivos sejam executados nas duas comarcas do interior, a partir da metodologia utilizada no Dialogando Igualdades.

Importante lembrar que o Dialogando Igualdades também propõe oportunizar ao homem reflexão sobre o comportamento violento e a mudança de atitude para com as mulheres, a partir de uma perspectiva de gênero feminista e de uma abordagem responsabilizante; bem como promover a ruptura do ciclo de violência e sua desnaturalização, evitando possíveis reincidências.

Em dezembro de 2020, quando o Poder Judiciário assinou um termo de cooperação com o município de Sidrolândia para implantar naquela cidade o programa Dialogando Igualdades, a juíza Helena Alice destacou que outros tribunais do país estão ainda discutindo a proposta enquanto Mato Grosso do Sul, sempre na vanguarda, trabalha com esse programa desde 2017 em Campo Grande, além de outras comarcas do interior, como Nova Andradina, que já compartilham as ações do grupo reflexivo.

"*Estudos mostram que a reincidência cai entre 60% e 80% depois dos grupos reflexivos em geral. No Dialogando Igualdades, o índice de reincidência é ainda menor que a média nacional. Atualmente existem na Capital grupos reflexivos em funcionamento que recebem, por determinação judicial, homens que respondem processos relativos aos crimes previstos na Lei Maria da Penha*", explicou Helena Alice.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Índice Onomástico



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Cível nº 0001404-65.2008.8.12.0012 - Ivinhema 1

Apelação Cível nº 0802607-50.2018.8.12.0021 - Três Lagoas 5

Apelação Cível nº 0800925-60.2013.8.12.0013 - Jardim 18

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

Agravo de Instrumento nº 1415740-08.2020.8.12.0000 - Campo Grande 24

Apelação Cível nº 0802404-25.2017.8.12.0021 - Três Lagoas 28

Apelação Cível nº 0800018-39.2019.8.12.0025 - Bandeirantes 34

Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

Embargos de Declaração Cível nº 0800031-43.2020.8.12.0012/50000 - Ivinhema 38

Embargos de Declaração Cível nº 0802154-48.2019.8.12.0012/50000 - Ivinhema 41

Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

Apelação Cível nº 0801182-33.2014.8.12.0019 - Ponta Porã 44

Apelação Cível nº 0801425-40.2019.8.12.0006 - Camapuã 51

Mandado de Segurança Coletivo nº 1412257-67.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 54

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível nº 0806616-47.2020.8.12.0001 - Campo Grande 70

Agravo de Instrumento nº 1413775-92.2020.8.12.0000 - Campo Grande 77

Apelação Cível nº 0828613-62.2015.8.12.0001 - Campo Grande 82

Relator Des. Nélio Stábile

Apelação Cível nº 0802925-52.2016.8.12.0005 - Aquidauana 89

Agravo de Instrumento nº 1414605-92.2019.8.12.0000 - Bonito 94

Apelação Cível nº 0809128-37.2019.8.12.0001 - Campo Grande 98

Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível nº 0818959-12.2019.8.12.0001 - Campo Grande 102

Apelação / Remessa Necessária nº 0900092-73.2019.8.12.0002 - Dourados 112

Apelação Cível nº 0818016-92.2019.8.12.0001 - Campo Grande 122

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Apelação Criminal nº 0001313-35.2014.8.12.0021 - Três Lagoas 129

Apelação Criminal - nº 0022384-80.2019.8.12.0001 - Campo Grande 137

Apelação Criminal nº 0047532-64.2017.8.12.0001 - Campo Grande 147

Relatora Desª Elizabete Anache

Recurso em Sentido Estrito/recurso Ex Officio nº 0003007-05.2019.8.12.0008 - Corumbá ... 156

Apelação Criminal nº 0001919-82.2013.8.12.0026 - Bataguassu 184

Habeas Corpus Criminal nº 1402893-37.2021.8.12.0000 - Três Lagoas 189

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000907-46.2012.8.12.0033/50000 - Eldorado 193

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0039029-54.2017.8.12.0001/50000 - Campo Grande .. 201

Apelação Criminal nº 0831047-19.2018.8.12.0001 - Campo Grande 207

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação Criminal nº 0014478-49.2013.8.12.0001 - Campo Grande 210

Apelação Criminal nº 0800660-04.2017.8.12.0018 - Paranaíba 221

Apelação Criminal nº 0002845-27.2018.8.12.0046 - Chapadão do Sul 256

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Criminal nº 0005026-71.2016.8.12.0110 - Campo Grande 288

Agravo de Execução Penal nº 0002534-44.2014.8.12.0024 - Campo Grande 292

Habeas Corpus Criminal nº 1401242-67.2021.8.12.0000 - Campo Grande 305

Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apelação Criminal nº 0000759-27.2016.8.12.0055 - Sonora 312

Recurso em Sentido Estrito nº 0001186-23.2020.8.12.0010 - Fátima do Sul 351

Apelação Criminal nº 0000559-24.2014.8.12.0044 - Sete Quedas 356

Índice de Assuntos



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação Civil Pública

Faute du service. Serviço de iluminação pública. Imposição de melhoria. Art. 76-B do ADCT. Desvinculação. Multa cominatória. Limitação temporal. Obrigação de fazer e não fazer. Mantidas.

Apelação / Remessa Necessária nº 0900092-73.2019.8.12.0002 - Dourados..... 112

Meio ambiente. Recuperação de área degradada. Termo de ajustamento de conduta. Superveniência do novo Código Florestal. Aplicação imediata.

Apelação Cível nº 0001404-65.2008.8.12.0012 - Ivinhema 1

Ação de Cobrança

Servidor público municipal. Regime estatutário. Lotação no SAEE. Gratificação de sobreaviso operacional. Ausência de regulamentação. Súmula 339 do STF**.**

Apelação Cível nº 0800018-39.2019.8.12.0025 - Bandeirantes 34

Ação de Indenização

Plano de telefonia. Cancelamento da portabilidade dentro do prazo de arrependimento. Corte dos serviços de telefonia. Dano moral *in re ipsa*. Configurado.

Apelação Cível nº 0802404-25.2017.8.12.0021 - Três Lagoas..... 28

Ação de Nunciação de Obra Nova

Direito de vizinhança. Ampliação de muro divisório com vedação dos vãos para circulação de ar e entrada de luz. Possibilidade segundo o Art. 1.302, parágrafo único, do CC. Varanda da parte autora que ofende a distância de metro e meio imposta pelo Art. 1.301, *caput,* do CC.

Apelação Cível nº 0801425-40.2019.8.12.0006 - Camapuã 51

Ação de Rescisão Contratual

Reintegração de posse. Valor da causa. Alteração. Inviabilidade. Fruição. Cláusula penal.

Apelação Cível nº 0802607-50.2018.8.12.0021 - Três Lagoas..... 5

Agravo de Instrumento

Ação anulatória. Suspensão de obras de pavimentação. Cobrança de taxa extra. Sistema de portaria. Votação por urna.

Agravo de Instrumento nº 1413775-92.2020.8.12.0000 - Campo Grande 77

Improbidade administrativa. Falecimento de um dos réus da ação. Penalidade de caráter personalíssimo. Ausência de imputação de enriquecimento ilícito ou ato que importe prejuízo ao erário. Espólio não pode responder por imputação de ato personalíssimo.

Agravo de Instrumento nº 1414605-92.2019.8.12.0000 - Bonito..... 94

Plano de saúde. Cobertura de tratamento. Autismo. Rol da ANS. Exemplificativo. Probabilidade

do direito. Perigo de dano configurado.

Agravo de Instrumento nº 1415740-08.2020.8.12.0000 - Campo Grande 24

Ação de Obrigação de Fazer

Rescisão do contrato de trabalho. Opção do consumidor em permanecer como beneficiário de plano de saúde. Exclusão indevida do autor. Responsabilidade solidária da cooperativa de plano de saúde e empregadora. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório mantido.

Apelação Cível nº 0801182-33.2014.8.12.0019 - Ponta Porã.....44

Repetição do indébito. Reajuste de parcela de contrato de plano de saúde. Pessoa idosa. Abusividade evidenciada. Relação de consumo. Contrato de trato sucessivo. Norma cogente e de ordem pública.

Apelação Cível nº 0828613-62.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....82

Ação Ordinária

Diferença salarial entre os cargos de auxiliar judiciário I e o cargo de analista judiciário. Desvio de função. Dever da Administração Pública ressarcir. Enriquecimento sem causa.

Apelação Cível nº 0809128-37.2019.8.12.0001 - Campo Grande.....98

Apelação

Ação declaratória de nulidade. Empréstimo consignado. Repetição de indébito. Danos morais. Relação jurídica entre as partes comprovada.

Embargos de Declaração Cível nº 0800031-43.2020.8.12.0012/50000 - Ivinhema 38

Nulidade de negócio jurídico. Doação de imóvel ao patrimônio do município. Reversão. Norma estatutária em sentido contrário. Descumprimento do encargo fixado na doação.

Apelação Cível nº 0800925-60.2013.8.12.0013 - Jardim 18

Tutela de urgência. Destituição de sócio da administração de sociedade limitada. Condenação criminal e ou incapacidade mental. Possibilidade. Nomeação de herdeiro. Inimigo declarado do sócio majoritário.

Apelação Cível nº 0802925-52.2016.8.12.0005 - Aquidauana 89

Embargos à Execução

Execução fiscal. Cobrança de IPTU progressivo e taxas. Impossibilidade. Imóvel localizado em condomínio horizontal. Ausência de melhoramentos e serviços realizados pelo poder público.

Apelação Cível nº 0806616-47.2020.8.12.0001 - Campo Grande.....70

Parceria pecuária. Contrato particular assinado por apenas uma testemunha. Possibilidade. Mitigação do Art. 784, III, do CPC.

Apelação Cível nº 0818016-92.2019.8.12.0001 - Campo Grande.....122

Embargos de Declaração

Obrigação de Fazer. Medicamento. Honorários. Defensoria.

Embargos de Declaração Cível nº 0802154-48.2019.8.12.0012/50000 - Ivinhema 41

Mandado de Segurança

Farmácias e drogarias. Apreensão de equipamento HILAB. Ofício-circular 4/2019. Restrição da ANVISA. Suspensão dos efeitos do ato administrativo.

Apelação Cível nº 0818959-12.2019.8.12.0001 - Campo Grande.....102

Reforma da previdência. Edição de Lei Complementar Estadual. Majoração da alíquota de contribuição previdenciária. Observância aos artigos 9º e 11º, da EC Nº 103/2019. Art. 149, da CF. Déficit atuarial verificado. Ausência de direito líquido e certo. Preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Mandado de Segurança Coletivo nº 1412257-67.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 54

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em Execução

Cumprimento de pena. Retificação do cálculo. Progressão de regime. Reincidência genérica. Possibilidade. Aplicação da fração mais benéfica. Lei nº 13.964/2019.

Agravo de Execução Penal nº 0002534-44.2014.8.12.0024 - Campo Grande 292

Apelação

Restituição de bem apreendido. Sentença condenatória não transitada em julgado. Dados necessários à instrução processual já foram extraídos pela perícia técnica. Desinteresse do objeto ao processo.

Apelação Criminal nº 0831047-19.2018.8.12.0001 - Campo Grande 207

Homicídio culposo. Compartilhamento de provas. Indeferimento. Provas irrelevantes. Inexistência de compensação de culpas em direito penal. Ausência de prejuízo. Culpa evidenciada. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0001313-35.2014.8.12.0021 - Três Lagoas 129

Assédio Sexual

Ameaça. Exploração sexual. Redução da pena-base. Não cabimento. Súmula 231, do STJ.

Apelação Criminal nº 0000759-27.2016.8.12.0055 - Sonora 312

Crime Tributário

Violação de sigilo funcional. Funcionário público. Condenação mantida. Princípio da consunção. Impossibilidade. Crimes independentes. Concurso material mantido. Perda do cargo público. Posterior aposentadoria.

Apelação Criminal nº 0800660-04.2017.8.12.0018 - Paranaíba.....221

Desacato

Desobediência. Sentença condenatória. Pedido de absolvição. Princípio da congruência e do non reformatio in pejus. Artigo 331 do CP.

Apelação Criminal nº 0005026-71.2016.8.12.0110 - Campo Grande 288

Embargos Infringentes

Posse ilegal de munição de uso permitido. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância. Inocorrência. Irrelevância de efetiva ofensividade do artefato. Condenação mantida.

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0039029-54.2017.8.12.0001/50000 - Campo Grande..201

Roubo. Absolvição. Impossibilidade. Provas seguras da participação do acusado. Condenação mantida.

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000907-46.2012.8.12.0033/50000 - Eldorado 193

Falso Testemunho

Provas robustas do dolo. Crime formal. Impossibilidade de oportunizar a retratação. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0001919-82.2013.8.12.0026 - Bataguassu 184

Habeas Corpus

Prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia. Mandado expedido e cumprido. Conversão em prisão domiciliar. Nova prisão do paciente. Duplicidade.

Habeas Corpus Criminal nº 1402893-37.2021.8.12.0000 - Três Lagoas..... 189

Homicídio Qualificado

Cárcere privado. Organização criminosa. Prisão preventiva. Substituição por medidas cautelares mais brandas. Cabimento. Necessidade de reduzir fatores de propagação do COVID-19.

Habeas Corpus Criminal nº 1401242-67.2021.8.12.0000 - Campo Grande..... 305

Licitação

Desvio de verbas públicas. Dispensa irregular de licitação. Fragilidade das provas. Não comprovação do dolo específico e de prejuízo ao erário. *In dubio pro reo*.

Apelação Criminal nº 0000559-24.2014.8.12.0044 - Sete Quedas..... 356

Recurso em Sentido Estrito

Nulidade do processo por ilicitude de provas estrangeiras. Preclusão *pro judicato*. Reprodução simulada do homicídio por falta de intimação. Rejeitada. Excesso de linguagem da pronúncia.

Recurso em Sentido Estrito/recurso Ex Officio nº 0003007-05.2019.8.12.0008 - Corumbá ... 156

Roubo

Falsa identidade. Afronta ao princípio da proibição de proteção deficiente. Inexistente. Súmula 522 do STJ. Tipicidade. Condenação devida. Prescrição reconhecida. Extinção da punibilidade.

Apelação Criminal nº 0047532-64.2017.8.12.0001 - Campo Grande 147

Roubo majorado. Absolvição por insuficiência de provas. Inviabilidade. Corrupção de menores. Súmula 500 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0014478-49.2013.8.12.0001 - Campo Grande 210

Organização Criminosa

Associação ao tráfico. Requisitos preenchidos. Interceptação telefônica. Reincidência. Regime fechado. Artigo 580, do CPP. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0002845-27.2018.8.12.0046 - Chapadão do Sul 256

Tráfico de Drogas

Redução da pena-base. Causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado. Não incidência. Dedicação às atividades criminosas. Substituição da pena por restritivas de direitos. Incabível.

Apelação Criminal - nº 0022384-80.2019.8.12.0001 - Campo Grande.....137

Violência Doméstica

Lesão corporal. Injúria. Recorrido reincidente em crime de trânsito. Prisão preventiva. Arguição de inconstitucionalidade do artigo 310, § 2º, do CPP. Cláusula de reserva de plenário. Súmula vinculante 10 do STF.

Recurso em Sentido Estrito nº 0001186-23.2020.8.12.0010 - Fátima do Sul.....351