Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 42 - nº 220 - Abril a Junho de 2021



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 42 - nº 220 - Abril a Junho de 2021

Expediente

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

Ano 42, n. 220

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. 220(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

Conselho Superior da Magistratura 5

Jurisprudência Cível 28

Jurisprudência Criminal 266

Noticiário 535

Índice Onomástico 566

Índice de Assuntos 571

Conselho Superior da Magistratura



Conselho Superior da Magistratura
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Recurso Administrativo em Suscitação de Dúvida n.º 066.663.0004/2021

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROCEDIMENTO DE DÚVIDA – REGISTRO DE CARTA DE ADJUDICAÇÃO NA MATRÍCULA DE IMÓVEL RURAL – EXIGÊNCIA, PELA OFICIAL REGISTRADORA, DA CERTIFICAÇÃO DA POLIGONAL PELO INCRA PARA A PRÁTICA DO ATO – DESNECESSIDADE – AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA ÁREA – CONDOMÍNIO PRO INDIVISO – REGISTRO QUE NÃO IMPLICARÁ EM DESMEMBRAMENTO – PROVIDÊNCIA QUE VISA UNICAMENTE FORMALIZAR A TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE DA FRAÇÃO IDEAL AOS APELANTES – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

Impertinente a exigência feita pela oficial registradora, no sentido de que os apelantes, para o registro da carta de adjudicação na matrícula do imóvel rural, apresentem a certificação da poligonal pelo INCRA. Isto porque tal certificação visa, em última análise, a delimitação da área, o que é dispensável neste momento, tendo em vista tratar-se de condomínio pro indiviso, não havendo individualização da área pertencente aos apelantes (160,93 has.), bem como daquela que cabe ao terceiro de boa-fé (15 has.). Deste modo, o ato não implicará em desmembramento do imóvel rural, visando o registro unicamente formalizar a transmissão da propriedade da fração ideal, motivo pelo qual a certificação da poligonal pelo INCRA, por enquanto, não se faz necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Conselho Superior da Magistratura, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de abril de 2021.

Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva Relator

RELATÓRIO

O Sr. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva.

P. R. da S. S.de C. e outros apelam da sentença (f. 82-84) proferida no procedimento de dúvida formulado pela Oficial Registradora do Serviço Registral de Títulos e Documentos da comarca de Ribas do Rio Pardo/MS, a pedido da parte interessada.

Os apelantes apresentaram para registro carta de adjudicação referente à área de 145,93 ha (cento e quarenta e cinco hectares e noventa e três ares), objeto da matrícula n. 6.861 do SRI de Ribas do Rio Pardo/MS, extraída dos autos de cumprimento de sentença n. 0000011-13.1996.8.12.0017, em curso na comarca de Nova Andradina/MS.

A oficial registradora, contudo, negou o registro, solicitando a apresentação de vários documentos para a concretização do ato, dentre os quais a certificação do imóvel expedida pelo INCRA, memorial descritivo certificado pelo INCRA, planta legível, ART paga e anuência dos confrontantes.

A pedido dos interessados, por se mostrarem inconformados com tais exigências, a oficial registradora indaga sobre a possibilidade de registro de carta de adjudicação sem a apresentação de certificação da poligonal do INCRA.

Na sentença houve ratificação do posicionamento adotado pela oficial registradora.

Em suas razões (f. 89-98), alegam os apelantes que *em análise à matrícula n. 6861, verifica-se que foi registrada conforme (...) carta de arrematação de parte ideal correspondente a 15 hectares do imóvel, isto em 03 de outubro de 2013. Assim, foi registrado à base da matrícula 6861 a arrematação de 15 hectares de terras rurais, parte ideal, porém não individualizada, não havendo como precisar o local exato onde se encontra encravada a porção de terras em questão*. (f. 93)

Argumentam que *entendem os apelantes que as exigências contidas na referida nota dizem respeito a casos de desmembramentos de áreas e abertura de novas matrículas, nos termos da fundamentação acima, o que não poderá ocorrer neste caso, até que se registre a carta de adjudicação e proceda a extinção do condomínio, haja vista que uma parte do imóvel foi arrematado por G. P. de M. e a outra parte foi adjudicada por I. A. O. S. de C. e outros*. (f. 94)

Aduzem que *não há como os recorrentes apresentarem um memorial descritivo e planta do imóvel da área adjudicada, se a área de 15 hectares arrematada e alienada não foi individualizada. A exigência contida na nota de devolução somente poderá ser cumprida após o registro da carta de adjudicação, e a extinção do condomínio entre o proprietário dos 15 hectares conforme averbação, e os adjudicantes da área remanescente.* (f. 94-95)

Ponderam que *após a averbação ou registro da carta de adjudicação os atuais proprietários procederão à extinção do condomínio, com o desmembramento da área e a criação de novas matrículas, acrescentando que a legitimidade para propor ação de demarcação e divisão de terras em condomínio é dos proprietários registrais, razão pela qual, caso não tenham a carta de adjudicação registrada, os apelantes não poderão sequer discutir a demarcação e divisão das terras que adjudicaram após o trâmite de um processo judicial de 21 (vinte e um) anos. (f. 95)*

Sustentam que *a fundamentação legal que sustenta a nota devolutiva e a r. sentença não se aplica a este caso concreto, pois foi averbada arrematação à base da matrícula de área de terras não individualizada, o que não permite aos apelantes conhecer os limites e confrontações da área apontada de 15 ha, que se encontra em condomínio indiviso com a área adjudicada, impossibilitando o cumprimento das exigências (...) da nota de devolução. (f. 96)*

Requerem provimento do recurso, para que seja julgada improcedente a dúvida suscitada, determinado o registro da carta de adjudicação à margem da matrícula n. 6.861 do SRI de Ribas do Rio Pardo/MS.

Contrarrazões às f. 108-117.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 134-141) pelo provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva.

P. R. da S. S. de C. e outros apelam da sentença (f. 32-34) proferida no procedimento de dúvida formulado pela Oficial Registradora do Serviço Registral de Títulos e Documentos da comarca de Ribas do Rio Pardo/MS, a pedido da parte interessada.

Os apelantes apresentaram para registro carta de adjudicação referente à área de 145,93 has. (cento e quarenta e cinco hectares e noventa e três ares), objeto da matrícula n. 6861 do SRI de Ribas do Rio Pardo/MS,

extraída dos autos de cumprimento de sentença n. 0000011-13.1996.8.12.0017, em curso na comarca de Nova Andradina/MS.

A oficial registradora, contudo, negou o registro, solicitando a apresentação de vários documentos para a concretização do ato, dentre os quais a certificação do imóvel expedida pelo INCRA, memorial descritivo certificado pelo INCRA, planta legível, ART paga e anuência dos confrontantes.

A pedido dos interessados, por se mostrarem inconformados com tais exigências, a oficial registradora indaga sobre a possibilidade de registro de carta de adjudicação sem a apresentação de certificação da poligonal do INCRA.

A dúvida foi feita nos seguintes termos (f. 1-2):

LUCIA HIGA, registradora de Imóveis desta Comarca, infra firmado, vem respeitosamente a presença de Vossa Excelência para suscitar dúvida, em face de pedido formulado pelo interessado, em virtude de haver negado efetivar o registro da CARTA DE ADJUDICAÇÃO, extraída dos autos nº 0000011-13.1996.8.12.0017 de ação de cumprimento de Sentença, expedida pela 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina - MS , em 28 de setembro de 2017, referente aquisição de uma parte ideal de 145,93 ha, dentro de uma área maior com 160,93 ha, do imóvel rural denominado Fazenda Karina, neste município, matriculada sob nº 6861, Livro 02, desta Serventia, sendo requerentes: **PAULO RICARDO DA SILVA SOARES DE CAMAGO, MÁRCIA CRISTINA NAPOLITANO SOARES DE CAMARGO, ELISABETE OLIVEIRA SOARES DE CAMARGO, TELMA REGINA NAPOLITANO SOARES DE CAMARGO PIERONI e IRINEU ALEXANDRE OLIVEIRA SOARES DE CAMARGO**, e requeridos TIAGO MARTINHO MILITÃO e sua mulher ALZIRA HEIDEMANN MILITÃO, em razão da parte ideal adjudicada de 145,93 ha, e nem da área maior de 160,93 ha, não ter sido Certificado pelo INCRA, que para tal ato, será aberta a matrícula do imóvel e o registro da Carta de Adjudicação, que serão feitos a partir do memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado e com a devida anotação de Responsabilidade Técnica – ART, de acordo com os parágrafos 3º e 4º do artigo 176 da Lei 6015/73.

Sendo da competência do INCRA certificar a poligonal objeto do memorial descritivo que não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado e que o memorial atende as exigências técnicas, nos termos do artigo 9º do Decreto nº 4449/2002, com redação dada pelo Decreto nº 5570/2005.

Diante da não apresentação dos documentos acima, deixamos de proceder ao registro da Carta de Adjudicação, exigindo apresentação da Certificação do INCRA.

O apresentante inconformado com a exigência acima, pela impossibilidade de proceder ao levantamento topográfico do imóvel, dada a circunstância que a própria área adjudicada se encontra, bem como os condôminos, e as áreas confrontantes, todos adquiridos em arrematações e em partes ideais.

Desse modo, procedo a presente SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA, a fim de que Vossa Excelência possa decidir a respeito, na possibilidade de proceder ao registro da Carta de Adjudicação mencionada, sem acompanhamento dos documentos exigidos pela Lei.

Na sentença houve ratificação do posicionamento adotado pela oficial registradora. Confira-se (f. 82-84):

Em suas razões (f. 89-98), alegam os apelantes que *em análise à matrícula n. 6861, verifica-se que foi registrada conforme (...) carta de arrematação de parte ideal correspondente a 15 hectares do imóvel, isto em 03 de outubro de 2013. Assim, foi registrado à base da matrícula 6861 a arrematação de 15 hectares de terras rurais, parte ideal, porém não individualizada, não havendo como precisar o local exato onde se encontra encravada a porção de terras em questão*. (f. 93).

Argumentam que *entendem os apelantes que as exigências contidas na referida nota dizem respeito a casos de desmembramentos de áreas e abertura de novas matrículas, nos termos da fundamentação acima, o que não poderá ocorrer neste caso, até que se registre a carta de adjudicação e proceda a extinção do condomínio, haja vista que uma parte do imóvel foi arrematado por Geampaolo Paschoal de Melo e a outra parte foi adjudicada por Irineu Alexandre Oliveira Soares de Camargo e outros*. (f. 94).

Aduzem que *não há como os recorrentes apresentarem um memorial descritivo e planta do imóvel da área adjudicada, se a área de 15 hectares arrematada e alienada não foi individualizada. A exigência contida na nota de devolução somente poderá ser cumprida após o registro da carta de adjudicação, e a extinção do condomínio entre o proprietário dos 15 hectares conforme averbação, e os adjudicantes da área remanescente*. (f. 94-95)

Ponderam que *após a averbação ou registro da carta de adjudicação os atuais proprietários procederão à extinção do condomínio, com o desmembramento da área e a criação de novas matrículas*, acrescentando que *a legitimidade para propor ação de demarcação e divisão de terras em condomínio é dos proprietários registrais, razão pela qual, caso não tenham a carta de adjudicação registrada, os apelantes não poderão sequer discutir a demarcação e divisão das terras que adjudicaram após o trâmite de um processo judicial de 21 (vinte e um) anos*. (f. 95)

Sustentam que *a fundamentação legal que sustenta a nota devolutiva e a r. sentença não se aplica a este caso concreto, pois foi averbada arrematação à base da matrícula de área de terras não individualizada, o que não permite aos apelantes conhecer os limites e confrontações da área apontada de 15 ha, que se encontra em condomínio indiviso com a área adjudicada, impossibilitando o cumprimento das exigências (...) da nota de devolução.* (f. 96)

Requerem provimento do recurso, para que seja julgada improcedente a dúvida suscitada, determinado o registro da carta de adjudicação à margem da matrícula n. 6861 do SRI de Ribas do Rio Pardo/MS.

Contrarrazões às f. 108-117.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 134-141) pelo provimento do apelo.

Pois bem.

A situação em análise refere-se à negativa de registro da carta de adjudicação extraída dos autos de cumprimento da sentença n. 000001113.1996.8.12.0017, expedida pelo juízo da 1ª vara cível de Nova Andradina/MS, sob o fundamento de que estava desacompanhada de documento de certificação da poligonal emitido pelo INCRA.

Confira-se os documentos exigidos dos apelantes pela oficial registradora para o registro da carta de adjudicação, consignando-se que a insurgência posta *sub judice* relaciona-se apenas àqueles elencados no item 7 (certificação do imóvel expedida pelo INCRA) (f. 4):

1. Cópia autenticada da certidão de casamento ou de nascimento, expedida há menos de noventa dias;
2. Cópia autenticada dos documentos pessoais das partes;
3. CCIR 2015/2016 (pago);
4. Recibo de entrega da Declaração ou Darfs de pagamento dos últimos cinco anos ou CND da Receita Federal referente ao imóvel;
5. CND do IBAM;
6. Guia de informação e de pagamento do ITBI;
7. Certificação do Imóvel expedida pelo INCRA;
7.1. Memorial Descritivo Certificado pelo INCRA;
7.2. Planta Legível;
7.3. ART paga;
7.4. Anuência dos confrontantes

Discute-se a possibilidade jurídica de registro na matrícula n. 6.861, do imóvel denominado F. K., localizada em Ribas do Rio Pardo/MS, da mencionada carta de adjudicação, independentemente a certificação da poligonal pelo INCRA.

Inicialmente, veja-se os seguintes comentários acerca da certificação da poligonal, colhidos no *site* do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil[1]:

> *"(...) O registrador imobiliário, que é um profissional do direito, tem a missão constitucional de zelar pelo direito de propriedade privada incidente sobre os bens imóveis, competindo-lhe constituir esses direitos e publicizar a sua amplitude e limitações. Portanto, a análise dos trabalhos técnicos, no tocante à titularidade, às confrontações, à situação jurídica do imóvel e aos princípios registrais imobiliários, é de competência exclusiva do registrador imobiliário.*
>
> ***Ao INCRA, a lei reservou a atribuição de definir a precisão posicional dos vértices definidores do imóvel rural ao Sistema Geodésico Brasileiro e a de certificar que a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado e que o memorial atende às exigências técnicas, conforme ato normativo próprio****. Portanto, não compete ao INCRA analisar a titularidade da área nem se a poligonal invade outro imóvel que ainda não foi certificado pela autarquia. (...) Percebendo essa necessidade de cada instituição atuar de acordo com sua competência legal, o INCRA destacou, nas disposições finais da referida Norma, um importante alerta:*
>
> ***A certificação da poligonal objeto do memorial descritivo pelo Incra não implicará reconhecimento do domínio ou a exatidão dos limites e confrontações indicados pelo proprietário, bem como não dispensará a qualificação registral, atribuição exclusiva do oficial de registro de imóveis****. (...)"*

Da leitura acima, infere-se que a certificação da poligonal visa especialmente precisar a posição dos vértices que definem o imóvel rural, bem como certificar que a poligonal não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado.

Com base no objetivo da certificação da poligonal, constata-se que não há nenhum motivo para exigir a certificação da poligonal para que o registro da carta de adjudicação na matrícula do imóvel rural em questão.

Isto porque, a carta de adjudicação consiste num título que confere aos adjudicatários a propriedade do bem penhorado. Esse título se consolida em propriedade a partir do momento em que há registro do imóvel no Serviço Registral. O registro na matrícula do imóvel visa, dentre outros objetivos, viabilizar a efetiva transferência do imóvel aos adjudicatários.

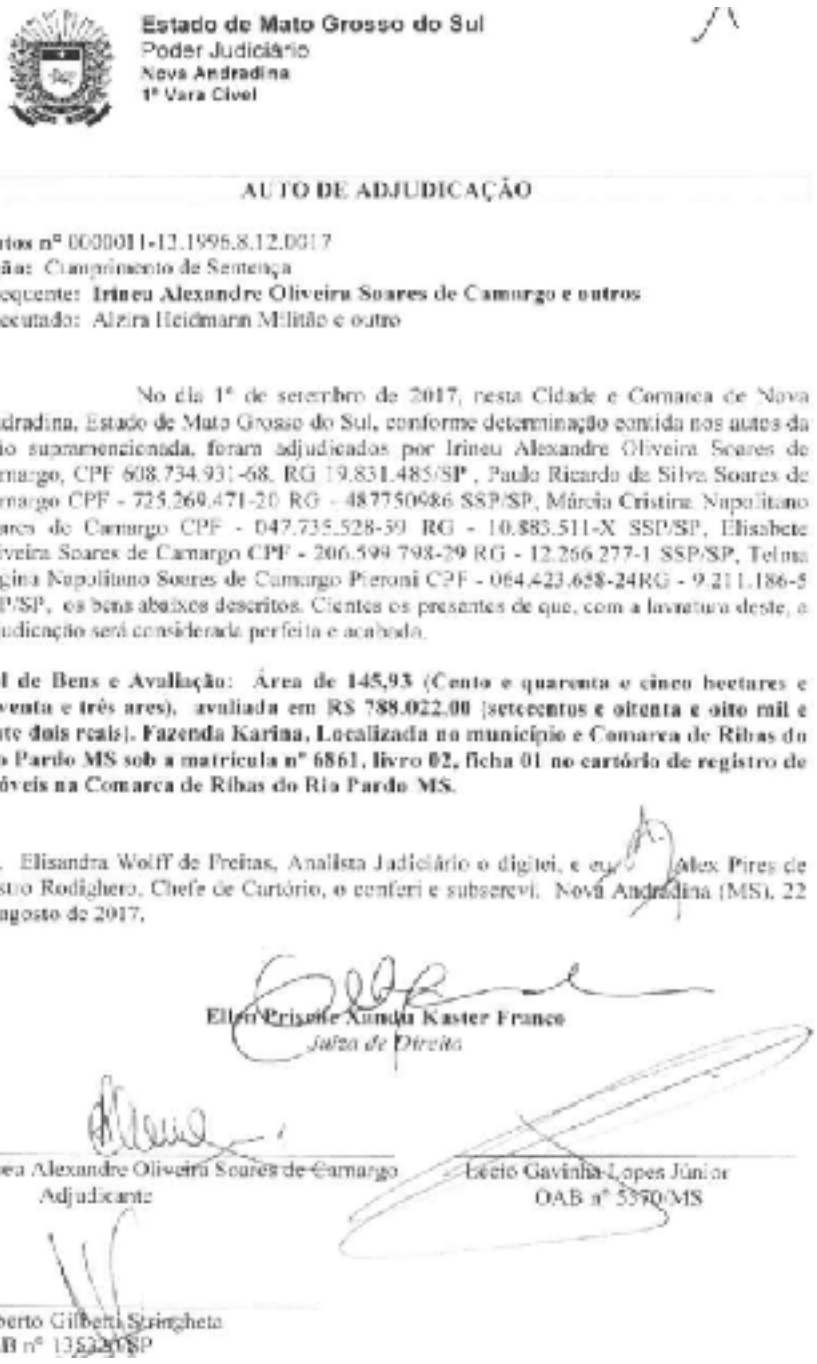
O 4º Registro de Imóveis de Belo Horizonte/MG, em seu site, na parte de "dúvidas", mais especificamente acerca dos "atos praticados", tece os seguintes esclarecimentos acerca da adjudicação simples ou compulsória[2]:

> *"**Adjudicação Simples ou Compulsória***
>
> *R. **A adjudicação é ato judicial que estabelece e declara que a propriedade imóvel deve ser transferida de seu primitivo dono para o credor, para que este satisfaça seu crédito. Possui natureza constitutiva, gerando direitos de domínio e posse ao credor**. **As sentenças de adjudicação e as cartas de adjudicação devem ser obrigatoriamente transcritas no Registro Imobiliário, para que se possa transferir efetivamente o domínio do imóvel ao adjudicatário**. Dá-se a adjudicação nos seguintes casos: I. no caso de condômino, quando exerce o seu direito de preferência; II. ao credor, no caso de inventário, independentemente de hasta pública; III. ao inventariante ou a qualquer herdeiro, para pagamento de impostos e custas; IV. ao exequente, quanto aos bens objetos da execução, salvo o caso de haver protesto por preferência de outros credores. **O registro adjudicação será feito através da apresentação de uma carta de adjudicação, que deverá conter: a) descrição do imóvel, constante do título, ou, à sua falta, da avaliação; b) a prova da quitação dos impostos; c) o auto de adjudicação; d) o título executivo**."*

1 https://www.irib.org.br/obras/incra-reformula-o-procedimento-de-certificacao-de-imoveis-rurais

2 https://4ribh.com.br/duvidas/

Perceba-se que o registro da carta de adjudicação tem efeito meramente informativo acerca de quem são os atuais proprietários do imóvel, para formalizar a transmissão da propriedade da fração ideal do imóvel rural denominado F. K. aos apelantes, o que ocorreu por força de decisão judicial, situação constatável através do auto de adjudicação (f. 38):



Estado de Mato Grosso do Sul
Poder Judiciário
Nova Andradina
1ª Vara Cível

AUTO DE ADJUDICAÇÃO

Autos nº 0000011-12.1996.8.12.0017
Ação: Cumprimento de Sentença
Exequente: **Irineu Alexandre Oliveira Soares de Camargo e outros**
Executado: Alzira Heidmann Militão e outro

No dia 1º de setembro de 2017, nesta Cidade e Comarca de Nova Andradina, Estado de Mato Grosso do Sul, conforme determinação contida nos autos da ação supramencionada, foram adjudicados por Irineu Alexandre Oliveira Soares de Camargo, CPF 608.734.931-68, RG 19.831.485/SP, Paulo Ricardo da Silva Soares de Camargo CPF - 725.269.471-20 RG - 48775O986 SSP/SP, Márcia Cristina Napolitano Soares de Camargo CPF - 047.735.528-59 RG - 10.883.511-X SSP/SP, Elisabete Oliveira Soares de Camargo CPF - 266.599.798-29 RG - 12.266.277-1 SSP/SP, Telma Regina Napolitano Soares de Camargo Pieroni CPF - 064.423.658-24RG - 9.211.186-5 SSP/SP, os bens abaixo descritos. Cientes os presentes de que, com a lavratura deste, a adjudicação será considerada perfeita e acabada.

Rol de Bens e Avaliação: Área de 145,93 (Cento e quarenta e cinco hectares e noventa e três ares), avaliada em R$ 788.022,00 (setecentos e oitenta e oito mil e vinte dois reais). Fazenda Karina, Localizada no município e Comarca de Ribas do Rio Pardo MS sob a matricula nº 6861, livro 02, ficha 01 no cartório de registro de imóveis na Comarca de Ribas do Rio Pardo MS.

Eu, Elisandra Wolff de Freitas, Analista Judiciário o digitei, e eu, Alex Pires de Castro Rodighero, Chefe de Cartório, o conferi e subscrevi. Nova Andradina (MS), 22 de agosto de 2017.

Ellen Priscile Xundu Kaster Franco
Juíza de Direito

Irineu Alexandre Oliveira Soares de Camargo
Adjudicante

Lécio Gavinha Lopes Júnior
OAB nº 5590/MS

Roberto Gilberti Stringheta
OAB nº 135230/SP

Outro fator que reforça que não há motivação para que a oficial de registro exija dos apelantes, para o registro da carta de adjudicação, a certificação da poligonal pelo INCRA, que visa, em última análise, delimitar o imóvel, repousa no fato de **não haver individualização da área pertencente aos apelantes (160,93 has.)**, bem como daquela que cabe ao terceiro de boa-fé (15 has.), estando-se diante da figura do condomínio *pro indiviso*.

Corroborando esta ideia, a fundamentação do parecer do *Parquet* (f. 134-141):

> Portanto, o registo da Carta de Adjudicação extraída dos autos de Cumprimento de Sentença nº 0000011-13.1996.8.12.0017, expedida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina – MS, torna-se providência primeira, necessária à formalização da transmissão da propriedade da fração ideal do imóvel que cabe aos Apelantes, em virtude de aquisição por adjudicação, que somente após isso passarão a ostentar a condição de proprietários do bem em condomínio *pro indiviso* com terceiro.
>
> Logo, facilmente se percebe que o registro da Carta de Adjudicação, na forma pleiteada, não implicará em desmembramento, parcelamento ou remembramento do imóvel rural denominado "Fazenda Karina", mas tão somente levará a registro, à margem da matrícula, a formalização da transmissão da propriedade da fração ideal do bem aos Apelantes, nos estritos termos da decisão judicial, para que passem a figurar, juntamente com terceiro, como legítimos proprietários, em condomínio *pro indiviso*, do imóvel.
>
> Por consectário, por não implicar o registro pretendido em desmembramento, parcelamento ou remembramento do imóvel rural, tem-se pela não incidência, no caso concreto, da exigência contida no art. 176, §§ 3º e 5º, da Lei 6.015/73 – Lei de Registros Públicos (LRP), de impõe prévia certificação da poligonal pelo INCRA.

Portanto, constatado que a oficial de registro, ao exigir dos apelantes a certificação da poligonal pelo INCRA, apresentou-lhes condição desnecessária para a formalização do registro da carta de adjudicação, tenho que a sentença deve ser reformada e a dúvida julgada improcedente.

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a dúvida suscitada, determinado o registro na matrícula n. 6.861 do SRI de Ribas do Rio Pardo/MS da carta de adjudicação extraída dos autos de cumprimento da sentença n. 0000011-13.1996.8.12.0017, expedida pelo juízo da 1ª vara cível de Nova Andradina/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

O Conselho Superior da Magistratura, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Desembargador Carlos Eduardo Contar. Relator, o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores

Luiz Tadeu Barbosa Silva, Carlos Eduardo Contar e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 6 de abril de 2021.

***

Conselho Superior da Magistratura
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Recurso Administrativo em Suscitação de Dúvida n.º 066.663.0007/2021

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROCEDIMENTO DE DÚVIDA – REGISTRO DE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL VISANDO CONFERIR PRAZO A INQUILINO PARA DESOCUPAÇÃO DE IMÓVEL – TENTATIVA DE REALIZAÇÃO DO ATO POR ADVOGADO MUNIDO DE PROCURAÇÃO SEM RECONHECIMENTO DE FIRMA DA ASSINATURA DA OUTORGANTE – NEGATIVA DE REGISTRO PELA OFICIAL REGISTRADORA – IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA – APLICAÇÃO DO ART. 5º DA LEI FEDERAL N. 8.906/94 (ESTATUTO DA OAB) – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – LEGISLAÇÃO ESPECIAL QUE REGE A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E NÃO TRAZ EXIGÊNCIA NESTE SENTIDO – SENTENÇA REFORMADA – DÚVIDA JULGADA IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

Admite-se que o advogado, munido de procuração sem reconhecimento de firma do(a) outorgante, subscreva notificação extrajudicial visando conferir prazo a inquilino para a desocupação de imóvel. Em que pese o art. 158 da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos -LRP) dispor que *as procurações deverão trazer reconhecidas as firmas dos outorgantes*, a tentativa de registro foi realizada por advogado munido de procuração, cuja atuação é regida por legislação específica, qual seja, Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), que não impõe necessidade de reconhecimento de firma da assinatura do(a) outorgante. Aplicando-se o princípio da especialidade, conclui-se que a formalidade em questão não é exigível do profissional da advocacia, o que traz a necessidade de julgar improcedente a dúvida, determinando ao(à) oficial registrador(a) a prática do ato. Interpretação do art. 105, CPC, com o Estatuto da OAB.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Conselho Superior da Magistratura, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de abril de 2021.

Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva.

D. de O. L. apela da sentença (f. 32-34) proferida no procedimento de dúvida formulado pela Oficial Registradora do Serviço Registral de Títulos e Documentos da comarca de Ribas do Rio Pardo/MS, a pedido da interessada.

A oficial registradora indaga sobre a possibilidade de registro de notificação extrajudicial, com a finalidade de conferir prazo para desocupação de imóvel por inquilino, mediante apresentação de procuração outorgada a advogados, sem reconhecimento de firma da assinatura da outorgante.

Na sentença houve ratificação do posicionamento adotado pela oficial.

Em suas razões (f. 40-45), alega a apelante não haver razão para compelir os advogados da comarca de Ribas do Rio Pardo a reconhecer firma do cliente na procuração outorgada, salientando que *em que pese a força do art. 158 da Lei n. 6.015/73 – Registros Públicos e o art. 780 nas normas da Corregedoria-Geral de Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, veja-se sua inaplicabilidade decorrente do Estatuto da OAB*. (f. 43)

Argumenta que o art. 5º da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) não traz tal exigência, tratando-se de lei específica que rege a atuação do advogado em juízo ou fora dele.

Aduz que *a Lei n. 13.726/2018 racionaliza atos e procedimentos administrativos dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação*, acrescentando que *em seu art. 3º traz como regra a não exigência de reconhecimento de firma*. (f. 44)

Pondera que *ainda que sejam documentos para registro em ofícios que apresentam natureza particular com ofício público delegado, é desnecessária a firma reconhecida na procuração que deu poderes ao causídico*. (f. 45)

Requer provimento do recurso, para que seja declarada a desnecessidade de reconhecimento de firma na procuração outorgada pela recorrente aos causídicos, determinando-se à oficial registradora a prática do ato.

Parecer da PGJ (f. 58-67) pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva.

D. de O. L. apela da sentença (f. 32-34) proferida no procedimento de dúvida formulado pela Oficial Registradora do Serviço Registral de Títulos e Documentos da comarca de Ribas do Rio Pardo/MS, a pedido da parte interessada.

A oficial registradora indaga sobre a possibilidade de registro de notificação extrajudicial, com a finalidade de conferir prazo para desocupação de imóvel por inquilino, mediante apresentação de procuração outorgada a advogados, sem reconhecimento de firma da assinatura da outorgante.

A suscitação de dúvida foi feita nos seguintes termos (f. 1-2):

Foi requerido pela Srª Dirce de Oliveira Lima, registro da notificação extrajudicial, acompanhada de cópia do Instrumento Particular de Procuração, com finalidade de dar prazo para a desocupação do imóvel ao inquilino Claudio Cardoso.

Tendo a Serventia recusado o registro da notificação em virtude da Procuração apresentada, não estar com o reconhecimento da firma da assinatura da outorgante Dirce de Oliveira Lima, em que a mesma é representada pelos seus procuradores Dr. Pedro Henrique dos Santos Garcia e Karina Lopes Koschinski Canhete, integrantes da Koschinski e Garcia Advogados Associados.

A exigência se faz em atendimento ao artigo 158 da Lei 6015/73 - Lei dos Registros Públicos e pelo artigo 780 das Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que diz:

"*As procurações levadas ao registro de títulos e documentos deverão trazer reconhecida as firmas dos outorgantes*".

No entendimento da apresentante, em que a Lei da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906/94), estabelece que o advogado, postula em juízo ou fora dele, fazendo prova do instrumento de mandato, não havendo na legislação especifica a obrigatoriedade da apresentação do mandato com firma reconhecida, revelando-se essa exigência como não devida e desatualizada.

Na sentença houve ratificação do posicionamento adotado pela oficial registradora. Confira-se (f. 34):

Posto isso e por tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente dúvida suscitada pelo senhora Oficiala do Serviço Registral de Títulos e Documentos da Comarca de Ribas do Rio Pardo-MS, reconhecendo correta a sua recusa em proceder a notificação, por intermédio de procuração, sem o reconhecimento de firma, a teor do disposto no art. 158 da Lei n.º 6.015/73.

Em suas razões (f. 40-45), alega a apelante não haver razão para compelir os advogados da comarca de Ribas do Rio Pardo/MS a reconhecer firma do cliente na procuração outorgada, salientando que *em que pese a força do art. 158 da Lei n. 6.015/73 – Registros Públicos e o art. 780 nas normas da Corregedoria-Geral de Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, veja-se sua inaplicabilidade decorrente do Estatuto da OAB. (f. 43)*

Argumenta que o art. 5º da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) não traz tal exigência, tratando-se de lei específica que rege a atuação do advogado em juízo ou fora dele.

Aduz que *a Lei n. 13.726/2018 racionaliza atos e procedimentos administrativos dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação, acrescentando que em seu art. 3º traz como regra a não exigência de reconhecimento de firma. (f. 44)*

Pondera *que ainda que sejam documentos para registro em ofícios que apresentam natureza particular com ofício público delegado, é desnecessária a firma reconhecida na procuração que deu poderes ao causídico. (f. 45)*

Requer provimento do recurso, para que seja declarada a desnecessidade de reconhecimento de firma na procuração outorgada pela recorrente aos causídicos, determinando-se à oficial registradora a prática do ato.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 58-67) pelo desprovimento do apelo.

Pois bem.

Inicialmente registro que concedo à apelante os benefícios da gratuidade da justiça.

A situação em análise refere-se ao comparecimento de advogado ao Serviço de Registro de Imóveis da comarca de Ribas do Rio Pardo/MS, visando o registro de notificação extrajudicial, com finalidade de conferir prazo para que inquilino desocupe imóvel pertencente a sua cliente. O causídico, contudo, apresentou-se munido de instrumento particular de procuração outorgado pela recorrente, sem firma reconhecida.

A oficial registradora recusou-se à prática do ato, o que fez com fundamento no art. 158 da Lei n. 6.015/73 -Lei de Registros Públicos (LRP), que prevê a obrigatoriedade da apresentação de mandato com firma reconhecida.

Confira-se o teor do referido dispositivo: *Art. 158. As procurações deverão trazer reconhecidas as firmas dos outorgantes.*

A recorrente sustenta não ser necessária a apresentação de procuração com reconhecimento de firma, compreensão fundada no art. 5º da Lei Federal n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), que estabelece que:

> *Art.5º O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato. § 1º O advogado, afirmando urgência, pode atuar sem procuração, obrigando-se a apresentá-la, no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período.*

Feitas estas considerações iniciais, entendo por bem reformar a sentença.

De ver-se que a legislação especial de regência não prevê a obrigatoriedade de que a procuração conferida ao advogado deva vir acompanhada de firma reconhecida, seja na esfera judicial ou extrajudicial. Por se tratar de lei especial atinente ao profissional da advocacia, não se pode exigir mandato com firma reconhecida no âmbito extrajudicial.

Por força do princípio da especialidade, em que pese a Lei de Registros Públicos em seu art. 158 impor a apresentação de procuração com reconhecimento de firma, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, legislação ainda mais especial, já que aplicável especificamente à categoria dos advogados, não traz tal exigência, razão pela qual o dispositivo não lhes é aplicável.

O art. 654, § 2º, do Código Civil, trata do instrumento de mandato e disciplina que *O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida*. Acontece que este dispositivo igualmente não se aplica ao profissional da advocacia, tendo em vista as disposições da Lei n. 8.906/94, legislação especial que não exige do advogado a apresentação de mandato com firma reconhecida.

Seria até desarrazoado exigir o mandato nestes moldes (com firma reconhecida na via extrajudicial) quando, na via judicial, o advogado, afirmando urgência, pode atuar até mesmo sem procuração, obrigando-se a apresentá-la, no prazo de quinze dias, conforme dispõe mencionado § 1º do art. 5º, da Lei n. 8.906/94.

Aliás, disposição semelhante encontra-se disciplinada no art. 104, *caput*, do Código de Processo Civil, no sentido de que o advogado, sem procuração, pode intentar ação em nome da parte, a fim de evitar preclusão, decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, *para praticar ato considerado urgente* (conforme o texto da lei processual). Nestes casos, segundo a lei adjetiva, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz (art. 104, § 1º, CPC).

Portanto, considerando o disposto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, no sentido de que o advogado postula em juízo ou fora dele, fazendo prova do instrumento de mandato, não havendo nenhuma menção à necessidade de apresentação do referido documento com firma reconhecida, é ilegal, *ictu oculi*, o ato da oficial registradora quando impõe ao profissional da advocacia tal exigência.

Neste sentido o seguinte julgado de relatoria deste desembargador, proferido no desempenho da função jurisdicional junto à 5ª Câmara Cível (atual 4ª Câmara Cível):

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE AUTORIDADE – **EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE MANDATO COM FIRMA RECONHECIDA, PARA QUE O ADVOGADO POSSA ATUAR EM DEFESA DE SEUS CLIENTES NA ESFERA EXTRAJUDICIAL** – **AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI FEDERAL N. 8.906/94** – CORRETA A DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR, PARA O FIM DE SUSPENDER A EXIGÊNCIA DA AUTORIDADE IMPETRADA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> ***O art. 5º, da Lei n. 8.906/94, dispõe que advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato, não se exigindo do profissional da advocacia que o instrumento seja acompanhado de firma reconhecida**. (**TJMS**. Agravo Regimental Cível n. 0049504-82.2011.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 25/01/2012, p: 31/01/2012).*
>
> E também a decisão de outros tribunais, veja-se:
>
> *(...) 4. É vedada a exigência de reconhecimento de firma no instrumento de procuração outorgada a advogado, **ainda que atue na esfera extrajudicial**, máxime porque é aplicável norma especial (Lei n. 8.906/94 Estatuto da OAB), que nada dispõe nesse sentido. Sendo o mandatário advogado, são inaplicáveis as regras do Código Civil que tratam acerca dos mandatos de forma geral. 5. Apelação conhecida e provida. Preliminares rejeitadas. Unânime. (TJDF; Rec 2014.01.1.006182-4; Ac. 899.568; Terceira Turma Cível; Relª Desª Fátima Rafael; DJDFTE 23/10/2015; Pág. 246).*
>
> *(...)MANDATO. Advogado. **Decisão que determina reconhecimento de firma em procuração. Inviabilidade.** Art. 38 do CPC. Recurso Provido. (TJSP; AI 0153135-81.2013.8.26.0000; Ac. 7092679; São Paulo; Décima Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Cardoso Neto; Julg. 09/10/2013; DJESP 22/10/2013).*
>
> *(...) Procuração sem firma reconhecida. **Inexistência de previsão legal quanto à necessidade de reconhecimento de firma do instrumento de mandato. Art. 105 do NCPC.** Assinatura constante da procuração outorgada ao advogado que, ademais, guarda semelhança com aquela lançada no documento pessoal da autora. IV-Extinção da ação, sem resolução do mérito, afastada. Sentença anulada, determinando-se o retorno dos autos à origem, para regular prosseguimento do feito. Apelo provido. (TJSP; AC 1018032-24.2019.8.26.0405; Ac. 14376923; Osasco; Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Salles Vieira; Julg. 19/02/2021; DJESP 01/03/2021; Pág. 2369).*
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA. Exigência do reconhecimento da firma na **procuração extrajudicial** outorgada pelos segurados a seu procurador, advogado, cuja autoria a ele é incumbida. Respaldo no art. 654, § 2º, do Código Civil. Impossibilidade. Direito de defender seus clientes perante órgãos municipais independentemente de reconhecimento de firma nas procurações que esses lhe outorgaram e, também, em se tratando de procurações outorgadas diretamente em audiências realizadas em processo administrativo, mesmo sem instrumento escrito. Profissional do Direito que se enquadra na categoria regida pela Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), que inclusive possui fé pública para atestar a autenticidade de documentos (Lei Federal nº 11.925/2009). Lei Municipal nº 2.633/2019 que proíbe a exigência de reconhecimento de firma na procuração concedida a advogado. Sentença mantida. Recurso e remessa necessária conhecidos e não providos. (TJSP; AC 100221905.2018.8.26.0271; Ac. 12537431; Itapevi; Segunda Câmara de Direito Público; Relª Desª Vera Lucia Angrisani; Julg. 28/05/2019; DJESP 03/06/2019; Pág. 2374).*

Assim, por existir lei especial atinente ao profissional da advocacia, não se pode exigir, em princípio, mandato com firma reconhecida no âmbito extrajudicial.

No que diz respeito à Lei n. 13.726/2018, que *racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o selo de desburocratização e simplificação*, e dispõe em seu art. 3º, inciso I, que *Na relação dos órgãos e entidades dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com o cidadão, é dispensada a exigência de: reconhecimento de firma, (...)*, o Conselho Nacional de Justiça -CNJ já se posicionou expressamente no sentido de que tal legislação não se aplica às serventias extrajudiciais, o que fez através de decisão proferida no âmbito do pedido de providências n. 0002986-87.2019.2.00.0000, motivo pelo qual referida norma não se presta a corroborar a compreensão que ora se adota.

Por fim, veja-se o entendimento também firmado pelo Conselho Nacional de Justiça -CNJ no art. 48 da *Norma Mínima -Títulos e Documentos II*, que orienta as atividades dos Serviços Notariais:

> *Art.48. As procurações levadas ao Registro de Títulos e Documentos deverão trazer, sempre, reconhecidas, as firmas dos outorgantes.*
>
> *Parágrafo único. Tratando-se de traslado, deverá ser reconhecida a firma de quem tiver assinado.*

Tal compreensão igualmente não aplica ao profissional da advocacia, posicionamento que adoto lançando mão da mesma fundamentação acima utilizada, qual seja, a aplicação da Lei Federal n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), com base no princípio da especialidade.

Ademais, se o titular do direito postulatório ingressa com demanda em juízo sem o reconhecimento de firma, como justificar o reconhecimento para um ato extrajudicial?

Assim, a sentença que ratificou o posicionamento da oficial registradora deve ser reformada, vez que incoerente com o ordenamento jurídico.

Posto isso, contra o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para declarar a desnecessidade de reconhecimento de firma na procuração outorgada pela recorrente aos seus advogados, determinando à oficial registradora que realize a notificação extrajudicial em questão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

O Conselho Superior da Magistratura, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Desembargador Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores

Luiz Tadeu Barbosa Silva, Carlos Eduardo Contar, Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 6 de abril de 2021.

***

Conselho Superior da Magistratura
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Recurso Administrativo em Suscitação de Dúvida n.º 066.663.0016/2020

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROCEDIMENTO DE DÚVIDA – ARROLAMENTO FISCAL AVERBADO NA MATRÍCULA DE IMÓVEL – PEDIDO DE CANCELAMENTO FORMULADO PELA CONTRIBUINTE – COMUNICAÇÃO PRÉVIA PELA INTERESSADA À UNIDADE COMPETENTE DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL – REQUERIMENTO QUE DEVE SER ATENDIDO, JÁ QUE DESNECESSÁRIO QUE O PEDIDO PARTA DO ÓRGÃO FAZENDÁRIO – AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL NESTE SENTIDO – INTELIGÊNCIA DA LEI N. 9.532/1997 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 1.565/2015 DA RECEITA FEDERAL – RECURSO PROVIDO.

Admissível que o cancelamento do arrolamento fiscal averbado na matrícula de imóvel ocorra com base em pedido formulado pelo(a) contribuinte. Para tanto, o(a) proprietário(a) deve comprovar o atendimento da exigência legal, qual seja, a comunicação da transferência, alienação ou oneração dos bens e direitos arrolados à unidade do órgão fazendário competente. Este é o único requisito constante da legislação de regência da matéria (Lei n. 9.532/1997 e Instrução Normativa da Receita Federal n. 1.565/2015), não cabendo ao oficial do Serviço de Registro de Imóveis impor condição para o cancelamento não prevista em lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Conselho Superior da Magistratura, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de abril de 2021.

Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva.

A. das F. para a U. da P. M. apela da sentença (f. 37-38) proferida na suscitação de dúvida formulada pelo Oficial Registrador do Serviço de Registro de Imóveis -Títulos e Documentos Civil das Pessoas Jurídicas – Protestos de Letras e Títulos da Comarca de Nioaque -MS, a pedido da parte interessada.

Foi submetida à análise do Juízo Corregedor das Serventias Extrajudiciais da mencionada Comarca a adequação da negativa de cancelamento do arrolamento fiscal averbado na matrícula n. 4.601, do SRI de Nioaque/MS, referente ao imóvel denominado F. A.

Na sentença, a dúvida foi julgada procedente.

Em suas razões (f. 58-65) alega a apelante que conforme se infere do art. 9º da Instrução Normativa n. 1.565/2015, não há nenhuma exigência legal acerca da necessidade de autorização pela Receita Federal para o cancelamento da averbação do arrolamento, bastando tão somente a prévia comunicação ao órgão fazendário, nos termos do art. 64, § 11, Lei n. 9.532/1997.

Argumenta que *em julgamento aos autos número 10824032.2019.8.26.0100, em trâmite na 1ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, instada a se manifestar nos autos, a própria Receita Federal informou que basta a simples comunicação da entidade, sendo o suficiente para o cancelamento pleiteado, nos termos do art. 250, inciso III, da Lei de Registros Públicos (...)* (f. 61), entendimento este que também teria sido pacificado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Requer provimento do recurso para que a suscitação de dúvida seja julgada improcedente e, via de consequência, seja determinado o cancelamento do registro de arrolamento promovido pela Receita Federal do Brasil na matrícula n. 4601, do SRI de Nioaque/MS e, após a adoção da providência, seja esta comunicada pelo Serviço de Registro de Imóveis à Receita Federal.

Instruiu o apelo com os documentos de f. 66-81.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso (f. 93-101).

VOTO (EM 9/3/2021)

O Sr. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva.

A. das F. para a U. da P. M. apela da sentença (f. 37-38) proferida no procedimento de dúvida formulado pelo Oficial Registrador do Serviço de Registro de Imóveis -Títulos e Documentos Civil das Pessoas Jurídicas - Protestos de Letras e Títulos da Comarca de Nioaque - MS, a pedido da parte interessada.

Foi submetida à análise do Juízo Corregedor das Serventias Extrajudiciais da mencionada comarca a adequação da negativa de cancelamento do arrolamento fiscal averbado na matrícula n. 4.601, do SRI de Nioaque/MS, referente ao imóvel denominado F. A.

Veja-se a exposição dos fatos feita pelo oficial registrador (f. 1-2):

Foi apresentado nesta serventia e Protocolado sob o n. 22.711, Livro 1-T, fls. 41, em 22/10/2019, o requerimento datado de 21 de outubro de 2019, da Associação das Famílias Para Unificação e Paz Mundial, assinado por Juvenal Mazucato, Procurador Regional da AFUPM, pelo qual se requer o cancelamento do Arrolamento Fiscal da Av.1-M.4601, nos termos do artigo 9º da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1565, de 11/05/2015, cujo pedido veio instruído com a cópia do Protocolo da Comunicação prevista no caput do artigo 8º do mesmo regulamento.

Examinado os documentos apresentados, foi elaborada em 31 de Outubro de 2019, a Nota Devolução pelos seguintes motivos:

O cancelamento de arrolamento deve ser requerido pela Receita Federal do Brasil conforme previsto no Art. 10 da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1565, de 11/05/2015, ou nos termos dos incisos I, II, III e IV, do Art. 250, da Lei n. 6.015/1973 – LRP.

(...)

Não se conformando com a exigência formulada, a Associação das Famílias Para Unificação e Paz Mundial, representado por Juvenal Mazucato – Procurador Regional da AFUPM , deu reentrada nos referidos documentos, em 18/11/2019, requerendo a reconsideração, ou mantendo-se a negativa de averbação do cancelamento de arrolamento, suscitar dúvida, nos termos do artigo 198 da Lei nº 6.015/73 – LRP, alegando que:

(...)

Diante do exposto, convencido de que a averbação de cancelamento do arrolamento fiscal não pode ser feita da forma requerida e, cientificado o apresentante dos termos da dúvida, a quem foi fornecida cópia desta suscitação, foi o mesmo notificado para, querendo, impugna-la perante esse respeitável Juízo no prazo de quinze dias, razão pela qual submeto esta situação à apreciação de Vossa Excelência para que, depois de ouvido o Ministério Público, bem ponderando sobre o caso, ordenará como seu justo julgamento entender de Direito.

Na sentença, a dúvida foi julgada procedente. Confira-se, na parte em que interessa (f. 37):

A Associação requereu o cancelamento da averbação AV/1 – 4601, referente ao procedimento de arrolamento de bens da Receita Federal nº 13808/000510/2002-11, averbado junto a matrícula imobiliária nº4601, do imóvel denominado Fazenda Ariranha – prenotado sob o nº22771, em 22/10/2019.

Na nota devolutiva, o Oficial informou que "o cancelamento de arrolamento deve ser requerido pela Receita Federal, conforme previsto no art.10, da Instrução Normativa da Receita Federal nº1565, de 11/05/2015, ou nos termos dos incisos I, II e III do art.250, da 6.015 – LRP".

A Associação não impugnou a dúvida.

O MPE emitiu parecer favorável ao Oficial.

É o relatório. Decido.

A dúvida é procedente. Vejamos.

No caso dos autos, a Associação realizou o pedido de cancelamento de arrolamento devidamente instruído com a cópia do protocolo da comunicação prevista no art.8º, da IN nº 1.565/2015, e com todos os documentos encaminhados à Delegacia da Receita Federal.

Ocorre que apenas essa medida não basta, para a realização do cancelamento de arrolamento, que deve ser requerido pela Receita Federal do Brasil, nos termos do art.10, da Instrução Normativa nº 1.565/2015.

Ante o exposto, julgo procedente a dúvida, nos termos do art.487, I, do CPC e mantenho o entendimento do Oficial do 1º Serviço Registral de Imóveis desta Comarca de Nioaque/MS.

Em suas razões (f. 58-65) alega a apelante que conforme se infere do art. 9º da Instrução Normativa n. 1.565/2015, não há nenhuma exigência legal acerca da necessidade de autorização pela Receita Federal para o cancelamento da averbação do arrolamento, bastando tão somente a prévia comunicação ao órgão fazendário, nos termos do art. 64, § 11, Lei n. 9.532/1997.

Argumenta que em julgamento aos autos número 108240-32.2019.8.26.0100, em trâmite na 1ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, instada a se manifestar nos autos, a própria Receita Federal informou que basta a simples comunicação da entidade, sendo o suficiente para o cancelamento pleiteado, nos

termos do art. 250, inciso III, da Lei de Registros Públicos (…) (f. 61), entendimento este que também teria sido pacificado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Requer provimento do recurso para que o procedimento de dúvida seja julgado improcedente e, via de consequência, seja determinado o cancelamento do registro de arrolamento promovido pela Receita Federal do Brasil na matrícula n. 4601, do SRI de Nioaque/MS e, após a adoção da providência, seja esta comunicada pelo Serviço de Registro de Imóveis à Receita Federal.

Instruiu o recurso com os documentos de f. 66-81.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso (f. 93-101). Confira-se (f. 101):

> **5. Conclusão**
>
> Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, por seu PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, manifesta se pelo conhecimento da Apelação interposta, haja vista que pertinente e tempestiva, e no mérito, pelo seu **PROVIMENTO**, isto para o fim de, em reforma da Sentença de fls. 37/38, julgar improcedente a Suscitação de Dúvida formulada pelo Oficial Registrador do Serviço de Registro de Imóveis da Comarca de Nioaque – MS e, por conseguinte, determinar o cancelamento do Arrolamento Fiscal averbado na Matrícula n. 4.601, do imóvel denominado "Fazenda Ariranha", referente a Procedimento de Arrolamento de Bens da Receita Federal n. 13808/000510/2002-11, observada, ao final, a providência a que a alude o art. 11, da Instrução Normativa n. 1.565, de 11/05/2015[1].

Pois bem.

Conforme se infere do art. 64, caput, da Lei n. 9.532/1997, a autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.

O § 3º do mencionado dispositivo acrescenta que A partir da data da notificação do ato de arrolamento, mediante entrega de cópia do respectivo termo, o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los, aliená-los ou onerá-los, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo, esclarecendo o § 4º que A alienação, oneração ou transferência, a qualquer título, dos bens e direitos arrolados, sem o cumprimento da ***formalidade prevista no parágrafo anterior, autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo***.

Da leitura da norma constata-se que a Lei n. 9.532/1997 não traz a exigência de que a Receita Federal requeira ou solicite o cancelamento do arrolamento, podendo a proprietária fazê-lo, desde que comprove que comunicou a transferência, alienação ou oneração do bem arrolado ao órgão fazendário, o que decorre até mesmo do fato de que referido procedimento não retira do contribuinte os poderes sobre o bem arrolado.

Por outro lado, veja-se o que estabelecem dispositivos da Instrução Normativa n. 1.565/2015, da Receita Federal:

> *Art. 8º* ***O sujeito passivo cientificado do arrolamento fica obrigado a comunicar à unidade da RFB*** *de seu domicílio tributário* ***a alienação, a oneração ou a transferência a qualquer título****, inclusive aquela decorrente de cisão parcial ou perda total* ***de qualquer dos bens ou direitos arrolados, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da ocorrência do fato****, sob pena de aplicação do disposto no caput do art. 15.*

§ 1º A comunicação prevista no caput deverá ser formalizada por meio do formulário constante do Anexo Único desta Instrução Normativa, acompanhada de documentação comprobatória.

§ 2º ***Nos casos de alienação, oneração ou transferência de bens e direitos arrolados, ainda que efetuada a comunicação prevista no caput, a autoridade administrativa competente para realizar as atividades de controle e cobrança do crédito tributário na unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo examinará a necessidade de arrolar outros bens e direitos****, inclusive em relação a eventuais responsáveis solidários ou subsidiários, observado o disposto nos §§ 2º a 4º do art. 2º.*

§ 3º Na ausência de bens e direitos passíveis de arrolamento em valor suficiente para fazer face à soma dos créditos tributários sob responsabilidade do sujeito passivo, a autoridade competente examinará se há incidência em quaisquer das demais hipóteses previstas no art. 15, para fins de aplicação do disposto no caput do mesmo artigo.

Art. 9º ***O órgão de registro público onde os bens e direitos estiverem arrolados poderá cancelar a averbação do arrolamento, mediante solicitação do contribuinte, acompanhada da cópia do protocolo da comunicação prevista no caput do art. 8º, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data do protocolo do pedido no órgão de registro****.*

Art. 10. O ***titular da unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo, ou outra autoridade administrativa por delegação de competência, encaminhará aos órgãos de registro competentes a relação de bens e direitos, para fins de averbação ou registro do arrolamento ou ainda de seu cancelamento****, independentemente do pagamento de custas ou emolumentos, conforme abaixo:*

*I-****cartório de registro de imóveis, relativamente aos bens imóveis****;*

II -órgãos ou entidades nos quais, por força de lei, os bens móveis ou direitos sejam registrados ou controlados; ou

III -cartório de títulos e documentos e registros especiais do domicílio tributário do sujeito passivo, relativamente aos demais bens e direitos, onde será feito o registro do Termo de Arrolamento de Bens e Direitos.

§ 1º Se o domicílio tributário do sujeito passivo estiver na jurisdição de outra unidade da RFB, o titular da unidade na qual o arrolamento houver sido efetuado providenciará seu encaminhamento à autoridade administrativa da unidade da RFB competente para a adoção das providências previstas no caput.

§ 2º O órgão de registro comunicará à unidade da RFB a averbação ou o registro do arrolamento no prazo de 15 (quinze) dias contados da data do recebimento da relação referida no caput.

Art. 11. ***O órgão de registro comunicará à unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a alteração promovida no registro em decorrência de alienação, oneração ou transferência a qualquer título****, inclusive aquelas decorrentes de cisão parcial, arrematação ou adjudicação em leilão ou pregão, desapropriação ou perda total, de qualquer dos bens ou direitos arrolados.*

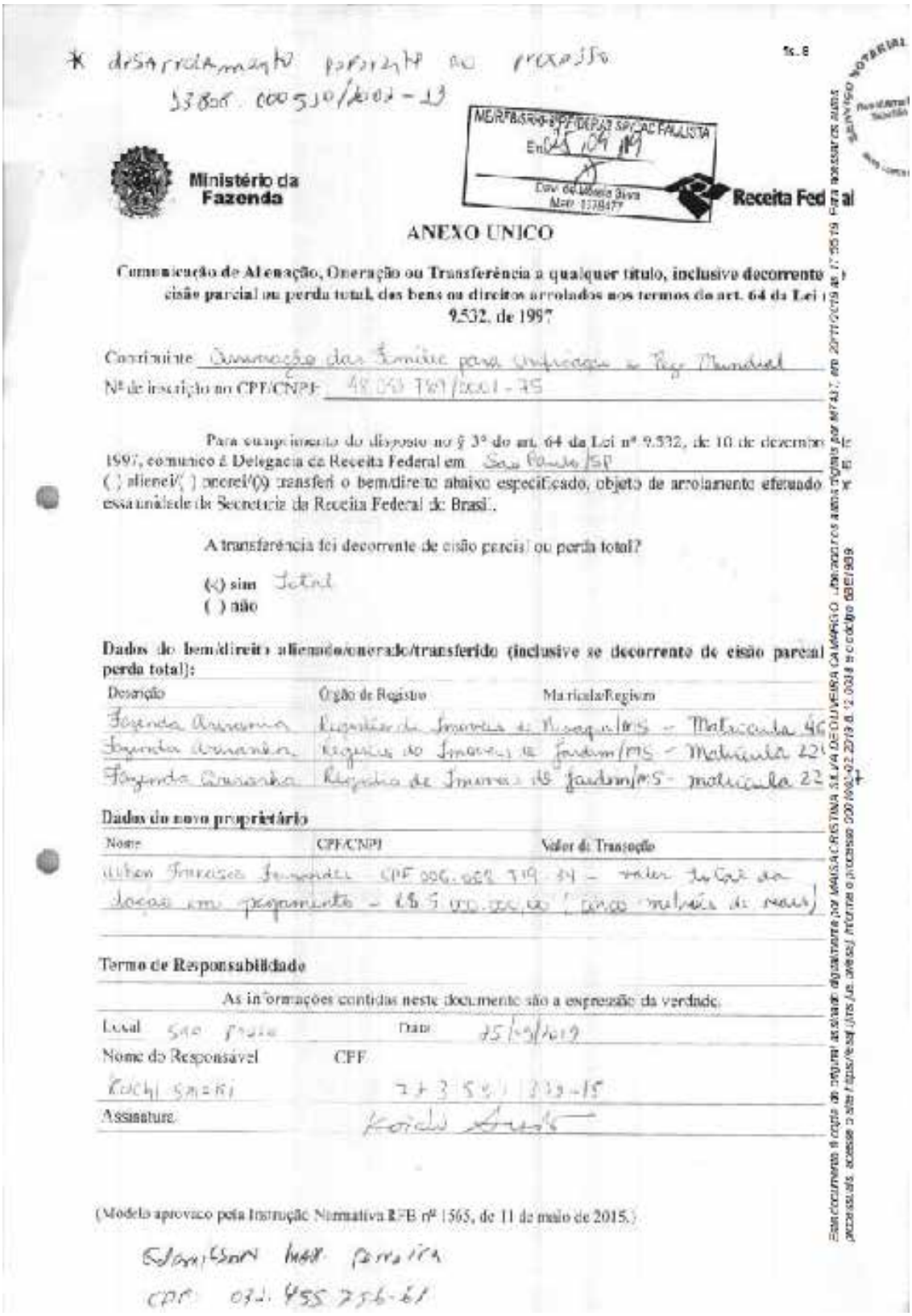
§ 1º A comunicação de que trata o caput aplica-se ao cancelamento da averbação do arrolamento em decorrência do disposto no art. 9º.

§ 2º O descumprimento do disposto no caput implicará a imposição da penalidade prevista no art. 9º do Decreto-Lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986, observada a conversão a que se refere o inciso I do caput do art. 3º da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e o art. 30 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, independentemente de outras cominações legais.

3º da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e o art. 30 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, independentemente de outras cominações legais.

De ver-se que a Instrução Normativa n. 1.565/2015 da Receita Federal igualmente não exige que o cancelamento seja requerido pela Receita Federal, mas tão somente que a proprietária noticie o fato ao órgão fazendário, sendo o art. 9º acima transcrito claro no sentido de que o contribuinte poderá solicitar o cancelamento da averbação do arrolamento, desde que comprove a comunicação do fato à unidade da Receita Federal do Brasil.

Em relação à hipótese *sub judice*, a referida comunicação foi devidamente comprovada pela contribuinte (f. 8-9):



* desarrolamento parcial ou processo
53806.000530/2002-13

fls. 8

MERCADO DE DEPARTAMENTO SPO/AC PAULISTA
End. 109
Cleo de Oliveira Silva
Mat. 1378477

Ministério da Fazenda — Receita Federal

ANEXO UNICO

Comunicação de Alienação, Oneração ou Transferência a qualquer título, inclusive decorrente de cisão parcial ou perda total, dos bens ou direitos arrolados nos termos do art. 64 da Lei nº 9.532, de 1997

Contribuinte: Associação dos Amigos para Unificação e Paz Mundial
Nº de inscrição no CPF/CNPJ: 48.043.769/0001-75

Para cumprimento do disposto no § 3º do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, comunico à Delegacia da Receita Federal em São Paulo/SP
( ) alienei/( ) onerei/(X) transferi o bem/direito abaixo especificado, objeto de arrolamento efetuado por essa unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A transferência foi decorrente de cisão parcial ou perda total?

(X) sim Total
( ) não

Dados do bem/direito alienado/onerado/transferido (inclusive se decorrente de cisão parcial/perda total):

Descrição	Órgão de Registro	Matrícula/Registro
Fazenda Amanhã	Registro de Imóveis de Nioaque/MS	Matrícula 46
Fazenda Amanhã	Registro de Imóveis de Jardim/MS	Matrícula 22
Fazenda Amanhã	Registro de Imóveis de Jardim/MS	matrícula 22

Dados do novo proprietário

Nome	CPF/CNPJ	Valor da Transação
Ulton Francisco Fernandes	CPF 006.668.719-04	valor total das
Ações em pagamento - R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais)		

Termo de Responsabilidade

As informações contidas neste documento são a expressão da verdade.

Local: São Paulo — Data: 25/09/2019
Nome do Responsável: Koichi Sakai — CPF: 223.501.[illegible]-15
Assinatura: [signature]

(Modelo aprovado pela Instrução Normativa RFB nº 1565, de 11 de maio de 2015.)

Edmilson Inácio Pereira
CPF: 032.455.256-61

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por MARISA CRISTINA SILVA DE OLIVEIRA CAMARGO, Autenticado digitalmente em 27/11/2019 às 17:55:19 por MARISA CRISTINA SILVA DE OLIVEIRA CAMARGO, Assinado digitalmente em 27/11/2019 às 17:55:19 por MARISA CRISTINA SILVA DE OLIVEIRA CAMARGO
Acesse o site https://esaj.tjms.jus.br/esaj/portal.do?servico=900000 e informe o processo 53806000530200213 e o código 681989

Desta forma, não pode ser imposta à contribuinte exigência que não é feita pela legislação de regência, o que implica dizer que é pertinente a pretensão da recorrente de que haja o cancelamento da averbação do arrolamento existente no imóvel em questão.

Neste sentido, os seguintes julgados:

> *APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO.* ***ARROLAMENTO DE BENS****. CANCELAMENTO ANTE A SITUAÇÃO DE PERDA TOTAL DO BEM ARROLADO. POSSIBILIDADE,INDEPENDENTEMENTE DE REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE,ASSEGURADOS PELA LEI OS DIREITOS DA FAZENDA PÚBLICA. RECURSO PROVIDO, CONCEDENDO-SE A SEGURANÇA PLEITEADA. 1. O arrolamento de bens tem por fulcro legal os arts. 64 e 64 -A da Lei nº 9.532/97, permitindo à Administração Fazendária acompanhar a evolução patrimonial do contribuinte cuja dívida tributária seja superior a 30% de seu patrimônio conhecido.* ***Permanece o contribuinte com plenos poderes sobre o bem arrolado, cumprindo-lhe, na forma dos §§ 3º e 4º do art. 64, somente informar sua eventual transferência, alienação ou oneração, sob pena de sofrer medida cautelar fiscal buscando a indisponibilidade de seus bens****. Feita a comunicação, cabe à autoridade tributária apenas dar a "baixa" do bem no arrolamento, e a partir daí adotar as providências que entender como melhores para a cura do interesse público****. 2. Ocorrida a perda total do bem, tal como no caso de sua alienação ou transferência, deve-se exigir do contribuinte somente a comunicação à autoridade fiscal para fins de cancelar o arrolamento, atendendo ao disposto nos §§ 3º e 4º do art. 64 daLei nº 9.532/97. É nesse sentido que deve ser interpretado o art. 12 da IN 1.171/11 (atual art. 14, II, da IN 1.565/15), sob pena de se conferir tratamento diverso a casos com idêntica repercussão tributária. 3. A alienação ou a perda do bem e a redução do patrimônio arrolado podem levar a Receita Federal, entendendo não garantido o crédito tributário, a exigir do contribuinte a nomeação de novos bens para arrolamento ou ainda propor a medida cautelar fiscal.* ***A eventualidade dessas consequências, porém, não pode levar a Receita Federal a indeferir o pedido de cancelamento****, dada a suficiência dos meios citados para assegurar a efetividade da medida fiscal,* ***e o fato de que o contribuinte mantém a disponibilidade total dos bens arrolados****. 4. Ao contrário do alegado pela autoridade impetrada, a IN RFB 1.171/11 não exigia prévia comunicação do órgão de registro para que o cancelamento fosse processado. O que os arts. 8º e 9º impunham era o dever de comunicação entre os órgãos envolvidos, Receita Federal e órgãos de registro, caso promovida alguma alteração no registro de arrolamento ou no registro do bem, como sua perda total. As normas foram reproduzidas na IN RFB 1.565/15, em seus arts. 10 e 11. 5. Atestada a destruição total do veículo a partir do boletim de ocorrência policial e o relatório do sinistro pela seguradora,* ***CANCELAR o arrolamento se faz medida de direito, cumprindo à Receita Federal proceder conforme o requerido em sede administrativa****, independentemente do registro da perda do bem junto ao DETRAN. (***TRF 3ª R.*****; AC 0012555-38.2015.4.03.6100; Sexta Turma; Rel. Des. Fed. Johonsom Di Salvo; Julg. 22/06/2017; DEJF 30/06/2017)***

> *CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO.* ***ARROLAMENTO DE BENS****. ADOÇÃO DE MEDIDA ADMINISTRATIVA ANTES DA CONSTITUIÇÃODO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO ATO DO FISCO QUE SE OBSERVA NO CASO CONCRETO. REGISTRO NO CARTÓRIO DE BEM IMÓVEL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA DO §3º DO ART. 64 DALEI Nº. 9532/97 E DO §1º DO ART. 7º. DA IN DA SRF 1.565/2015.* ***PREJUÍZO ECONÔMICO PARA A IMPETRANTE****. REFORMA DA SENTENÇA. SEGURANÇA CONCEDIDA.* ***CANCELAMENTO DO ARROLAMENTO FISCAL****. RECURSO PROVIDO. 7. (...) 9.* ***Referido arrolamento constitui medida fiscal preventiva que, ao contrário do procedimento cautelar fiscal, previsto na Lei n. 8.397/92, não ensejaria, a princípio, restrição à livre disponibilidade do patrimônio, porquanto não impediria o uso, gozo, alienação ou oneração dos bens e direitos pelo contribuinte, devendo este, nos casos de alienação e oneração, a partir da data da notificação do ato de arrolamento, apenas fazer a comunicação à autoridade fazendária, na intenção de manter o Fisco informado****. (...) 12.* ***Uma vez que***

> ***o ato de arrolamento de bens não deve restringir ou implicar em qualquer gravame ao uso, alienação ou oneração dos bens arrolados, tendo em vista que se destina a viabilizar o acompanhamento da evolução patrimonial do sujeito passivo da obrigação tributária, mostra-se incabível a adoção de tal medida pelo Fisco*** *como apresentada no caso. 13.(...) Apelação provida. (***TRF 5ª R.***; AC 001208013.2013.4.05.8100; CE; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto Neto; DEJF 05/06/2017; Pág. 129)*

Portanto, assiste razão à recorrente quando pretende a reforma da sentença de f. 37-38, já que o entendimento do Oficial do 1º Serviço Registral de Imóveis da comarca de Nioaque/MS não está conforme os ditames da Lei n. 9.532/1997 e da Instrução Normativa n. 1.565/2015 da Receita Federal.

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, julgar improcedente a suscitação de dúvida e, via de consequência, determinar o cancelamento do arrolamento fiscal averbado na matrícula n. 4.601 do SRI de Nioaque/MS, referente ao imóvel denominado F. A. (procedimento de arrolamento de bens da Receita Federal n. 13808/000510/2002-11), com observância da providência prevista no art. 11 da Instrução Normativa n. 1.565/2015.

DECISÃO EM 9/3/2021:

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Conclusão de julgamento adiada face ao pedido de vista do 2º Vogal Des. Sideni Soncini Pimentel, após o relator dar provimento ao recurso. O 1º Vogal Des. Carlos Eduardo Contar aguarda.

VOTO VISTA (EM 6/4/2021)

O Sr. Desembargador Sideni Soncini Pimentel.

Justifico o pedido de vista na necessidade de exame do elenco documental constante dos autos.

Trata-se de Recurso Administrativo interposto por A. das F. para a U. da P. M. em face da decisão proferida nos autos da Suscitação de Dúvida formulada pelo Serviço de Registro de Imóveis de Nioaque/MS (f. 37).

O ilustre Relator, Des. Corregedor-Geral de Justiça, votou pelo provimento do recurso, como parecer ministerial. Assentou, Sua Excelência, a possibilidade de cancelamento do arrolamento fiscal averbado na matrícula de imóvel com base em pedido formulado pelo contribuinte, desde que comprovado a comunicação da transferência, alienação ou oneração dos bens e direitos arrolados à unidade do órgão fazendário competente, conforme estabelecido na Lei n. 9.532/1997 e Instrução Normativa da Receita Federal n. 1.565/2015.

Analisados os autos, cheguei às mesmas conclusões exaradas pelo ilustre Relator.

Conforme reiteradamente ressaltado no bojo dos autos, o arrolamento de bens, previsto no art. 64, da lei 9.532/97, não importa constrição nem impede a transferência do bem. Trata-se de ferramenta de controle e prevenção de dilapidação patrimonial com vistas à satisfação de crédito tributários.

Nesta seara, é que se exige apenas seja a Administração Tributária informada sobre a alienação. Se o Fisco entender necessário, adotará medidas necessárias à tutela dos seus direitos, a exemplo do ajuizamento de ação cautelar fiscal, ação pauliana etc.

A partir dessas premissas, entendo que não se justifica a exigência de "autorização" do Fisco para que o contribuinte exerça qualquer das faculdades inerentes ao direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII, CF).

A decisão recorrida e o parecer emitido pelo Ministério Público em primeiro grau escoram-se em decisão monocrática proferida pelo Juízo auxiliar da Vice-Presidência do TJSP. Não partilho, contudo, do mesmo entendimento. Referida decisão invoca o disposto no art. 10, I, da Instrução Normativa da Receita Federal n. 1.565/2015, para concluir que o cancelamento do arrolamento fiscal averbado na matrícula de imóvel somente poderia ser operado por autorização expedida pela Receita Federal.

Contudo, entendo que não é possível extrair tais conclusões do dispositivo mencionado. Veja:

> *"Art. 10. O titular da unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo, ou outra autoridade administrativa por delegação de competência, encaminhará aos órgãos de registro competentes a relação de bens e direitos, para fins de averbação ou registro do arrolamento ou ainda de seu cancelamento, independentemente do pagamento de custas ou emolumentos, conforme abaixo:*
>
> *I -cartório de registro de imóveis, relativamente aos bens imóveis;"*

O dispositivo em comento sequer trata de cancelamento do arrolamento fiscal. Tal providência é tratada no art. 9º, *in verbis*:

> *"Art. 9º O órgão de registro público onde os bens e direitos estiverem arrolados poderá* ***cancelar a averbação do arrolamento****, mediante solicitação do contribuinte, acompanhada da cópia do protocolo da comunicação prevista no caput do art. 8º, no prazo de 30 (trinta) dias contado da data do protocolo do pedido no órgão de registro."*

O cancelamento da averbação do arrolamento, portanto, depende de solicitação do contribuinte, acompanhada de prova da comunicação à unidade da RFB de seu domicílio tributário a alienação, a oneração ou a transferência a qualquer título. E tais providências foram estritamente observadas pelo apelante, fato, inclusive, observado pelo oficial de registro.

Feitas essas considerações, não tenho dúvidas em acompanhar integralmente o preciso voto da lava do ilustre Corregedor-Geral de Justiça, Des. Luiz Tadeu Barbosa da Silva, para **dar provimento ao recurso** e reformar a sentença, julgando improcedente a suscitação de dúvida.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

O Conselho Superior da Magistratura, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Desembargador Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Carlos Eduardo Contar e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 6 de abril de 2021.

***

Jurisprudência

Cível



3ª Câmara Cível
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
Apelação Cível n.º 0803486-28.2016.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – LESÃO CORPORAL DOLOSA DE NATUREZA GRAVÍSSIMA – AGRESSÃO FÍSICA COM UTILIZAÇÃO DE BARRA DE FERRO POR EX-CONVIVENTE – CONDENAÇÃO CRIMINAL – SEQUELAS PERMANENTES – COMPROVAÇÃO POR MEIO DE EXAME DE CORPO DE DELITO – NECESSIDADE DE INÚMEROS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS NA REGIÃO DA FACE – DANO MORAL EVIDENTE – PRECEDENTES DO STJ – *QUANTUM* MANTIDO FIXADO EM QUINZE MIL REAIS – TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – RELAÇÃO EXTRACONTRATUAL – SENTENÇA ALTERADA SOMENTE QUANTO AO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA SOBRE O VALOR DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A atitude de violência doméstica e familiar contra a mulher está naturalmente imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

Deve ser mantido o *quantum* indenizatório fixado em R$ 15.000,00, eis que o ofensor não comprovada a escassez de recursos financeiros, tendo em vista ainda, e principalmente, a gravidade e repercussão da ofensa, o nível de sofrimento e o caráter pedagógico da reprimenda pecuniária.

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 unanimidade, negaram provimento ao recurso e, de ofício, retificaram o termo inical da incidência de juros, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de abril de 2021

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Amaury da Silva Kuklinski.

R. J. de C. interpõe recurso de apelação contra a sentença de fls. 189/197, proferida pelo juízo de direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais manejada por P. M. R., julgou procedentes os pedidos encartados na inicial para condenar o requerido/apelante ao pagamento de indenização por a) danos materiais, no importe de R$ 4.075,00, atualizado pelo IGPM e juros moratórios de 1% ao mês, ambos a contar do evento danoso; e b) danos morais, na quantia de R$ 15.000,00, corrigida monetariamente pelo IGPM desde o arbitramento e acrescida de juros legais a partir da citação, bem como aos ônus sucumbenciais, sob condição suspensiva.

Em suas razões recursais (fls. 201/204), sustenta que atualmente passa por dificuldades financeiras, condição que deveria ser considerada por este juízo ao fixar o *quantum* indenizatório.

Salienta que o valor de R$ 15.000,00 se revela inviável e causará o inadimplemento da obrigação.

Reverbera que não possui bens para penhora, tampouco um emprego capaz de render tamanha quantia.

Requer que o recurso seja conhecido e provido para reduzir o montante fixado a título de indenização por danos morais.

Em contrarrazões (fls. 209/216), pugna a apelada/autora pelo desprovimento do recurso, defendendo inclusive que já houve coisa julgada em relação ao valor fixado a título de indenização por danos morais.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por R. J. de C. contra sentença que julgou procedentes os pedidos encartados na inicial destes autos de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, ajuizada por P. M. R., para condenar o requerido ao pagamento de indenização por a) danos materiais, no importe de R$ 4.075,00, atualizado pelo IGPM e juros moratórios de 1% ao mês, ambos a contar do evento danoso; e b) danos morais, na quantia de R$ 15.000,00, corrigida monetariamente pelo IGPM desde o arbitramento e acrescida de juros legais a partir da citação, bem como aos ônus sucumbenciais, estes sob condição suspensiva.

A princípio, narrou a autora que no dia 28/08/2013, por volta das 03h10min estava saindo de uma festa com seu atual namorado, ao chegarem em seu veículo foi surpreendida por seu ex convivente, o requerido, que portando uma barra de ferro desferiu um golpe na sua boca, causando-lhe grave ferimento no lábio superior e a quebra de um dente; que o requerido foi condenado no Juízo Criminal à pena de 5 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão em regime inicial fechado; que a conduta do requerido, prejudicou em inúmeras maneiras a requerente, causando graves lesões físicas, bem como enorme sofrimento psíquico; que suportou prejuízos devido a várias cirurgias odontológicas para a reconstituição de sua boca, em um valor totalizando R$ 8.000,00; que visando a reparação do dano e a função preventiva/punitiva do dano moral, entende-se necessária a quantia de R$ 20.000,00. Pede que seja condenado o réu a pagar quantia de R$20.000,00 pelos danos morais, bem como, a quantia de R$ 8.000,00 pelos danos materiais.

Houve defesa.

Sobreveio a sentença condenatória.

Presentes os requisitos de admissibilidade e recebido o apelo no seu duplo efeito, passo a decidir.

Inicialmente, em relação à preliminar de coisa julgada aventada pela Apelada, necessário esclarecer *"denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso"* (art. 502 do CPC).

Entretanto, a sentença de fls. 103/111 foi cassada por meio do acórdão de fls. 136/143, que a julgou insubsistente por cerceamento de defesa, de modo que não houve parcial coisa julgada, porque a sentença não foi parcialmente mantida.

Pois bem, esclarecido isso, restou incontroverso que os danos suportados pela autora, decorrentes de agressão física praticada por seu ex companheiro, extrapolou a esfera do mero aborrecimento.

Apenas a título de complementação, confira-se o excerto da douta Min. Laurita Vaz, do STJ:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIAS DE FATO. DANO MORAL. VALOR MÍNIMO PARA A REPARAÇÃO CIVIL. DANO MORAL IN RE IPSA. MENOSPREZO À DIGNIDADE DA MULHER. MERO ABORRECIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. POSTERIOR RECONCILIAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. EXECUÇÃO DO TÍTULO. OPÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.675.874/MS, fixou a compreensão de que a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher implica a ocorrência de dano moral in re ipsa, de modo que, uma vez comprovada a prática delitiva, é desnecessária maior discussão sobre a efetiva comprovação do dano para a fixação de valor indenizatório mínimo. 2. A Corte estadual, apesar de manter a condenação do Recorrido pela conduta de agredir sua companheira com socos no peito e no braço, afastou a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados, sob o argumento de que o fato não passou de mero aborrecimento na vida da vítima, sem produzir abalo psicológico ou ofensa a atributo da personalidade. 3. A atitude de violência doméstica e familiar contra a mulher está naturalmente imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. Desse modo, mostra-se necessário o restabelecimento do valor fixado pelo Juízo de origem como montante mínimo para a reparação dos danos causados pela infração. 4. A posterior reconciliação entre a vítima e o agressor não é fundamento suficiente para afastar a necessidade de fixação do valor mínimo previsto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, seja porque não há previsão legal nesse sentido, seja porque compete à própria vítima decidir se irá promover a execução ou não do título executivo, sendo vedado ao Poder Judiciário omitir-se na aplicação da legislação processual penal que determina a fixação de valor mínimo em favor da vítima. 5. Recurso especial provido para restabelecer o valor mínimo de reparação dos danos causados pela infração, determinando-se ao Tribunal de origem que prossiga no julgamento da apelação defensiva quanto ao pleito subsidiário de redução do quantum fixado na sentença." (REsp 1819504/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 30/09/2019)

Doravante, no que tange ao arbitramento da indenização, deve-se levar em conta a extensão do dano, as condições das partes e o grau da ofensa moral e, ainda, os elementos dos autos, visto que não deve ser muito elevado para não se transformar em enriquecimento sem causa e nem tão baixo para que não perca o sentido do seu caráter pedagógico.

De fato, nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos expressos para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral, trata-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

Assim, em se tratando de ação de indenização por danos morais, onde inexistem parâmetros objetivos para a fixação do montante devido a título de verba indenizatória, o julgador deve arbitrá-lo de acordo com as singularidades de cada caso, levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, o grau de culpa, a potencialidade e a extensão do dano causado.

A doutrina, por sua vez, traça alguns pontos que devem ser sopesados pelo magistrado quando da fixação da reparação extrapatrimonial, tais como os enumerados pelo professor Carlos Roberto Gonçalves:

"a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;

b) a intensidade de seu sofrimento;

c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito;

d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa;

e) a gravidade e a repercussão da ofensa;

f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso,atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva" (Responsabilidade Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270)

Na hipótese, constata-se que tais circunstâncias foram minuciosamente avaliadas pelo magistrado de origem ao fixar o *quantum* indenizatório em R$ 15.000,00:

> *(...)*
>
> *Para a fixação do montante da indenização deve ser levada em conta o grau de culpa do ofensor, a condição econômica e social das partes envolvidas, de molde a não ser reduzida a simples donativo para a vítima, nem caracterizar premiação em face do evento, que implicaria em enriquecimento sem causa. A vítima deve ser indenizada e o causador do dano deve suportar o peso da condenação de forma a não reiterar no ilícito. Portanto, é predominante o entendimento de que a fixação do valor da indenização dos danos morais deve ser orientada pelo bom senso do julgador.*
>
> *Os danos morais tem um sentido que não permite extravasar aquilo que é a razão de ser dele próprio. Não se vai pagar a dor, e sim, profilaticamente, corrigir a ação daquele que praticou o ato errado e, razoavelmente, minorar o sofrimento daquele que padece ou padeceu de uma dor. Em casos como o presente, o quantum deve corresponder a valor que venha a gerar uma mudança de atitude por parte do requerido.*
>
> *Estabelecidas essas premissas e atentando aos critérios orientadores,* **leva-se em conta também que o grau de culpa do causador do ilícito foi extremamente grave**.
>
> *A requerente sugere quantum da indenização, qual seja, R$ 20.000,00.*
>
> *Contudo, em atenção a proporcionalidade, entendo razoável, justo e ideal a condenação nos danos morais no equivalente a R$ 15.000,00.*
>
> *(...) - destacamos*

Note-se que a atitude horrenda, repugnante e tremendamente covarde do Apelante, já condenado por tal conduta, já foi até reduzida na sentença, considerando que o pedido formulado era no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Portanto já foi reduzido, sem recurso da vítima.

Com efeito, a mera declaração de hipossuficiência, por si só, não tem o condão de conduzir o julgador à redução do montante arbitrado, mormente diante das peculiaridades do caso concreto.

Rememore-se que a autora/apelada sofreu lesão corporal de natureza gravíssima em sua face, pelo seu ex convivente, ora apelante, que se utilizou de uma barra de ferro para atingir o rosto da vítima e seu veículo, causando-lhe gravíssimos danos na região da boca, comprovado pelo exame de corpo de delito, de maneira que sua condição financeira não o impediu de tamanha crueldade.

Além disso, a condenação independe de ser beneficiário da gratuidade de justiça, pois considera o grau de ofensa e repercussão do caso em apreço.

Ademais, o Apelante até falta com a verdade ao alegar que não lhe fora oportunizado demonstrar suposta escassez de seus recursos financeiros.

Primeiro porque, *"incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações"* (art. 434 do CPC).

Segundo porque, o Apelante já apelou da primeira sentença condenatória, alegando que não lhe foi oportunizada a produção de tal prova (fl. 120):

> *Atualmente, conforme o Requerido gostaria de ter produzido prova, devido ao fato supracitado, encontra-se em dificuldade financeira, o que deveria ter sido levado em conta em razão da previsão do binômio dos danos morais, pois é de extrema importância verificar a possibilidade financeira do Apelante.*

Ora, a sentença foi desconstituída naquela oportunidade e o Apelante não juntou documento algum.

Estabelecidas estas premissas, atento às especificidades inerentes à espécie, conclui-se que o valor estabelecido no patamar de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) revela-se adequado para atender às finalidades da reparação civil na hipótese em questão, especialmente ao caráter pedagógico de reprimenda pecuniária.

Nesse sentido:

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL MOVIDA CONTRA O AUTOR DE INJUSTA AGRESSÃO FÍSICA OCORRIDA EM BOATE - ACÓRDÃO ESTADUAL DANDO PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA DO AUTOR, A FIM DE MAJORAR A QUANTIA INDENIZATÓRIA FIXADA NA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO RÉU. Hipótese em que julgada procedente a pretensão indenizatória deduzida pela vítima contra o autor de agressão física ocorrida em casa de diversões noturna, fixado o valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de indenização por danos morais (quantia inferior à pleiteada na inicial). Apelação da parte ré, na qual alega não configurado o dano moral e, subsidiariamente, pugna pela redução do quantum indenizatório arbitrado na sentença. Recurso adesivo interposto pelo autor, voltado à majoração da retrocitada quantia. Tribunal estadual que não provê o recurso do réu e acolhe parcialmente a insurgência adesiva, de modo a majorar a indenização para R$ 18.000,00 (dezoito mil reais). 1. Para fins do artigo 543-C do CPC: O recurso adesivo pode ser interposto pelo autor da demanda indenizatória, julgada procedente, quando arbitrado, a título de danos morais, valor inferior ao que era almejado, uma vez configurado o interesse recursal do demandante em ver majorada a condenação, hipótese caracterizadora de sucumbência material. 2. Ausência de conflito com a Súmula 326/STJ, a qual se adstringe à sucumbência ensejadora da responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios. 3. Questão remanescente: Pedido de redução do valor fixado a título de indenização por danos morais.* **Consoante cediço no STJ, o quantum indenizatório, estabelecido pelas instâncias ordinárias para reparação do dano moral, pode ser revisto tão-somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso, no qual arbitrado o valor de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), em razão da injusta agressão física sofrida pelo autor em casa de diversões noturna**. *Aplicação da Súmula 7/STJ. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Acórdão submetido ao rito do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. (REsp 1102479/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Corte Especial, julgado em 04/03/2015, DJe 25/05/2015) - destacamos*

Logo, irretorquível a sentença neste ponto.

Correção monetária e juros de mora

Cediço que a correção monetária e os juros moratórios são matérias de ordem pública, razão pela qual a aplicação, alteração e/ou modificação, ainda que de ofício, não configura julgamento *extra petita*, tampouco ofensa ao princípio do *non reformatio in pejus*.

A sentença recorrida fixou que os danos materiais seriam atualizados, com juros de mora e correção monetária, ambos desde o evento danoso.

Contudo, em relação aos danos morais, determinou que o *quantum* fixado (de R$ 15.000,00), seria corrigido monetariamente desde o arbitramento (data da sentença), mas ao estabelecer o termo inicial de incidência dos juros de mora sobre tal condenação, ora fixou como sendo **igualmente desde o arbitramento**, ora **a partir da citação** (fls. 193 e 196):

> *(...)*
>
> *No que pertine os danos materiais, foi apurado, portanto, que são no valor de R$ 4.075,00, devendo ser este o valor devido pelo requerido à requerente.*

> *O montante deverá ser acrescido de correção monetária (conforme súmula 43 do STJ) e juros moratórios de 1% a. m., ambos desde o evento danoso (conforme súmula 54 do STJ).*
>
> *(...)*
>
> *O montante [valor da indenização por danos morais de R$ 15.000,00] deverá ser atualizado desde a data do arbitramento (conforme súmula 362 do STJ), com aplicação do IGPM/FGV. Incidirão também juros de mora de 1% ao mês, igualmente desde o arbitramento.*
>
> *Do exposto, julgo procedentes os pedidos constantes na petição inicial da presente demanda, para condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos materiais, na quantia de R$ 4.075,00 (quatro mil e setenta e cinco reais), em razão dos prejuízos devidos ao tratamento odontológico para reconstituição da boca da requerente, acrescida de correção monetária (súmula 43 do STJ) e juros moratórios de 1% a. m., ambos desde o evento danoso (súmula 54 do STJ), bem como para condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais, na quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigida monetariamente pelo IGPM-FGV desde esta sentença e juros de mora, ao índice de 1% ao mês, a partir da citação.*

À vista disso e em se tratando de relação extracontratual, não há dúvida, quanto ao termo inicial de incidência da correção monetária e juros de mora sobre o valor da condenação à reparação dos danos materiais (R$ 4.075,00), que incidem a partir do evento danoso (28/08/2013), consoante o art. 398 do CC[1] e Súmulas 432 e 543, ambas do STJ.

Igualmente, a correção monetária sobre o valor da indenização do dano moral incide a partir da data do arbitramento (data da sentença), nos termos da Súmula 362 do STJ[4].

Todavia, o termo inicial dos juros moratórios, em se tratando de relação extracontratual, não é nem a data do arbitramento, nem a data da citação, conforme datas equivocadamente consignadas na sentença, mas sim, contam-se a partir do evento danoso, também com fundamento no art. 398 do CC e Súmula 54, ambas do STJ.

Pacífico o posicionamento da instância superior acerca da matéria. Veja-se:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INEXISTÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. DANO MORAL CARACTERIZADO. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, E COM FUNDAMENTO EM LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULAS 7/STJ E 280/STF. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. CITAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...) VI. Quanto ao termo inicial dos juros moratórios, o acórdão de origem está em conformidade com o entendimento desta Corte, segundo o qual,* **tratando-se de relação contratual - como na hipótese -, os juros de mora devem incidir a partir da citação**. *Em caso idêntico, confira-se: STJ, AgInt no AREsp 1.233.069/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 18/05/2018. VII. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1514506/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 21/09/2020, DJe 25/09/2020) – destacamos*
>
> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54/STJ. (...) 2. Assiste razão à recorrente no que se refere ao* **termo inicial dos juros de mora. Isso porque, nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade**

1 Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

2 Súmula 43/STJ: *"Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo"*.

3 Súmula 54/STJ: *"Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual"*.

4 Súmula 362/STJ: *A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.*

> **extracontratual**. *3. "Mesmo naquelas obrigações não quantificadas em dinheiro inicialmente ou ilíquidas, os juros moratórios fluem normalmente da data em que o devedor é constituído em mora, a qual, em se tratando de ato ilícito extracontratual, ocorre com o evento danoso, mercê do que dispõe o art. 398 do Código Civil de 2002. Assim, nas indenizações por danos morais decorrentes de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios incidem desde o evento danoso" (AgRg no REsp 949.540/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe 10/4/2012). 4. Recurso Especial provido. (REsp 1728079/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 02/08/2018) - destacamos*

Por fim, sabe-se que o magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações e disposições normativas invocadas pelas partes, bastando menção às regras e fundamentos jurídicos que levaram à decisão de uma ou outra forma.

Assim, dou por devidamente prequestionados todos os dispositivos constitucionais, legais e infralegais suscitados pelas partes no curso do processo, a fim de poupar a oposição de aclaratórios com intuito prequestionador.

Ante o exposto, conheço e **nego provimento** ao recurso.

Deixo de fixar honorários recursais, eis que estipulados no teto estabelecido pelo art. 85, § 2 º, do CPC, em primeira instância.

De ofício, afasto a contradição existente na sentença e retifico o termo inicial de incidência dos juros de mora sobre o valor da indenização por danos morais, por se tratar de relação extracontratual, que deverá incidir desde o evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso e, de ofício, retificaram o termo inical da incidência de juros, nos termos do voto do relator.

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. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 30 de abril de 2021.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
Apelação / Remessa Necessária n.º 0811338-95.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – REVISÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL – ODONTÓLOGO – DIREITO À INTEGRALIDADE E PARIDADE – INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003 – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 2º – ESVAZIAMENTO DA APOSENTADORIA ESPECIAL – EXCEÇÃO NÃO ABORDADA – SÚMULA 33 DO STF – GRATIFICAÇÃO DE ZONA RURAL/DIFÍCIL ACESSO – INCLUSÃO NA APOSTILA DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA – POSSIBILIDADE – COMPROVADOS OS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS SOBRE TAL GRATIFICAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA MANTIDA – COM O PARECER – RECURSOS DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

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 unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de maio de 2021

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Município de Campo Grande e Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG interpõem recurso de apelação contra a sentença de fls. 530/542, e o Juiz (a) de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS a submete à Remessa Necessária, que concedeu a segurança *"para determinar a revisão do benefício previdenciário de aposentadoria especial do impetrante para que seja incluído na Apostila de Proventos a parcela denominada Gratificação de Zona Rural/Difícil Acesso, bem como, para que lhe seja garantido seu recebimento com integralidade e paridade constitucional"*.

Em suas razões recursais (fls. 549/560 e 609/625), o Município de Campo Grande e o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande pugnam pela reforma da sentença, sustentando, em suma, a legalidade da concessão de aposentadoria calculada com base na média aritmética simples, bem como insurgem-se contra o apostilamento da "Gratificação de Zona Rural/Difícil Acesso", argumentando que tal parcela foi devidamente considerada por ocasião da apuração da média aritmética simples de suas maiores remunerações de contribuição, quando da fixação de seus proventos integrais de aposentadoria especial.

Em contrarrazões (fls. 565/573), pugna o Apelado pelo desprovimento dos recursos.

Por meio de fls. 643/651, pugna a Procuradoria de Justiça, pelo desprovimento do recurso e da remessa necessária.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo Município de Campo Grande e Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG contra a sentença proferida pelo Juízo de direito da Juiz (a) de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS, que concedeu a ordem do Mandado de Segurança impetrado por Ronaldo Colman Júnior, por meio da sentença proferida nos seguintes termos:

> **R. C. J.**
>
> *impetra Mandado de Segurança contra ato do*
>
> **Prefeito Municipal de Campo Grande**,
>
> *alegando em síntese que, teve sua aposentadoria especial concedida conforme publicação no DIOGRANDE nº 5.100, do dia 27/12/2017, calculada com base na média aritmética simples; que, o cálculo deveria ter sido realizado com o deferimento da integralidade, não sobre a média, mas sobre a última remuneração recebida, bem como com direito à paridade constitucional; que, sua aposentadoria foi deferida em conformidade com as regras acerca da aposentadoria especial; que, o ato ilegal consubstancia-se no ato de não lhe conceder o direito à integralidade e à paridade de seus proventos, visto que ingressou no serviço público em 20/11/1987; que, há incongruência e incompatibilidade do legislador de se exigir a idade e o tempo de contribuição diversos para obter a paridade no caso da aposentadoria especial; que, há redução no tempo de contribuição, sendo desnecessária a idade mínima, pois está diante da exposição a agentes de riscos e prejudiciais à saúde; que, constatou que os valores recebidos não estavam de acordo com o contribuído; que, verificou na Apostila de Proventos que não foi incluído no cálculo do benefício previdenciário a Gratificação de Zona Rural/Difícil Acesso, sobre a qual contribuiu; que, tem o direito de receber essa parcela por ter contribuído para isso. Pede que seja concedida a segurança para declarar a ilegalidade do ato coator atacado e determinar a revisão dos seus proventos para que o pagamento seja realizado com integralidade e paridade, acrescido da Gratificação de Zona Rural/Difícil Acesso.*
>
> *A liminar foi indeferida.*
>
> *Vindas as informações, o Prefeito do Município de Campo Grande e o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG afirmaram que, o impetrante não possui direito líquido e certo ao que pleiteia; que, as normas que regem a aposentadoria especial não garantem o cálculo dos proventos com base na última remuneração do cargo efetivo e com paridade para percepção e reajuste do benefício; que, a Constituição Federal estabelece que a aposentadoria especial a servidores públicos que exerçam atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física depende de regulamentação de lei complementar federal; que, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 33 que estabelece que aplicam-se aos servidores as regras do regime geral de previdência social; que, conforme a lei de regência, para o cálculo da aposentadoria especial não se aplica a regra de que o cálculo dos proventos é realizado com base na última remuneração do cargo efetivo, mas na que determina que os proventos sejam calculados com base na média aritmética simples das maiores remunerações do contribuinte; que, não praticou qualquer ato ilegal, pois obedeceu a legislação aplicável ao caso; que, a gratificação pelo exercício de atividade em local de difícil acesso é vantagem de serviço paga em decorrência do local de trabalho e é concedida ao servidor que tem exercício em unidade organizacional instalada em local sem acesso por transporte público regular ou por meio oferecido pela Administração Municipal; que, a parcela lhe era paga por exercer suas funções em local de*

difícil acesso, não integrando sua remuneração; que, somente o servidor que for se aposentar com proventos calculados com fulcro na regra geral de aposentadoria e optar por incluir em sua remuneração-de-contribuição as parcelas recebidas em decorrência do local de trabalho é que terá a verba computada no cálculo do seu benefício; que, por opção do impetrante a parcela foi devidamente considerada quando da apuração média aritmética simples de suas maiores remunerações de contribuição quando da fixação de seus proventos integrais de aposentadoria especial; que, o impetrante já obteve o bem da vida pretendido. Requer seja denegada a segurança.

O Ministério Público opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

Decido.

(...)

Verifica-se do processo administrativo nº 33850/2017-89 que foi concedida a aposentadoria voluntária ao impetrante nos seguintes termos:

"(...)

De acordo com a Certidão de Tempo de Contribuição n. 603/2017, fl. 86, expedida em 29/11/2017, o requerente conta com 10.926 dias de tempo de contribuição, tendo cumprido vinte anos de serviço público, dez anos de carreira e cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria, possuindo 56 anos de idade, completados em 28/11/2017.

(...)

Na inatividade o servidor perceberá proventos integrais, calculados com base na média aritmética simples, com fulcro no art. 40, §1º, inciso III, alínea a, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, observado o disposto no art. 1º, da Lei Federal n. 10.887, de 18 de junho de 2004.

Portanto, de acordo com os elementos constantes dos autos, verificado o cumprimento dos requisitos legais e formais, somos pela ***concessão da aposentadoria voluntária o servidor, com proventos integrais, calculados com base na média aritmética simples****, com fulcro no art. 40, §1º, inciso III, alínea a, e art. 40, §4º, inciso III, da Constituição Federal vigente, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 5 de julho de 2005, combinado com a Súmula Vinculante n. 33, do STF, combinado com art. 34, III, da Lei Complementar n. 191, de 22/12/211." (p.108-110)*

O impetrante afirma que o benefício previdenciário não lhe está sendo pago da forma correta, uma vez que foi beneficiado com o direito à aposentadoria especial mas o pagamento do provento não está sendo realizado com integralidade e paridade, acrescida da rubrica denominada Gratificação de Zona Rural/Difícil Acesso.

Da integralidade e da paridade.

(...)

No caso em tela, a o ponto controvertido limita-se à questão de que se deve garantir ao impetrante o pagamento do benefício previdenciário com integralidade e paridade por ter tido direito à aposentadoria especial ou se não deve fazer jus ao benefício porque deve ser observada a regra da idade mínima de 60 (sessenta) anos constante Emenda Constitucional nº 41/2003.

O tema é controverso, por isso o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral no RE 1.162.672/SP, no seguinte sentido:

SERVIDOR PÚBLICO. **ATIVIDADES DE RISCO. APOSENTADORIA. PROVENTOS. INTEGRALIDADE E PARIDADE REMUNERATÓRIA. REGRAS DE TRANSIÇÃO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 41/03 E 47/05**. *PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.*

(STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.162.672 SÃO PAULO.Ministro DIAS TOFFOLI. Plenário. Julgamento: 22/11/2018)

Ocorre que até o momento o mérito do Recurso Extraordinário não foi apreciado.

Em que pese o reconhecimento da repercussão geral, o relator não determinou a suspensão do andamento dos processos pendentes de julgamento.

Sendo assim, deve-se analisar o mérito da causa nesta oportunidade.

A Súmula Vinculante 33 é expressa em estabelecer que "Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica."

A Lei Complementar nº 64, de 20 de maio de 2004, que Reorganiza a Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Campo Grande, estabelece:

Art. 16 - Desde que preenchidos os requisitos legais, as prestações asseguradas pela PREVI-CAMP compreende os seguintes benefícios:

I - quanto ao segurado:

(...)

c - aposentadoria especial;

(...)

Art. 23 - A aposentadoria especial será devida ao segurado que, observados os períodos de carência e tempo de contribuição, se enquadrar nas situações e condições estipuladas na Legislação Federal que rege a matéria.

Como a legislação local não tratou da forma de concessão do benefício previdenciário denominado aposentadoria especial ao servidor público vinculado ao Município de Campo Grande, devem ser observadas as regras constantes da Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e estabelece:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9032.htm - art3

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho

permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

§ 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.121, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9732.htm - art57Â§6

§ 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

§ 2º Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

§ 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei.

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento. (negritamos)

O Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, ao regulamentar a aposentadoria especial no âmbito da Previdência Social dispõe:

Art. 64. A aposentadoria especial, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

§ 1º A concessão da aposentadoria especial prevista neste artigo dependerá da comprovação, durante o período mínimo fixado no caput:

I - do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente; e

II - da exposição do segurado aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou a associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física.

§ 2º Consideram-se condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física aquelas nas quais a exposição ao agente nocivo ou associação de agentes presentes no ambiente de trabalho esteja acima dos limites de tolerância estabelecidos segundo critérios quantitativos ou esteja caracterizada segundo os critérios da avaliação qualitativa dispostos no § 2º do art. 68.

Art. 65. Considera-se tempo de trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exposto aos fatores de risco de que trata o art. 68. (negritamos)

Ocorre que o ente público reconheceu o direito à aposentadoria especial ao impetrante, conforme decisão de p.110, mas não lhe garantiu ao direito de receber seus proventos com integralidade e paridade.

A Constituição Federal é expressa ao dispor:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

(...)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm - art1

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, *e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm - art1

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, estabelece:

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, **o servidor** *da União, dos Estados, do Distrito Federal e* **dos Municípios**, *incluídas suas*

autarquias e fundações, **que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria**, *na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:*

I - sessenta anos de idade, se homem, *e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;*

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, *e trinta anos de contribuição, se mulher;*

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; *e*

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional** *e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal,* **tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.**

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no *caput* o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores. *(negritamos)*

Infere-se do acima exposto, que esta Emenda Constitucional afastou a aplicação aos proventos do cálculo elaborado pela média de remuneração, que era a regra constante dos parágrafos 3º, 8º e 17 do artigo 40 da Constituição Federal, com a redação alterada pela Emenda constitucional nº 41 de 2003.

Estabeleceram-se as regras de transição para garantir o recebimento pelo servidor público de proventos com integralidade e paridade, sendo eles: o ingresso no serviço público antes de 19/12/2003; possuir 60 (sessenta) anos de idade, se homem; 35 (trinta e cinco) anos de contribuição; 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público; 10 (dez) anos de carreira e 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

De acordo com o Histórico da Vida Funcional e Certidão de Tempo de Contribuição de pp.33-34, que o impetrante foi admitido no servido público em 15/11/1991; possui 56 (cinquenta e seis) anos de idade; 29 (vinte e nove) anos, 5 (cinco) meses e 29 (vinte e nove) dias de tempo de contribuição, exercício no serviço público e no atual cargo.

Ocorre que, conforme dispõe a Lei Federal nº 8.213/1991, regulamentada pelo Decreto nº 3.048/1999, para a concessão da aposentadoria especial o servidor público deve comprovar que trabalhou durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de forma ininterrupta.

Observa-se que o ente público considerou que o servidor público não seria beneficiado com o direito à integralidade e à paridade, por ter preenchido somente o requisito para a concessão da aposentadoria especial, mas não as regras de transição constantes da EC nº 41/2003 para receber seus proventos com integralidade e paridade.

O Supremo Tribunal Federal, no que tange ao pagamento de proventos de aposentadoria por invalidez decorrente de doença grave ou acidente de trabalho, estabeleceu que o servidor público que ingressou até a data da promulgação da EC 41/2003 faz jus à integralidade, nos seguintes termos:

"Os proventos de aposentadoria por invalidez decorrente de doença grave ou acidente de trabalho (art. 40, § 1º, I, da CF) correspondiam à integralidade da remuneração percebida pelo servidor no momento da aposentação, até o advento da EC 41/2003, a partir de quando o conceito de proventos integrais deixou de ter correspondência com a remuneração recebida em atividade e foi definida pela Lei 10.887/2004 como a média aritmética de 80% da melhores contribuições revertidas pelo servidor ao regime previdenciário. A EC 70/2012 inovou no tratamento da matéria ao introduzir o art. 6º-A no texto da EC 41/2003. **A regra de transição pela qual os servidores que ingressaram no serviço público até a data de promulgação da EC 41/2003 terão direito ao cálculo de suas aposentadorias com base na remuneração do cargo efetivo foi ampliada para alcançar os benefícios de aposentadoria concedidos a esses servidores com fundamento no art. 40, § 1º, I, CF, hipótese que, até então, submetia-se ao disposto nos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da CF.** *Por expressa disposição do art. 2º da EC 70/2012, os efeitos financeiros dessa metodologia de cálculo somente devem ocorrer a partir da data de promulgação dessa Emenda, sob pena, inclusive, de violação ao art. 195, § 5º, CF, que exige indicação da fonte de custeio para a majoração de benefício previdenciário. Recurso provido, com afirmação de tese de repercussão geral: "Os efeitos financeiros das revisões de aposentadoria concedidas com base no art. 6º-A da EC 41/2003, introduzido pela EC 70/2012, somente se produzirão a partir da data de sua promulgação (30-2-2012)". [*http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13562641*RE 924.456, rel. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, j. 5-4-2017, P, DJE de 8-9-2017, Tema 754.] (negritamos)*

"(...) **a aposentadoria por invalidez decorrente de doença grave especificada em lei implica o direito à integralidade dos proventos, considerada a última remuneração, mesmo após a vigência da EC 41/2003. Afastou-se a apuração do valor dos proventos pela média aritmética das contribuições, forma preconizada na Lei 10.887/2004, porquanto a citada norma diz respeito à regra geral da aposentadoria, não versando sobre as exceções indicadas na Constituição aposentadoria por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave."**

*[*http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4941619*ARE 653.084 AgR, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 5-11-2013, 1ª T, DJE de 28-11-2013.]=* http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971148*ARE 855.515 AgR, rel. min. Teori Zavascki, j. 24-2-2015, 2ª T, DJE de 10-3-2015] (negritamos)*

No caso dos autos, o impetrante não possui 60 (sessenta) anos de idade, por isso não lhe foi concedido o direito a receber seus proventos com integralidade e paridade, o que é injusto.

Deve ser considerado nesse caso, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em caso de aposentadoria por invalidez, que a regra de transição da EC 41/2003 para a concessão da integralidade e da paridade remuneratória é regra geral da aposentadoria, não versando sobre a exceção constante da própria Constituição Federal que, no caso, garantiu ao servidor público que trabalhou em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física o direito à aposentadoria especial.

Condicionar o servidor público a preencher o requisito da idade mínima para que faça jus à integralidade e à paridade é esvaziar o seu direito à aposentadoria especial, uma vez que para sua concessão somente exige-se que tenha trabalhado por vinte e cinco anos em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de forma ininterrupta.

A aposentadoria especial é exceção à regra geral da aposentadoria geral e, exigir que possua a idade mínima constante da regra de transição para que tenha direito à paridade e à integralidade é criar uma nova regra prejudicial para quem já trabalha em condições prejudiciais.

Portanto, deve ser reconhecido o direito pretendido pelo impetrante, uma vez que o fato de ter trabalhados em condições que prejudiquem sua saúde não pode impedir que o recebimento de seus proventos com paridade e integralidade seja obstado, isso porque foi

admitido no servido público em 15/11/1991 e possui 29 (vinte e nove) anos, 5 (cinco) meses e 29 (vinte e nove) dias de tempo de contribuição, exercício no serviço público e no atual cargo.

O impetrante demonstra, por fim, que ingressou no serviço público municipal anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 41/2003, e assim, tem direito que seus proventos sejam calculados com integralidade e paridade em relação aos servidores ativos.

Da Gratificação de Zona Rural/Difícil Acesso.

A autoridade coatora afirma:

"(...)

A Lei Federal em comento, de observância obrigatória dos regimes próprios de previdência social, também estabelece expressamente que os servidores que se aposentarem com proventos calculados com base na média das remunerações de contribuição (como é o caso da aposentadoria especial) poderão ter a parcela recebida em decorrência do local de trabalho computada no cálculo do benefício.

Assim, é evidente que por se tratar de parcela componente da remuneração de contribuição do impetrante, por sua expressa opção, **tal parcela foi devidamente considerada quando da apuração da média aritmética simples de suas maiores remunerações de contribuição, quando da fixação de seus proventos integrais de aposentadoria especial**.

Desse modo, **o impetrante já obteve o bem da vida pretendido nesse *mandamus***, *posto que, a remuneração auferida por si pelo exercício de atividades em local de difícil acesso passou a ser base de contribuição previdenciária a partir de janeiro de 2013 e foi devidamente computada na ocasião da fixação de seus proventos integrais." (p.306 e p.408) (negritamos)*

Verifica-se que reconhece expressamente o direito do impetrante de que a referida parcela remuneratória componha a média remuneratória de seu salário-de-contribuição, a fim de que faça parte de seu benefício previdenciário.

Observa-se da Apostila de p.117 que os proventos de aposentadoria a serem pagos ao impetrante foram fixados sobre as seguintes verbas:

- vencimento integral do cargo efetivo;

- adicional por tempo de serviço;

- produtividade SUS;

- Adicional de Aperfeiçoamento Profissional;

- Plantão eventual;

- SUS Plantão.

A verba em questão não fez parte do cálculo, o que violou o direito do impetrante nesse sentido, uma vez que é fato incontroverso que contribuiu sobre a parcela.

Sendo assim, o impetrante possui direito líquido e certo ao que pleiteia.

Ante todo o exposto concedo a segurança para determinar a revisão do benefício previdenciário de aposentadoria especial do impetrante para que seja incluído na Apostila de Proventos a parcela denominada Gratificação de Zona Rural/Difícil Acesso, bem como, para que lhe seja garantido seu recebimento com integralidade e paridade constitucional. Sem custas, ante sua isenção legal e sem honorários de advogado, por força do que dispõem as Súmulas nº 512, do Supremo Tribunal Federal e nº 105, do Superior Tribunal de Justiça.

Certificado o decurso de prazo para interposição de apelação, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça para o reexame da sentença, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei n.º 12.016/2009.

P. R. I. C.

Presentes os requisitos de admissibilidade, passo a decidir o recurso voluntário do Município e a Remessa Necessária, esta com fundamento no art. 14,§ 1º, da Lei do Mandado de Segurança: *"Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição"*.

Extrai-se dos autos que o Apelado impetrou o presente mandado de segurança arguindo que teve sua aposentadoria voluntária especial concedida pelo Apelante, no dia 27/12/2017, tendo sido aplicada como base de cálculo de seus proventos a média aritmética simples, no entanto, que o cálculo dos proventos deveria ter sido sobre a ultima remuneração percebida (integralidade), com direito a paridade, para que a correção de seus proventos seja de acordo com os servidores da ativa.

O Apelado é odontólogo, lotado na UBSF Dr. Bento Assis Machado – Anhandui, **tendo entrado para o serviço público em 15/11/1991**, por aprovação em concurso público, e não em 20/11/1987 (nessa data foi contratado indeterminada e temporariamente pela CLT para o exercício da função de Odontólogo no Município), para exercer o cargo de odontólogo (fl. 15). Em razão disso, nos termos do art. 40, § 4º, por ter exercido atividades especiais que prejudicam a saúde ou a integridade física, foi concedida ao Apelante a aposentadoria especial, sem, contudo, o direito à integralidade e paridade.

De acordo com seu Histórico de Vida Funcional e Certidão de Tempo de Contribuição de fls. 33/34, foi admitido no servido público em 15/11/1991; possui 56 (cinquenta e seis) anos de idade; 29 (vinte e nove) anos, 5 (cinco) meses e 29 (vinte e nove) dias de tempo de contribuição, exercício no serviço público e no atual cargo.

Portanto, foi computado seu tempo de serviço desde a contratação em 20/11/1987.

Pois bem.

Não há dúvidas de que o Autor preencheu o tempo mínimo (25 anos) de serviço público em atividade exercida exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Tendo comprovado o ingresso como segurado da previdência pública (antes da Constituição de 1988) desde 20/11/1987, quando deu início às suas contribuições previdenciárias.

Resta saber se o autor tem direito à integralidade e paridade como pleiteia.

Como se sabe, a integralidade consiste na percepção de proventos igual à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, enquanto a paridade versa sobre a concessão dos aumentos e reajustes aos servidores ativos também atribuídos aos proventos.

Resumidamente, o provento do servidor, que se aposenta com integralidade e paridade, não estará sujeito a qualquer redução, sendo correspondente a 100% da última remuneração e todo o aumento concedido a remuneração dos servidores ativos será comunicado aos proventos.

E, *in casu*, a irresignação não merece prosperar, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 590.260/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, firmou orientação no sentido da possibilidade de paridade entre os servidores ativos e inativos que ingressaram no serviço público antes da Emenda Constitucional nº 41/2003, mas que se aposentaram após sua promulgação, desde que observadas as regras de transição previstas na EC nº 47/2005. Esse julgado restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO POR ATIVIDADE DE MAGISTÉRIO, INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR 977/2005, DO ESTADO DE SÃO PAULO. DIREITO

INTERTEMPORAL. PARIDADE REMUNERATÓRIA ENTRE SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS QUE INGRESSARAM NO SERVIÇO PÚBLICO ANTES DA EC 41/2003 E SE APOSENTARAM APÓS A REFERIDA EMENDA. POSSIBILIDADE. ARTS. 6º E 7º DA EC 41/2003, E ARTS. 2º E 3º DA EC 47/2005. REGRAS DE TRANSIÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I Estende-se aos servidores inativos a gratificação extensiva, em caráter genérico, a todos os servidores em atividade, independentemente da natureza da função exercida ou do local onde o serviço é prestado (art. 40, § 8º, da Constituição). II **Os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/2003, mas que se aposentaram após a referida emenda, possuem direito à paridade remuneratória e à integralidade no cálculo de seus proventos, desde que observadas as regras de transição especificadas nos arts. 2º e 3º da EC 47/2005**. *III Recurso extraordinário parcialmente provido. (STF, RE 590260/SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 24/06/2009, DJe de 23/10/09)*

Igualmente, observou-se essa orientação, nas seguintes decisões: ARE nº 1.079.925/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 10/10/17; RE nº 633.823/PR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 16/5/13; ARE nº 679.284/RJ, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 18/6/12; e ARE nº 641.673/RN, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 18/11/11.

Ocorre que, o impetrante, cumpriu os requisitos da Emenda Constitucional 41/2003, que **direciona a integralidade e paridade aos servidores públicos federais, estaduais e municipais que ingressaram no serviço público até o dia 16/12/1998 (art. 2º), primeiro requisito preenchido pelo impetrante, pois ingressou em 15/11/1991**, sendo necessário ainda o cumprimento dos demais seguintes requisitos:

53 anos de idade (homens) ou 48 anos de idade (mulheres);

35 anos de tempo de contribuição (homens) ou 30 anos (mulheres) de tempo de contribuição, sendo que desse tempo, é necessário ter:

5 anos no cargo em que se der a aposentadoria;

Período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que faltaria para atingir 35/30 anos de contribuição no dia 16/12/1998.

Para esses, os proventos serão calculados de acordo com o que dispunha o art. 40, § 3º, com a redação dada pela EC 20/1998:

~~*§ 3º Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei,* **corresponderão à totalidade da remuneração**. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)*~~

Portanto, o impetrante preencheu requisitos já da EC 41/2003, **ART. 2º, que não foi revogado pela** EC 47/2005.

A EC 47/2005 revogou somente o parágrafo único do artigo 6º da Emenda Constitucional 41/2003, aplicável somente aos ocupantes do cargo de professor, e para estes é que foi destinada a regra de transição do art. 6º da EC 41/2003 e art. 3º da EC 47/2005, também definindo que quem ingressou no serviço público até o dia 31/12/2003 (art. 6º), terá direito a integralidade e paridade. Contudo, esses servidores deverão cumprir os seguintes requisitos para conseguir se aposentar:

60 anos de idade (homens) ou 55 anos de idade (mulheres);

35 anos de tempo de contribuição (homens) ou 30 anos (mulheres) de tempo de contribuição, sendo que desse tempo, é necessário ter:

20 anos de efetivo exercício no serviço público;

10 anos de carreira no mesmo órgão;

5 anos no cargo em que se der a aposentadoria.

Esses se aposentarão com proventos integrais, **que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria**, na forma da lei.

Percebe-se que tanto quem ingressou no serviço público até o dia 16/12/1998 ou até o dia 31/12/2003 poderão ter acesso a integralidade e paridade, porém os requisitos são diferentes, a depender da data de ingresso.

SALIENTE-SE QUE AS EMENDAS NÃO DETERMINAM QUE OS REQUISITOS DEVEM SER CUMPRIDOS DURANTE SUAS VIGÊNCIAS. OBVIAMENTE, MUITO PELO CONTRÁRIO, A APOSENTADORIA SE DARÁ EM MOMENTO POSTERIOR, permitindo a sua invocação futura.

Considerando que o Apelado ingressou no serviço público em 15/11/1991, é correto dizer, tranquilamente, que, considerando tão somente o primeiro requisito (data de ingresso no serviço público) possui direito à integralidade e paridade, seja porque ingressou até 16/12/1998, seja porque ingressou até 31/12/2003.

Resta averiguar o preenchimento dos demais requisitos.

No caso, o impetrante, ao aposentar em dezembro de 2017, atendeu à idade mínima do art. 2º, da EC 41/2003, pois completou 53 anos de idade em novembro de 2014, e completou os 25 anos de serviço público, em atividade exercida sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Portanto, sequer há ausência desse requisito (idade), pois a idade de 60 anos, prevista no art. 6º da EC 41/2003, foi prevista para os ocupantes de cargo de professor.

Necessário também dizer que assim como o verbete da Súmula 33 do STJ abrange somente os servidores do art. 40, § 4º, inciso III da CF, tenho que o tema a ser decidido pelo julgamento do RE 1.162.672/SP (tema 1.019), mencionado na sentença, abarcará somente os servidores que exerçam atividade de risco, previstos no inciso II do mesmo dispositivo.

Igualmente, considerando que a Súmula 33 do STF[1], de abril de 2014, justamente determinou que o servidor público que exerce suas atividades em condições insalubres, poderá requerer aposentadoria especial **e a Administração Pública deverá analisar o requerimento com base nos requisitos do RGPS trazidos pelo art. 57 da Lei n.° 8.213/91**, em razão da mora legislativa em regulamentar o art. 40, § 4º, da Constituição, seja com a redação dada pela EC 20/1998, seja pela EC 47/2005[2], faz-se necessário examinar o caso dos servidores *"cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física"* (inciso III do parágrafo quarto do artigo 40 da Constituição), à luz da Lei n. 8.213/91, como constou na sentença recorrida.

De modo que a solução para o requisito dos 35 anos de contribuição é encontrada com a possibilidade de se converter o tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum, nos termos e tabela do art. 70 do Decreto n. 3.048/99, de acordo com a redação dada pelo Decreto n. 4.829/2003.

---

1 *"Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica".*

2 ~~§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)~~
§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
~~I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)~~
~~II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)~~
~~III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)~~

Assim sendo, convertendo os 25 anos de atividade especial em comum (multiplicando pelo índice de conversão=1,4), exercida pelo impetrante, tem-se o preenchimento do requisito dos 35 anos de contribuição.

Ainda assim, poderia o pleito do autor ser prejudicado pela exigência do "pedágio", ou seja, *"período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda [31/12/2003], faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso [35 anos de contribuição para homens]"*.

Porém, nesse ponto entendo que assiste razão ao magistrado *a quo*, muito embora este magistrado entenda que a idade de 53 anos seria suficiente para implemento dos requisitos do art. 2º, da EC 41/2003, e não obstante tenha feito uma analogia ao caso das aposentadorias por invalidez (pois se sabe que, no presente caso, o pedido de aposentadoria ESPECIAL foi voluntário), mas perfeitamente oportuno o argumento, sob pena de esvaziar o sentido da aposentadoria especial:

> *No caso dos autos, o impetrante não possui 60 (sessenta) anos de idade, por isso não lhe foi concedido o direito a receber seus proventos com integralidade e paridade, o que é injusto.*
>
> *Deve ser considerado nesse caso, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em caso de aposentadoria por invalidez, que a regra de transição da EC 41/2003 para a concessão da integralidade e da paridade remuneratória é regra geral da aposentadoria, não versando sobre a exceção constante da própria Constituição Federal que, no caso, garantiu ao servidor público que trabalhou em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física o direito à aposentadoria especial.*
>
> **Condicionar o servidor público a preencher o requisito da idade mínima para que faça jus à integralidade e à paridade é esvaziar o seu direito à aposentadoria especial, uma vez que para sua concessão somente exige-se que tenha trabalhado por vinte e cinco anos em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de forma ininterrupta**.
>
> **A aposentadoria especial é exceção à regra geral da aposentadoria geral e, exigir que possua a idade mínima constante da regra de transição para que tenha direito à paridade e à integralidade é criar uma nova regra prejudicial para quem já trabalha em condições prejudiciais.**
>
> *Portanto, deve ser reconhecido o direito pretendido pelo impetrante, uma vez que o fato de ter trabalhados em condições que prejudiquem sua saúde não pode impedir que o recebimento de seus proventos com paridade e integralidade seja obstado, isso porque foi admitido no servido público em 15/11/1991 e possui 29 (vinte e nove) anos, 5 (cinco) meses e 29 (vinte e nove) dias de tempo de contribuição, exercício no serviço público e no atual cargo.*

De forma que, cumprido o tempo mínimo da atividade ESPECIAL, tem direito À APOSENTADORIA ESPECIAL, com fundamento na Súmula 33 do STF, e demais considerações feitas.

E quem deverá dizer se o raciocínio está incorreto é o Supremo Tribunal Federal. Até porque não há recurso pendente, com repercussão geral, em relação à aplicação das regras de transição das Emendas Constitucionais 41/2003 e 47/2005, em relação à Aposentadoria Especial, para os servidores que exerceram atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Em relação à "Gratificação de Zona Rural / Difícil Acesso", não há discussão/insurgência em relação a ser devida a sua inclusão nos cálculos da média aritmética, apenas o Município Apelante alega que tal parcela foi devidamente considerada para a apuração da média aritmética simples das maiores remunerações de contribuição do Apelado.

Contudo, como bem pontuado pelo magistrado *a quo*, observa-se da apostila de p. 117 que os proventos de aposentadoria a serem pagos ao recorrido foram fixados sobre as seguintes verbas: vencimento integral do

cargo efetivo; adicional por tempo de serviço; produtividade SUS; adicional de aperfeiçoamento profissional; plantão eventual; SUS plantão.

De fato, eis as verbas que constavam no holerite do Autor/Apelado (fl. 52):

Rubrica		Descrição	Mês/Ano Direito	Vantagens
004	1	VENCIMENTO BASE DO CARGO	04/2016	3.061,97
018	1	ADICIONAL POR TEMPO DE SERVICO	04/2016	1.071,69
070	1	GRATIFICACAO POR TRABALHO EM LOCAL DE DIFICIL ACESSO	04/2016	2.143,38
152	1	ADICIONAL DE APERFEICOAMENTO PROFISSIONAL	04/2016	153,10
187	2	PLANTAO EVENTUAL	03/2016	6.856,76
260	1	PRODUTIVIDADE SUS	04/2016	86,41
432	2	GRATIFICAÇAO POR DESEMPENHO ODONTOLOGICO	03/2016	755,03

Enquanto, as fl. 117:

FIXAÇÃO DE PROVENTOS		
CÓDIGO	METODOLOGIA DOS CÁLCULOS E FUNDAMENTOS LEGAIS	VALOR (R$)
1	**VENCIMENTO INTEGRAL DO CARGO EFETIVO**, com fulcro no artigo 40, parágrafo 1º, inciso III, alínea "a", artigo 40 parágrafo 4, inciso III, da Constituição Federal vigente, com redação dada pela Emenda Constitucional n.47, de 5 de julho de 2005, combinado com a Súmula Vinculante n.33, do Supremo Tribunal Federal, combinado com artigo 34, III, da Lei Complementar n.191, de 22 de dezembro de 2011	4.016,08
2	**ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO**, no percentual de 35% (trinta e cinco por cento), calculado sobre o Vencimento Base, com fulcro no artigo 78, da Lei Complementar n.190, de 22 dezembro de 2011	1.405,63
3	**PRODUTIVIDADE SUS**, conforme Decreto n. 11.819, de 27 de abril de 2012	99,92
4	**ADICIONAL DE APERFEIÇOAMENTO PROFISSIONAL**, conforme Decreto n. 11.819, de 27 de abril de 2012	200,80
5	**PLANTÃO EVENTUAL**, conforme o Decreto n. 11.819, de 27 abril de 2012	6.301,72
6	**SUS PLANTÃO**, conforme o Decreto n. 11.919 de 27 de abril de 2012	8,33
TOTAL	Remuneração atual, pertinente ao cargo efetivo	12.032,48
COMPOSIÇÃO DOS PROVENTOS		VALOR R$
Média dos Valores		9.080,14
Percentual de Proventos		100%
Valor Obtido	9.080,14 x 100%	9.080,14
Total de proventos		9.080,14

Evidente que a verba em comento não fez parte do cálculo, o que viola o direito do apelado, já que, indene de dúvidas, contribuiu sobre a referida parcela.

Dou por prequestionados as Emendas Constitucionais 41 e 47, a Lei Federal n. 8213/91, art. 57, §1º; o Decreto Federal n. 3.048/99, art. 32, II; Lei Federal n. 9717/98, art. 9º, I e II, além da Súmula Vinculante n. 33, todos expressamente abordados no julgado, não havendo que se falar em violação ao art. 489, §1º, I e IV, do CPC e art. 93, IX, da CF.

Ante o exposto, **conheço e, com o parecer, nego provimento** aos recursos de apelação e à remessa necessária, mantendo a sentença *a quo*.

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(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. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 29 de maio de 2021.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
Agravo de Instrumento n.º 1405796-45.2021.8.12.0000 - Corumbá

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INVENTARIANTE DATIVO – CREDOR INTERESSADO – EXCEÇÃO NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DE QUALQUER REMUNERAÇÃO – LEGITIMAÇÃO PLENA ATIVA E PASSIVA DO ESPÓLIO – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DOS HERDEIROS – NOVO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O credor nomeado pelo Juízo para exercer o cargo de inventariante não é pessoa estranha à herança, mas parte interessada no acervo do espólio, por isso não pode ser considerado dativo, tanto é que sequer lhe foi fixada qualquer remuneração, além de se tratar de legitimado concorrente para a própria abertura de inventário e partilha.

Caso se tratasse de inventariante dativo, os sucessores do falecido seriam intimados no processo no qual o espólio faz parte, independentemente do polo que esteja ocupando (artigo 75, §1º, CPC/2015).

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de junho de 2021.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

J. V. F. interpõe o presente Recurso de Agravo de Instrumento contra a decisão interlocutória proferida, pelo juízo de direito da 3.ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, na Ação de Reintegração de Posse n. 0800251-19.2021.8.12.0008, movida pelo Espólio de G. F. de L., que indeferiu o pedido de formação de litisconsórcio e considerou desnecessária a participação dos herdeiros e cessionários destes, ainda que a inventariança seja exercida por inventariante dativo.

Argumenta o Agravante que *"o presente recurso tem por escopo assegurar a vigência ao artigo 75, §1.º do Código de Processo Civil e, consequentemente, nos termos do mencionado dispositivo legal quando o inventariante for dativo, os sucessores do falecido serão intimados no processo no qual o espólio seja parte"*.

Obtempera que *"o tema é de relevância que o cabimento do recurso é expresso no artigo 1.015, VII e IX, do Código de Processo Civil, frisando que a permissão de seguir o feito sem a necessidade de integração daqueles que a lei impõe participarem da lide, ou representa exclusão de litisconsorte (necessário) ou, por outro lado, denega a participação de terceiros na lide, os quais guardam direito interesse jurídico na tutela sub judice"*.

Sustenta que *"a decisão agravada ao fixar que a premissa sob a qual se fixa permite que o inventariante dativo ajuíze ação sem que sejam citados os herdeiros e sucessores é, data vênia, contrária a expressa*

disposição de lei e, neste quadrante, o processo sequer poderia ser admitido e, ao contrário, está seguindo adiante sem a necessária cautela".

Requer que o recurso seja conhecido e de plano provido *"para reformar a decisão agravada para determinar a intimação do agravado, para que regularize sua representação processual, fazendo integrar à lide os herdeiros e sucessores de G. F. de L., sob a advertência de se assim não proceder, ser extinto o processo, sem julgamento de mérito, com a condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais"*.

Alternativamente, *"requer seja atribuído EFEITO SUSPENSIVO ATIVO ao presente Agravo, para suspender a tramitação da ação possessória, enquanto não houver decisão em definitivo acerca da formação do litisconsórcio necessário, especialmente a fim de evitar a realização de atos processuais sem a participação de todos os interessados e, consequentemente, a nulidade destes mesmos atos, por flagrante violação aos princípios do devido processo legal e ampla defesa e contraditório e ao final dar provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada determinando a intimação do agravado para que regularize sua representação processual, fazendo integrar à lide os herdeiros e sucessores de G. F. de L, sob a advertência de se assim não proceder, ser extinto o processo, sem julgamento de mérito, com a condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais"*.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo ativo para suspender a tramitação da ação de Reintegração de Posse até o julgamento do presente recurso (fls. 51/53).

Em contraminuta (fls. 58/64), pugna o Agravado pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto por J. V. F. contra decisão que indeferiu o pedido de formação de litisconsórcio e considerou desnecessária a participação dos herdeiros e cessionários destes, ainda que a inventariança seja exercida por inventariante dativo.

Argumenta o Agravante que *"o presente recurso tem por escopo assegurar a vigência ao artigo 75, §1.º do Código de Processo Civil e, consequentemente, nos termos do mencionado dispositivo legal quando o inventariante for dativo, os sucessores do falecido serão intimados no processo no qual o espólio seja parte"*.

Obtempera que *"o tema é de relevância que o cabimento do recurso é expresso no artigo 1.015, VII e IX, do Código de Processo Civil, frisando que a permissão de seguir o feito sem a necessidade de integração daqueles que a lei impõe participarem da lide, ou representa exclusão de litisconsorte (necessário) ou, por outro lado, denega a participação de terceiros na lide, os quais guardam direito(sic) interesse jurídico na tutela sub judice"*.

Sustenta que *"a decisão agravada ao fixar que a premissa sob a qual se fixa permite que o inventariante dativo ajuíze ação sem que sejam citados os herdeiros e sucessores é, data vênia, contrária a expressa disposição de lei e, neste quadrante, o processo sequer poderia ser admitido e, ao contrário, está seguindo adiante sem a necessária cautela"*.

Requer que o recurso seja conhecido e de plano provido *"para reformar a decisão agravada para determinar a intimação do agravado, para que regularize sua representação processual, fazendo integrar à lide os herdeiros e sucessores de G. F. de L, sob a advertência de se assim não proceder, ser extinto o processo, sem julgamento de mérito, com a condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais"*.

Alternativamente, *"requer seja atribuído EFEITO SUSPENSIVO ATIVO ao presente Agravo, para suspender a tramitação da ação possessória, enquanto não houver decisão em definitivo acerca da formação do litisconsórcio necessário, especialmente a fim de evitar a realização de atos processuais sem a participação de todos os interessados e, consequentemente, a nulidade destes mesmos atos, por flagrante violação aos princípios do devido processo legal e ampla defesa e contraditório e ao final dar provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada determinando a intimação do agravado para que regularize sua representação processual, fazendo integrar à lide os herdeiros e sucessores de G. F. de L, sob a advertência de se assim não proceder, ser extinto o processo, sem julgamento de mérito, com a condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais"*.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo ativo para suspender a tramitação da ação de Reintegração de Posse até o julgamento do presente recurso (fls. 51/53).

Em contraminuta (fls. 58/64), pugna o Agravado pelo desprovimento do recurso.

Presentes os requisitos de admissibilidade, passo a decidir.

Cinge-se a questão em esclarecer se o inventariante é dativo, uma vez que, em sendo, não há dúvida de que os herdeiros deverão ser intimados (e não citados) para participar da Ação de Reintegração de Posse.

Isso porque, não obstante o juízo *a quo* tenha se equivocado na decisão agravada ao dizer que *"não se justifica a citação/inclusão dos demais herdeiros e eventuais credores"*, é certo que no novo CPC não se exige a citação, mas a intimação dos herdeiros, como bem foi pedido pelo Agravante/Requerido nos autos de origem, quando pediu a suspensão da execução da liminar de reintegração de posse, *"até que seja formado o litisconsórcio "ativo", **intimando-se todos os herdeiros e cessionários** para deliberar o que a bem de seus interesses"*.

Atualizado e acertadamente, também observou que *"O ponto nevrálgico deste recurso é a possibilidade do inventariante DATIVO agir judicialmente sem a necessária participação dos sucessores do falecido e, no caso vertente, o que se descortina é exatamente isto, ou seja, muito embora seja expresso texto de lei que quando a representação processual de um espólio se dê por inventariante dativo, **deverão ser intimados os sucessores do falecido**,..."*.

Embora a petição em determinadas passagens se refira à citação, sabe-se que isso se deu em razão dos comentários aos julgados que citam o REVOGADO art. 12, §1.º, do CPC de 1973, cuja redação não foi repetida no art. 75, §1.º, do novo CPC/2015, como bem lançado pelo Agravado:

CPC-73	CPC-2015
Art. 12. § 1º Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido **serão autores ou réus nas ações** em que o espólio for parte.	Art. 75. § 1º Quando o inventariante for dativo, **os sucessores do falecido serão intimados no processo no qual o espólio seja parte**.

> *2.3. Na lei revogada, os sucessores eram partes processuais ["autores e réus"]. Na redação atual, quando ocorrer a inventariança dativa – que não é o caso! – o ESPÓLIO é a parte processual e os herdeiros só são intimados (se fossem parte, seriam citados) para tomar ciência do processo.*
>
> *2.4. Por essa razão, a doutrina adverte que a intimação ocorre "não para ingressarem como litisconsortes, mas para receberem a efetiva ciência do processo"*[1].

Ou seja, o novo CPC, diferente do revogado CPC/73, passou a exigir tão somente a intimação dos sucessores nas ações em que o espólio seja parte, independentemente do polo que ocupe, e esteja representado

1 CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo [org.]. Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 137.

por inventariante dativo, alterando o tratamento dado à matéria, deixando de exigir a integração de todos os sucessores na relação processual (litisconsórcio necessário).

Ademais, é cediço que somente nas ações de natureza pessoal, como na investigação de paternidade, por exemplo, é que há necessidade de citação de todos os herdeiros do falecido, tratando-se ou não de inventariante dativo (o que ainda será debatido neste julgado), enquanto os autos de origem é de natureza patrimonial.

Igualmente, confirma-se que a necessidade é somente de intimação, conforme se extrai da defesa apresentada pelo Agravante ao Agravo Interno interposto pelo Agravado:

> *Em suma, o presente recurso de agravo interno é manifestamente improcedente, porquanto do que dele se extraí é exatamente que a decisão apontada por recorrida é acertada, havendo de ser imediatamente cumprida, tanto para citação do co-réu J. V.* ***quanto para intimação dos herdeiros*** *(e logicamente seus cessionários).*

Com efeito, acerca da representação do espólio por inventariante dativo, o processualista Fredie Didier Jr. assim ensina:

> *"A representação do espólio é feita pelo inventariante (inciso VI do art. 75). Quando o inventariante for dativo (art. 617, VIII, CPC), 'os sucessores do falecido serão intimados no processo no qual o espólio seja parte' (§ 1º do art. 75 do CPC). A ressalva merece uma explicação: nos casos de inventariante dativo, os herdeiros são intimados para poder acompanhar o andamento do processo e, assim, poder fiscalizar a atuação do inventariante, que é pessoa estranha à família"*. (Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr.- 19. ed.· Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. V.1, p. 358)

Oportuno, ainda, trazer à baila os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> *"A parte legitimada a participar de ações que originariamente se dirigiriam ao de cujus não é seus herdeiros ou sucessores, mas sim seu espólio (STJ, 3a Turma, REsp 1.080.614/ SP, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 01/09/2009, Dje 21/09/2009). O art. 75, VII, do Novo CPC versa sobre a representação do espólio em juízo.*
>
> *Cabe ao inventariante representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 75, § 1º, do Novo CPC, que traz interessante novidade ao sistema. Enquanto o art. 12, § 1º, do CPC/1973 exigia no caso de inventariança dativa a formação de litisconsórcio necessário entre todos os herdeiros e sucessores para representar o espólio em juízo, o § 1º do art. 75 do Novo CPC exige apenas que tais sujeitos sejam intimados no processo no qual o espólio é parte.*
>
> *Significa dizer que mesmo sendo o inventariante dativo é ele o representante legal do espólio, podendo os herdeiros e sucessores,* ***uma vez intimados da existência do processo, ingressarem como assistentes litisconsorciais do espólio****"*. (Novo Código de Processo Civil Comentado / Daniel Amorim Assumpção Neves - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 132) - destacamos

A corroborar o exposto, são as lições de Elpídio Donizetti:

> *"Inventariante dativo.* ***O NCPC passa a exigir tão somente a intimação dos sucessores*** *dativo, ou seja, por aquele terceiro nomeado pelo juiz apenas para administrar os bens do falecido. A hipótese altera o tratamento dado pelo CPC/73, que exige a integração de todos os sucessores na relação processual (litisconsórcio necessário)"*. (Novo código de processo civil comentado - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73 / Elpídio Donizetti. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 59) - destacamos

Em suma, não obstante o espólio ser representado em juízo pelo inventariante, nos termos do artigo 75, VII, do Código de Processo Civil de 2015, quando aquele for dativo, é necessária **a intimação** de todos os sucessores no processo em que o espólio for parte.

Outra questão a ficar esclarecida e estabelecida é que a intimação exigida é dos herdeiros, e não de seus cessionários: *"Quando o inventariante for dativo, **os sucessores do falecido serão intimados** no processo no qual o espólio seja parte"*.

Mesmo assim, não entendo ser caso para o não conhecimento do recurso (por entender o Agravado que o Agravante está defendendo direito alheio. Até porque ele é, como se extrai do processo de inventário[2], cessionário do cessionário de dois dos três herdeiros). Pelo contrário, é salutar para o Espólio que a questão seja enfrentada para que, eventualmente, não se anule todo o processo por falta de tal intimação, caso seja necessária, como se enfrentará a seguir, considerando que, como esclarecido no início deste julgamento, cinge-se a controvérsia estabelecida nos autos em se constatar se o inventariante é dativo, ou não.

Não passou despercebido que o juízo de origem, apesar de negar cumprimento ao art. 75, §1.º, do CPC (contraditoriamente), reconhece que o inventariante é dativo, conforme os seguintes trechos em decisões dos autos de origem (fls. 578 e 620):

> *02. Outrossim, **encontrando-se o espólio representado por seu inventariante judicialmente nomeado**, não se justifica a citação/inclusão dos demais herdeiros e eventuais credores. - destacamos*
>
> ***Ainda que exista discussão acerca da legalidade dessa inventariança dativa**, ainda não há decisão proferida pelo STJ a fim de desqualifica-lo do cargo. E, portanto, até o hodierno momento, cabível sua representação processual pelo inventariante, o que se extrai do instituto civilista (art. 618 do Código de Processo Civil).*

Pois bem.

Para decidir, necessário buscar informações nos autos do processo de inventário n. 0129238-84.2008.8.12.0001.

O Inventariante do Espólio foi nomeado por meio da decisão de fls. 743/745 (dos autos de inventário), em 28/02/2020, no momento da remoção da Inventariante anterior:

> *ISSO POSTO, REMOVO de ofício a inventariante e nomeio o maior credor dos autos, que pela cessão de crédito passou a ser Mário Márcio Marcondes Correa, já que o outro herdeiro nunca manifestou interesse nem promoveu de qualquer forma o andamento do inventário e o cessionário dos direitos hereditários foi durante todos esses anos o advogado (com reserva de poderes os substabelecimentos) da inventariante, com diversos pedidos de carga, na época de autos, físicos, até busca e apreensão de autos, de forma que sistematicamente provocou o não andamento do feito.*
>
> *Expeça-se o termo de inventariante.*

A inventariança anterior era exercida por H. T. H., de quem o *de cujus*, *G. F. de L*, falecido aos 0404/2008, era separado judicialmente, mas genitora de seus dois filhos, F. S. H. de L. (nascido em 07/08/1994) e D. K. H. de L. (nascido em 03/09/1996), na época menores impúberes.

Posteriormente, compareceu um novo herdeiro, M. S. de L. (nascido em 03/12/2007), filho do *de cujus* com A. M. R. S., que não cedeu qualquer direito hereditário.

O atual inventariante, M. M. M. C. é credor do Espólio por ser o cessionária de sua maior credora, a Sra. R. S. D., em nome de quem a Fazenda Baguary, ainda consta como proprietária na matrícula do imóvel (objeto das matrículas 23.909, 23.910 e 23.911).

Isso porque, quando do falecimento do *de cujus* ficou faltando o pagamento, por parte deste, da última parcela da compra desses imóveis, que formam a Fazenda Baguary, no Município de Corumbá, objeto da ação de reintegração de posse, nos autos de origem.

2 n. 0129238-84.2008.8.12.0001

Sabendo-se quem é o inventariante nomeado no juízo do inventário, o artigo 617 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece a ordem de preferência das pessoas que podem ser nomeadas pelo juiz como inventariante em um processo de inventário:

> *Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem:*
>
> *I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;*
>
> *II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;*
>
> *III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;*
>
> *IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;*
>
> *V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;*
>
> *VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário;*
>
> *VII - o inventariante judicial, se houver;*
>
> *VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.*

Tal artigo, incluiu no novo CPC, os legitimados dos incisos IV e VI, renumerando os artigos, pois no CPC/73, revogado, também já existiam os legitimados dos incisos I, II e III (correspondentes aos mesmos incisos) e dos incisos V, VII e VIII (que correspondiam no CPC revogado aos incisos IV, V e VI).

Eis a redação do artigo correspondente no CPC revogado:

> *Art. 990. O juiz nomeará inventariante:*
>
> *I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;*
>
> *II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados;*
>
> *III - qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio;*
>
> *IV - o testamenteiro, se Ihe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados;*
>
> *V - o inventariante judicial, se houver;*
>
> *VI - pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial.*

Ocorre que, não houve alteração em relação a não se considerar o credor do espólio, como inventariante dativo, como defendido pelo agravado nas suas contrarrazões:

> *3. No caso concreto, não existe inventariante dativo. 3.1. Por definição, inventariante dativo é "pessoa estranha ao inventário" e faz jus à remuneração.*
>
> *3.2. M. M. não é pessoa estranha ao inventário. Ele é o maior credor do de cujus, faz parte das relações jurídicas da massa patrimonial denominada Espólio; é, portanto, parte habilitada ao exercício da inventariança, mormente quando foi ele quem efetivamente deu andamento ao processo de inventário.*
>
> *3.3. O MINISTÉRIO PÚBLICO já se manifestou a respeito em PARECER exarado no Agravo de Instrumento n. 1402660-40.2021.8.12.0000, que discute o cabimento da liminar possessória, demonstrando não existir nenhuma irregularidade processual. E mais.*

O PARQUET apontou que a demanda possessória tanto atende aos interesses do ESPÓLIO como do herdeiro menor [interesse indisponível]. Veja-se:

A priori , cabe elucidar que o inventariante dativo é terceiro qualificado, imparcial e de confiança do juízo que trará maior celeridade e serenidade à tramitação do inventário.

Ocorre que, in casu , o inventariante M. M. M. C. não figura na hipótese arguida pelo recorrente, ele é credor perante o espólio, portanto é parte interessada no acervo.

Demais disto, é notório que o processo em voga atende aos interesses do espólio, porquanto o objetivo principal é protege-lo em desfavor da eventual posse clandestina e injusta do ora agravante (esbulho por terceiro invasor) sobre a Fazenda Baguary.

Trazendo à tona o interesse do menor herdeiro, importante salientar, como membro do Parquet, que o pedido de reintegração de posse visa tutelar (também) os interesses de Miguel, pois com o acolhimento do pleito feito pelo Espólio, o imóvel será retomado e continuará a perfazer frutos e rendas, o que é vantajoso para os herdeiros e credores que participam da Ação de Inventário em trâmite.

3.4. Tanto não é dativo que não lhe foi atribuída remuneração, como ocorreria se fosse dativo.

3.5. Outrossim, M. M. M. C. foi nomeado regularmente pelo juízo sucessório e, se mesmo o administrador provisório pode propor ação no interesse do ESPÓLIO, com mais razão o inventariante nomeado pelo juiz (RJTJSP 44/263).

E, de fato, não foi fixada qualquer remuneração ao credor nomeado, justamente porque não o considerou dativo, tratando-o como qualquer inventariante do rol, cujo encargo é exercido gratuitamente, sem direito a qualquer tipo de retribuição.

Até porque, o credor nomeado pelo Juízo para exercer o cargo de inventariante não é pessoa estranha à herança, mas parte interessada no acervo do espólio, por isso não pode ser considerado dativo.

E nisso, não houve modificação de entendimento:

INVENTÁRIO. NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 990 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPUGNAÇÃO FORMULADA POR UM DOS HERDEIROS DO DE CUJUS À PESSOA NOMEADA, CESSIONÁRIO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS E DELA CREDOR POR VULTOSA SOMA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. RECURSO ESPECIAL INADMISSÍVEL. ***A ordem prevista no art. 990 do CPC não é absoluta, podendo ser alterada em situação de fato excepcional****. Em sede de recurso especial não se reexamina matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7 STJ. Recurso especial não conhecido. (REsp 402.891/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2005, DJ 02/05/2005)*

Deve ser lembrado que o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança é um dos legitimados concorrentes para requerer a abertura de inventário e partilha, conforme rol do art. 616, do CPC/2015, que exceto pelas atualizações na legislação e reordenamento dos incisos, em nada foi alterado do CPC revogado (art. 988)[3]:

3 Art. 988. Tem, contudo, legitimidade concorrente:
I - o cônjuge supérstite;
II - o herdeiro;
III - o legatário;
IV - o testamenteiro;
V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;
VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;
VII - o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite;
VIII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;
IX - a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

Art. 616. Têm, contudo, legitimidade concorrente:

I - o cônjuge ou companheiro supérstite;

II - o herdeiro;

III - o legatário;

IV - o testamenteiro;

V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;

VII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;

VIII - a Fazenda Pública, quando tiver interesse;

IX - o administrador judicial da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge ou companheiro supérstite.

Ante o exposto, conheço e **nego provimento ao presente recurso**, por entender que o credor interessado não é considerado inventariante dativo.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 23 de junho de 2021.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível n.º 0822347-59.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C RESTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ICMS – SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – ALEGAÇÃO DE ESSENCIALIDADE – ALÍQUOTA ESTADUAL FIXADA EM 27% – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO GARANTIDA – CONSTITUCIONALIDADE AFIRMADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PEDIDO, DIANTE DA VALIDADE DA NORMA IMPUGNADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Segundo prevê o art. 155, II, §2º, III, da Constituição Federal, o ICMS "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços".

Assim, se o Órgão Especial, ao exercer a competência que lhe é atribuída, para decidir sobre a inconstitucionalidade incidental de normas estaduais objeto de questionamento na Apelação, decide que são constitucionais os dispositivos legais referentes à cobrança de alíquotas majoradas de ICMS, a manutenção da sentença de improcedência é medida que se impõe, pois o pedido principal (inexistência de relação jurídica) não poderia ser acolhido de modo contrário às normas estaduais válidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por maioria e de acordo com o art. 942 do CPC, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 10 de março de 2021.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

L. A. S.a (B2w Companhia Digital), qualificada nos autos, interpôs recurso de apelação (146-153), inconformada com a sentença (f. 122-127, integrada pela decisão dos embargos declaratórios, f. 136-137), que, nos autos da Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito, ajuizada pela apelante em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos, por considerar legal a alíquota de 29%, a título de ICMS, no caso de prestação de serviços de telecomunicações.

Alega que o STF reconheceu a repercussão geral sobre o tema da possibilidade de questionamento de alíquotas de ICMS, majoradas em razão do princípio da seletividade (RE 714.139), e aguarda julgamento definitivo, o que afasta a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes.

Desse modo, entende a apelante que a majoração de alíquotas de ICMS, sob o fundamento da seletividade, em relação a um serviço essencial (telecomunicações), é inconstitucional, devendo ser aplicada a regra geral de tributação interna no Estado, tendo em vista a violação aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia, da razoabilidade e do não-confisco.

Argumenta que, por exemplo, "(...) O artigo 10, VII, da Lei nº 7.783/892, ao dispor sobre o exercício do direito de greve, estabeleceu de modo expresso que a energia elétrica e os serviços telecomunicações são essenciais, já que deles depende o exercício de diversas outras atividades (comerciais, industriais, etc.) e serviços." (f. 151), e que "(...) a incidência da alíquota de 29% na aquisição de serviços de telecomunicação, ao passo que a alíquota ordinária do imposto é de 17%, incidente, por exemplo, a brinquedos, CD´s e DVD´s, e de 25% sobre armas, munições, bebidas alcoólicas, cigarros e fumo." (f. 153)

Requer o provimento do recurso, para que a sentença seja reformada, declarando-se a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a apelante ao pagamento de alíquota majorada de ICMS (27% + 2%) sobre os serviços de telecomunicações, limitando-se a exação à alíquota geral ordinária (17%), bem como restituindo-se os valores pagos indevidamente.

Nas contrarrazões (f. 164-174), o Estado de Mato Grosso do Sul requer o improvimento da apelação, tendo em vista a faculdade do ente público quanto à adoção da seletividade, em razão da essencialidade dos serviços.

O processo foi levado à apreciação pela e. 3ª Câmara, mas, em razão da necessidade de decisão sobre a inconstitucionalidade de dispositivos de lei estadual, o julgamento foi suspenso, para a solução da Arguição respectiva.

O Órgão Especial, ao resolver a questão, entendeu que não havia inconstitucionalidade do inciso VI, do artigo 41, da Lei Estadual nº 1.810/1997 (f. 200-234, acórdão decidido por maioria), no que resultou no retorno da Apelação, para conclusão do julgamento.

É o relatório.

VOTO (EM 10/02/2021)

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

Segundo consta na sentença, a apelante ajuizou a presente demanda contra o Estado de Mato Grosso do Sul, sob as alegações de que *"(...) para o exercício de suas atividades, utiliza serviços de comunicação, cujo fornecimento é alcançado pela incidência de ICMS, à alíquota de 27% com adicional de 2%, enquanto a alíquota geral interna do Estado de MS é 17%."* e que *"**o réu se utilizou de critérios aleatórios para fixação da alíquota sobre os serviços de telecomunicação, em afronta aos princípios constitucionais da seletividade, capacidade contributiva, vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade**."* (f. 122)

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, defendeu, na contestação, que a fixação de alíquotas com base na seletividade e na essencialidade dos serviços prestados é uma faculdade prevista constitucionalmente, e não uma obrigação.

A sentença julgou improcedentes os pedidos, com base nos seguintes fundamentos:

> *"(...) De um minucioso estudo do conjunto probatório carreado ao bojo destes autos, resta evidente que a pretensão entabulada na peça exordial não merece prosperar, senão vejamos.*
>
> *O artigo 155, II, e §2º, III, da Constituição Federal dispõe que:*
>
> *Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*
>
> *[...]*

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

Depreende-se da interpretação dos preceitos estar facultada aos Estados a adoção da seletividade na cobrança o ICMS, que, caso aplicada, deverá observar o critério da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

No caso do Estado de Mato Grosso do Sul, o legislador optou por tributar os serviços de telecomunicação, fixando a alíquota de 29%, consoante se vê nas faturas que acompanharam a inicial.

A autora alega que o réu se utilizou de critérios aleatórios para fixação da alíquota sobre os serviços de telecomunicação, ou seja, de forma dissociada da essencialidade de outros bens e serviços, afrontando, assim, os princípios constitucionais da seletividade, capacidade contributiva, vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

Todavia, filio-me ao entendimento de que a análise da essencialidade a fim de atender à regra da seletividade tributária é competência conferida ao Poder Legislativo, não cabendo ao poder Judiciário exercer tal função, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Com efeito, franquear ao Poder Judiciário a aferição do grau de essencialidade de produtos e serviços para a aplicação do princípio da seletividade, atentaria obliquamente contra o princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, se o legislador estadual optou pela adoção do princípio da seletividade em função da essencialidade do serviço de telecomunicação, fixando a alíquota de 29%, a fim de promover o equilíbrio econômicosocial-político-governamental, não há falar em violação a Carta Magna, ainda mais quando esta autoriza que se adote tal posição.

Portanto, não há razão para reduzir a alíquota ao patamar pretendido pela autora, nem há que se falar em repetição de indébito.

Diante do exposto e tudo mais que dos autos consta, julgo improcedente os pedidos formulados nesta Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito Tributário proposta por L. A. S/A em desfavor do ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

Pela sucumbência, condeno a autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §3º, I e §4º, III, do Código de Processo Civil."

Em que pese a argumentação da apelante quanto à existência, à época da interposição do recurso, de repercussão geral no STF (Tema 745, RE nº 714.139, verifica-se não houve ordem de suspensão dos processos no âmbito nacional.

Assim, há relevância na discussão da questão constitucional, referente à possibilidade de questionamento de legislação infraconstitucional estadual, que fixa alíquotas maiores para os serviços de telecomunicações, em 27% (+2%), considerado essencial, enquanto estabelece patamares menores para produtos e serviços menos relevantes para a população.

Todavia, no âmbito desse Tribunal de Justiça, o Órgão Especial, ao julgar o incidente de Arguição de Inconstitucionalidade dos artigos 41, VI, e 41-A, II, do Código Tributário Estadual, entendeu por bem que referidos dispositivos legais são constitucionais, consoante se observa pelo teor da respectiva ementa (f. 200-234)

"EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO - DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS E ALÍQUOTA ADICIONAL DESTINADA AO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA - (27% + 2%) - PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – ESSENCIALIDADE – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – ALÍQUOTA VARIÁVEL SUPERIOR AO DA REGRA GERAL DE TRIBUTAÇÃO (17%) - ARTIGO 155, § 2º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ARTIGOS 41, VI e 41-A, II, DA LEI ESTADUAL Nº 1.810/97 – DISCRICIONARIEDADE DO ENTE PÚBLICO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – LEGISLADOR POSITIVO - INCIDENTE EM PARTE NÃO CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA, REJEITADO.

É desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário quando há julgamento da questão constitucional debatida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao poder discricionário do Chefe do Executivo Estadual no âmbito da competência tributária para aferir a calibragem das alíquotas do ICMS por vedação do princípio da separação dos poderes e no regime de distribuição de competências tributárias previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, CF).

Na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário ampliar os limites previstos em lei para estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas legalmente, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo."

Como o pedido principal da apelante – inexistência de relação jurídico-tributária relacionada à aplicação de alíquota majorada de ICMS sobre serviços de telecomunicações – depende do acolhimento do pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade (*incidenter tantum*) dos artigos 41, VI, e 41-A, II, do Código Tributário Estadual, não há muito o que argumentar, senão dizer que o recurso não pode ser provido.

Isso porque, uma vez reconhecida a constitucionalidade dos artigos 41, VI, e 41-A, II, do Código Tributário Estadual, a cobrança do ICMS sobre serviços de telecomunicações, do modo como está sendo feita, é também legal, de modo que a contribuinte não pode furtar-se a cumprir sua obrigação tributária.

Em face do exposto, **nego provimento** ao recurso interposto pelas **L. A. S/A.**

Majoro os honorários de 10% para 12%, sobre o valor da causa, com fundamento no art. 85, §11, do CPC, levando-se em conta que a importância da demanda e a duração do processo não são suficientes para superar, em muito valor, a simplicidade instrutória e a ausência de complexidade do feito.

conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (des. dorival renato pavan), após o relator negar provimento ao recurso. o 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 24/02/2021)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (1º Vogal)

I.

Na sessão do dia 10/02/2021, pedi vista para analisar mais detidamente os autos, após o ilustre Relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, negar provimento ao recurso de apelação interposto L. A. S/A., mantendo a sentença proferida pelo douto juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Campo Grande, MS, Dr. Zidiel Infantino Coutinho, que julgou improcedente o pedido formulado na ação declaratória c/c repetição de indébito tributário que a apelante move em face do ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

O recorrente ingressou com essa ação alegando que para a consecução de suas atividades utiliza dos serviços de telecomunicações, sujeitos portanto ao ICMS nos moldes do art. 155, inciso II, da Constituição Federal. Afirmou, entretanto, que o Estado do Mato Grosso do Sul, através da Lei 1.810/97, estabeleceu alíquota de 27% sobre tais serviços (art. 41, VI).

Afirma ainda que de acordo com o disposto no artigo 41-A, § 1º, da Lei 1.810/97, as citadas alíquotas sofrem o acréscimo de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOMP), instituído pela Lei nº 3.337/2006.

Aduz que o serviço de telecomunicações representa serviço essencial para a sociedade em geral, de modo que a alíquota de ICMS a ser aplicada *in casu* deve estar em harmonia com o Princípio da Seletividade/ Essencialidade, insculpido no art. 155, §2º, III, da CF/88.

Em razão disso ingressou com a ação em comento, requerendo seja fixada a alíquota de 17% para os serviços de telecomunicação.

O douto juiz *a quo* julgou improcedente o pedido, sob o fundamento que a análise da essencialidade é competência conferida ao Poder Legislativo, não cabendo ao Judiciário exercer tal função, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

O autor, então, interpôs o presente recurso, alegando, em síntese, que o STF reconheceu a repercussão geral sobre o tema da possibilidade de questionamento de alíquotas de ICMS, majoradas em razão do princípio da seletividade (RE 714.139), e aguarda julgamento definitivo, o que afasta a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes.

Sustenta que a majoração de alíquotas de ICMS, sob o fundamento da seletividade, em relação a um serviço essencial (telecomunicações), é inconstitucional, devendo ser aplicada a regra geral de tributação interna no Estado, tendo em vista a violação aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia, da razoabilidade e do não-confisco.

O I. Relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, suspendeu o julgamento do feito, entendendo que a procedência do pedido depende do reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos da lei estadual, por afronta ao art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal, em razão da tese de desrespeito ao critério da essencialidade, no exercício da seletividade da alíquota do ICMS no caso do serviço de comunicações (fls. 183/195).

Instaurado o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível (autos n. 0822347-59.2015.8.12.0001), foi proferido o seguinte acórdão, cujo voto foi proferido pelo eminente Des. Relator Julizar Barbosa Trindade, entendendo que os dispositivos legais estaduais são constitucionais, cuja ementa foi a seguinte:

> *EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO - DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS E ALÍQUOTA ADICIONAL DESTINADA AO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA - (27% + 2%) - PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – ESSENCIALIDADE – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – ALÍQUOTA VARIÁVEL SUPERIOR AO DA REGRA GERAL DE TRIBUTAÇÃO (17%) - ARTIGO 155, § 2º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ARTIGOS 41, VI e 41-A, II, DA LEI ESTADUAL Nº 1.810/97 – DISCRICIONARIEDADE DO ENTE PÚBLICO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – LEGISLADOR POSITIVO - INCIDENTE EM PARTE NÃO CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA, REJEITADO.*
>
> *É desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário quando há julgamento da questão constitucional debatida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao poder discricionário do Chefe do Executivo Estadual no âmbito da competência tributária para aferir acalibragem das alíquotas do*

ICMS por vedação do princípio da separação dos poderes e no regime de distribuição de competências tributárias previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, CF).

Na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário ampliar os limites previstos em lei para estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas legalmente, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo.

Naquela ocasião, proferi voto divergente, porém, prevaleceu o voto do I. Relator, conforme a ementa supratranscrita.

Resolvido o incidente, os autos retornaram para julgamento da apelação, tendo o I. Relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, negado provimento ao recurso, sob o fundamento de que o pedido de inexistência de relação jurídico-tributária relacionada à aplicação de alíquota majorada de ICMS sobre serviços de telecomunicações depende do acolhimento do pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade (*incidenter tantum*) dos artigos 41, VI, e 41-A, II, do Código Tributário Estadual, o que atrai o desprovimento do recurso.

Pedi vista dos autos e, pedindo vênia ao eminente Relator, estou **dando parcial provimento ao recurso.**

II.

Consta do pedido inicial formulado pela autora:

Ante o exposto, a Autora (em nome de todos os seus estabelecimentos situados no Estado do Mato Grosso do Sul), com base nos argumentos acima formulados, requer a V. Exa:

a) a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para, querendo, contestar a presente ação, no prazo legal;

b) seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a Autora ao recolhimento do ICMS com alíquota majorada (27% + 2%) na aquisição dos serviços telecomunicação, com o reconhecimento do seu direito de pagar tais exações pela alíquota interna ordinária de 17%, determinando-se às concessionárias/permissionárias de serviços públicos (que se submetem à sujeição passiva do imposto na condição de prestadoras de serviços de telecomunicação) que observem a alíquota de 17% a título de ICMS na formação do preço final de seus serviços e produtos consumidos pela Autora, e;

b.1) reconhecido o direito na forma do item "b." supra, sejam oficiadas as concessionárias dos serviços públicos para que, em cumprimento à determinação judicial, passem a aplicar a alíquota geral ordinária de 17% (dezessete por cento) de ICMS, nas respectivas faturas vincendas de serviços de telecomunicação;

c) condenar o Réu a restituir à Autora os valores indevidamente recolhidos a este título desde os 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento desta ação, os quais deverão ser aferidos em fase de liquidação de sentença, reconhecendo o seu direito de, após o trânsito em julgado, recuperar os valores indevidamente recolhidos via restituição por Precatório/RPV Judicial ou restituição/compensação na via administrativa, à sua opção (Súmula 461/STJ), com juros de mora e devidamente corrigidos pelos mesmos critérios adotados pelo Estado do Mato Grosso do Sul sobre os débitos tributários estaduais pagos com atraso.

A r. Sentença assim decidiu (fls. 122/127):

Diante do exposto e tudo mais que dos autos consta, julgo improcedente os pedidos formulados nesta Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito Tributário proposta por L. A. S/A. em desfavor do ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

Pela sucumbência, condeno a autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §3º, I e §4º, III, do Código de Processo Civil.

Sem reexame necessário por ausência de condenação da Fazenda Pública, nos termos do artigo 496, caput do CPC.

Declaro extinta a presente fase processual, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com as anotações de estilo".

III.

Primeiramente, destaco que a decisão aqui a ser lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, faz uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal e da legislação em exame em diálogo institucional, ou seja, respeitando a Separação de Poderes, inserta tanto no artigo 2º como no artigo 150, § 6º[1], da Constituição Federal; primeiro, porque **não se trata** de isenção ou subsídio, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, mas de aferição analítica e ponderada do critério da seletividade incidente sobre determinado serviço e, por consequência, a razoabilidade da alíquota adotada em detrimento daquelas já estipuladas no mesmo diploma regulador.

Essa aferição da razoabilidade analítica **em matéria tributária** há muito vem sendo adotada pelos órgãos superiores, uma vez que diante de lacuna, **é admitida integração da legislação pelo poder judiciário,** sendo certo que a alíquota genérica já havia sido estabelecida pelo poder legislativo.

Extrai-se a intelecção sopesada acima inclusive em julgados em sede de reperesentativo de controvérsia que conferem margem muito maiores para interpretação, a teor das conclusões abaixo sopesadas:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015). 1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN 247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, efetivamente desrespeita o comando contido no art. 3o., II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo.

*2. **O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.***

3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução

1 Art. 150 da CF: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g."

dos créditos relativos a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.

*4. **Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses:** (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) **o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de terminado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.***

*(STJ, REsp 1221170/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, **julgado em 22/02/2018**, DJe 24/04/2018) (g.n.)*

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

*- **Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.***

- O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica.

*Recurso especial improvido. **Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.***

*(STJ, REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, **julgado em 08/08/2012**, DJe 14/08/2012) (g.n.)*

*Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ICMS. CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. AQUISIÇÃO NÃO PRESENCIAL. COBRANÇA PELO ESTADO DE DESTINO. 1. Ação direta de inconstitucionalidade em que se discute a possibilidade de o Estado de destino cobrar ICMS nos casos em que a mercadoria é adquirida de forma não presencial em outra unidade federativa por consumidor final não contribuinte do imposto. 2. No julgamento da ADI 4.628, Rel. Min. Luiz Fux, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade do Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ, **firmou a orientação no sentido de que ofende a Constituição o estabelecimento da diferença de alíquotas do ICMS em favor do Estado destinatário na hipótese de venda direta ao consumidor final não contribuinte do imposto**. 3. Nas recentes ADIs 4596 e 4712, Rel. Min. Dias Toffoli, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência, ressaltando que a "pretexto de corrigir desequilíbrio econômico, os entes federados não podem utilizar sua competência legislativa concorrente ou privativa para retaliar outros entes federados". 4. Considerando a concessão de medida cautelar ex tunc nesta ação dias após a entrada em vigor da lei, a norma impugnada não teve a oportunidade de produzir efeitos, razão pela qual não se mostra necessária a modulação de efeitos desta decisão. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Fixação da seguinte tese: "É inconstitucional lei estadual anterior à EC nº 87/2015 que estabeleça a cobrança de ICMS pelo Estado de destino nas operações interestaduais de venda de mercadoria ou bem realizadas de forma não presencial a consumidor final não contribuinte do imposto". (STF, ADI 4705, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, **julgado em***

***03/10/2019**, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 24-10-2019 PUBLIC 25-10-2019) (g.n.)*

Como se não bastasse as questões dirimidas nos julgados acima que atestam o afastamento da aventada tese como óbice à pretendida apreciação, o próprio Supremo Tribunal Federal já elencou como repercussão geral a matéria ora em apreço:

> *IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.* ***Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior*** *ao estabelecido para as operações em geral – 17%. (STF, RE 714139 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 12/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014)*

O ministro relator Marco Aurélio dispôs no voto condutor:

> *(...)*
>
> *“*
>
> *2. O quadro é passível de repetir-se em inúmeros processos considerada a prática de alíquotas diferenciadas quanto a energia elétrica e serviços de comunicação.* ***Cumpre ao Supremo definir a espécie, sobretudo o alcance do disposto no artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, a prever que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.***
>
> *3. Admito configurada a repercussão geral.*
>
> *4. Insiram a matéria no denominado Plenário Virtual.*
>
> *5. Ao Gabinete, para acompanhar a tramitação do incidente e, uma vez admitida a repercussão, a remessa do processo à Procuradoria Geral da República .*
>
> *6. Publiquem.”* (g.n.)

Não foi, assim, elencado o impeditivo da Separação dos Poderes que desde logo esbarraria análise mais aprofundada da matéria, ainda mais no âmbito da repercussão geral, bem como não foram suspensos os feitos em andamento, o que também autoriza o prosseguimento da presente análise.

IV.

Estancado o ponto acima suscitado, cumpre examinar o dispositivo legal estadual alegadamente em confronto com o artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal. Por oportuno, a redação do artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997:

> *“Art. 41.* ***As alíquotas do ICMS ficam fixadas em****:*
>
> *I - doze por cento, nas seguintes hipóteses:*
>
> *a) nas operações e nas prestações interestaduais, destinadas a contribuinte ou não do imposto, ressalvadas as operações com bens e mercadorias importados do exterior de que trata o inciso VII do caput deste artigo;*
>
> *b) nas operações internas com óleo diesel; (Inciso I alterado pela Lei n. 5.205, de 5.6.2018 – DOMS, de 6.6.2018.)*
>
> *II - Revogado pelo art. 4º da Lei n. 3.477, de 2007.*

III - <u>dezessete por cento, nas seguintes hipóteses:</u>

<u>a) operações internas e nas de importações, ressalvadas aquelas para as quais estejam previstas alíquotas específicas</u>; (alterada pelo art. 1º da Lei n. 3.477, de 2007.)

b) prestações internas de serviços de transporte ou nas iniciadas ou prestadas no exterior;

c) operações internas com energia elétrica destinada:

1. a comerciantes, industriais e produtores;

2. a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts. hora (kWh);

3. à iluminação pública e aos poderes e aos serviços públicos;

d) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por:

1. comerciantes, industriais e produtores;

2. consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts. hora (kWh);

3. órgãos ou empresas encarregados da iluminação pública ou da execução dos serviços públicos;

4. poderes públicos;

e) aquisições em outra unidade da Federação de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados a comercialização ou industrialização, exceto a gasolina automotiva;

IV - vinte por cento, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas com energia elétrica destinada a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de 201 a quinhentos quilowatts.hora (kWh);

b) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de 201 a quinhentos quilowatts.hora (kWh);

*c) operações internas e de importação de cosméticos, perfumes e refrigerantes; (acrescentada pela Lei n. 4.751, de 2015.) (*efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.)*

d) operações internas e de importação de álcool carburante; (acrescentada pelo art. 2º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019.) (efeitos após decorridos noventa dias da data da publicação.)*

V - 25%, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas e de importação com:

*1. armas, suas partes, peças e acessórios e munições; (alterado pela Lei n. 4.751, de 2015.) (*efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.)*

2. artigos de pirotecnia classificados na subposição 3604.10 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH);

3. artigos para jogos de salão, classificados na posição 9504 da NBM/SH, exceto os do código 9504.90.0400;

4. asas-delta, balões e dirigíveis classificados nos códigos 8801.10.0200 e 8801.90.0100 da NBM/SH;

5. embarcações de esporte e de recreio classificadas na posição 8903 da NBM/SH;

b) operações internas com energia elétrica destinada a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja acima de quinhentos quilowatts.hora (kWh);

*c) revogada pelo art. 7º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019. (*Efeitos a partir de noventa dias da data de publicação.)*

*d) revogada pelo art. 7º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019. (*Efeitos a partir de noventa dias da data de publicação.)*

e) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por consumidores residenciais cujo consumo mensal seja acima de quinhentos quilowatts.hora (kWh);

f) prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior.

f) Revogada pelo art. 4º da Lei n. 2.596, de 2002.

***VI - vinte e sete por cento nas prestações internas de serviços de comunicação** ou nas iniciadas ou prestadas no exterior. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 2.596, de 2002.)*

VII - quatro por cento, nas operações interestaduais, destinadas a contribuinte ou não do imposto, com bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembaraço aduaneiro: (alterado pelo art. 1º da Lei n. 4.743, de 2015.)

a) não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

b) ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40% (quarenta por cento). (Inciso VII acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 4.286, de 2012.)

VIII - vinte e oito por cento nas operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo, cigarros e demais produtos derivados do fumo, sendo que deste total:

a) vinte e sete por cento será destinado ao Tesouro do Estado;

b) um por cento será destinado ao Fundo de Investimentos Sociais (FIS), para a celebração de termos de colaboração, termos de fomento ou acordos de cooperação com organizações da sociedade civil que atuem no atendimento, prevenção e na recuperação de dependentes de álcool e de outras drogas, ou que atendam pessoas com deficiência ou idosos abrigados em longa permanência, bem como as instituições de acolhimento institucional que ofereçam acolhimento provisório para crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva (ECA artigo 101, inciso VII), sendo que desse total 1/3 (um terço) será destinado à área de saúde, e 2/3 (dois terços) à área de assistência social, devendo ser aplicados nos termos dos artigos 29 e 30 da Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014. (Alterada pela Lei nº 4.960, de 19.12.2016 – DOMS, de 21.12.2016.)

IX - trinta por cento, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas ou de importação de gasolina automotiva;

b) aquisições em outra unidade da Federação de gasolina automotiva não destinada a comercialização ou a industrialização. (Inciso IX acrescentado pelo art. 2º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019.) (Efeitos a partir da data em que atendida a anterioridade tributária anual e a nonagesimal de que tratam as alíneas "b" e "c" do inciso III do art. 150 da Constituição Federal)*

§ 1º Nas aquisições, em licitação promovida pelo Poder Público, de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados, são aplicadas as alíquotas:

I - interna correspondente, nos casos em que o adquirente esteja estabelecido ou domiciliado neste Estado; (alterado pelo art. 1º da Lei n. 4.743, de 2015.)

II - interestadual, nos casos em que o adquirente esteja estabelecido ou domiciliado em outro Estado, observado o disposto no inciso VII do caput deste artigo. (Alterado pelo art. 1º da Lei n. 4.743, de 2015.) § 2º É aplicada a alíquota de dezessete por cento, nas importações ou nas aquisições no mercado local efetivadas pelas polícias civis e militares e por quaisquer órgãos da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios de armas, suas partes, peças e acessórios e munições.

§ 2º-A. Nas operações de exportação para o exterior de mercadorias e serviços de comunicação, sendo tributadas, a alíquota é de treze por cento. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 5.153, de 28.12.2017 – DOMS, de 29.12.2017.)

§ 3º Na devolução de mercadoria, ou bem importado, aplica-se a mesma alíquota utilizada na operação originária, ressalvado o caso em que a remessa se deu para simples armazenamento.

§ 4º Revogado pelo art. 4º da Lei n. 4.743, de 2015.

§ 5º A fim de atender ao processo de desenvolvimento do Estado, o Poder Executivo pode reduzir a alíquota de energia elétrica até o limite das operações interestaduais, mediante avaliação dos conselhos específicos, por prazo não superior a dez anos, aplicada a estabelecimentos produtores e industriais.

§ 6º O disposto no inciso VII do caput não se aplica: I - às operações com gás natural importado do exterior; II - aos bens e às mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional, definidos em lista editada pelo Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex); III - aos bens e às mercadorias comprovadamente produzidos em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam: a) o Decreto-Lei n. 288, de 28 de fevereiro de 1967, referente à Zona Franca de Manaus, com as alterações de que tratam as Leis Federais n. 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e n. 10.176, de 11 de janeiro de 2001; b) a Lei Federal n. 8.248, de 23 de outubro de 1991, que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, com as alterações de que trata a Lei Federal n. 10.176, de 2001; c) a Lei Federal n. 11.484, de 31 de maio de 2007, que dispõe sobre incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados. (§ 6º acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 4.286, de 2012.)

§ 7º Na hipótese do inciso VII do caput, aplicam-se as normas, os critérios, os procedimentos e as obrigações acessórias, inclusive de certificação do conteúdo de importação e de controle, aprovados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que devem ser reproduzidos, implementados e, se necessário, complementados no regulamento. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 4.286, de 2012.)" (g.n.)

Como se vê, a legislação estadual OPTOU por adotar a seletividade como critério para adoção de alíquotas diferenciadas, a teor do quanto oportunizado pelo artigo 155, § 2º, da Constituição Federal, que, por sua vez, fixa a diretriz:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

*§ 2º **O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:***

(...)

*III - **poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços**;" (g.n.)*

Infere-se, pois, que o princípio da *seletividade* importa em fixar *alíquotas* em patamares tão menores conforme for maior a essencialidade dos bens e serviços a serem tributados, observada a variedade de bens e serviços. O texto constitucional conferiu margem de discricionariedade ao legislador para conferir *seletividade* na incidência do ICMS.

Não se olvida, assim, a faculdade conferida ao legislador estadual a respeito da seletividade da alíquota em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço sobre o qual incide o ICMS, tal como dispõe de forma clara o inciso III do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, segundo o qual o ICMS "***poderá** ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços*".

Ocorre que é evidente que se o Estado opta pela aplicação da seletividade, o que era inicialmente uma faculdade passa a ser uma obrigação, não podendo o legislador, a seu bel prazer, **estabelecer alíquotas destituídas de relação com a essencialidade ou não do serviço.**

Acerca do tema, LEANDRO PAULSEN[2] de maneira profícua expõe:

"Autorização para a utilização da técnica da seletividade. Relativamente ao ICMS, a Constituição autoriza a seletividade. Já para o IPI, é imperativa, determinando que seja seletivo em função da essencialidade do produto, conforme se vê do art. 153, § 3°, I, da CF.

Adotada a seletividade, impõe-se a observância do critério de essencialidade.

*'... **A seletividade é facultativa para o ICMS, mas o critério desta, uma vez adotada, só pode ser o da essencialidade das mercadorias ou dos serviços sobre os quais esse imposto incide'**. (MACHADO, Hugo de Brito, O ICMS no Fornecimento de Energia Elétrica: Questões da Seletividade e da Demanda Contratada. RDDT 155, ago/08, p. 48)*

*Essencialidade da energia elétrica e da comunicação. Questionam-se a seletividade do ICMS sobre a energia elétrica **e sobre as comunicações**, pois reflete nas contas de energia e de telefone tanto das pessoas físicas como das pessoas jurídicas. **Efetivamente, trata-se de mercadoria e de serviço essenciais,** bastando ver que não se pode prescindir da energia para o funcionamento de qualquer residência ou estabelecimento empresarial. As necessidades mais básicas dependem de energia, como produzir luz, refrigerar alimentos, ligar um computador. A **essencialidade das comunicações, por sua vez, pode ser vislumbrada pelo número de aparelhos celulares ativos no país, que supera o número de habitantes. A alíquota de 25% aplicável nesses casos é altíssima, superior às alíquotas comuns de 17% ou 18% do ICMS aplicável sobre a circulação da generalidade das mercadorias, conforme o Estado, de modo que a seletividade mostra-se, sim, desrespeitada.** O TJRJ reconheceu o excesso de alíquota de 25%, determinando a aplicação da alíquota genérica de 18%." (g.n.)*

E RICARDO ALEXANDRE[3] agrega: *"**Caso o legislador estadual opte por adotar a seletividade, as alíquotas deverão ser fixadas de acordo com a essencialidade do produto**, sendo menores para os gêneros*

2 *in Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 16ª ed., Livraria do Advogado, 2014, p. 818-819.

3 *in Direito Tributário Esquematizado*, 9ª ed., Método, 2015, p. 566.

considerados essenciais e maiores para os supérfluos, de forma a gravar de maneira mais onerosa os bens consumidos principalmente pelas pessoas de maior capacidade contributiva, desonerando os bens essenciais, consumidos por pessoas integrantes de todas as classes sociais" (g.n.).

Dessome-se indubitável do consenso tributário que uma vez adotada a seletividade, esta concepção deve ser adotada para a fixação das alíquotas correlatas.

Cumpre, então, averiguar o critério da seletividade em função da essencialidade para se aferir a pertinência da diferenciação das alíquotas.

Esclarece com a clareza que lhe é peculiar HUGO DE BRITO MACHADO[4]: *"**Essencialidade é a qualidade daquilo que é essencial. E essencial, no sentindo em que se está aqui utilizando essa palavra, é o absolutamente necessário, o indispensável. Assim, muito fácil é concluirmos que o critério indicativo da essencialidade das mercadorias, para os fins da seletividade do ICMS, só pode ser o da necessidade ou indispensabilidade dessas mercadorias para as pessoas no contexto da vida atual em nosso País**. Mercadoria essencial é aquela que se faz inviável a subsistência das pessoas, nas comunidades e nas condições de vida atualmente conhecidas entre nós. Assim, não nos parece razoável colocar-se em dúvida a essencialidade da energia elétrica. A alíquota do ICMS incidente sobre o seu consumo não deve ser maior do que aquela geralmente aplicável para as demais mercadorias*".

Novamente invocando a explanação de LEANDRO PAULSEN[5]:

> *"**Seletividade em função da essencialidade do produto. Ser seletivo implica ter alíquotas diferenciadas** dependendo do produto (individualmente considerado) ou do tipo de produto (se alimentício, de higiene, têxtil etc), sendo que o critério para tal seletividade é dado pelo próprio contribuinte: o grau de essencialidade do produto. Trata-se de uma técnica de tributação que atende ao princípio da capacidade contributiva. RICARDO LOBO TORRES chega a referir-se a ela como um dos 'subprincípios da capacidade contributiva, a significar que o tributo deve incidir progressivamente na razão inversa da essencialidade dos produtos' (Curso de Direito Financeira e Tributário, 16ª ed. Renovar, 2009, p. 377). Certo é, em regra, que os produtos essenciais são consumidos por toda a população e que os produtos supérfluos são consumidos apenas por aqueles que, já tendo satisfeito suas necessidades essenciais, dispõem de recursos adicionais para tanto. A essencialidade do produto, pois, realmente constitui critério para diferenciação das alíquotas que acaba implicando homenagem ao princípio da capacidade contributiva."*(g.n.)

Segundo JOSÉ MAURÍCIO CONTI[6]: *"essa técnica de tributação consiste em se graduar as alíquotas de forma diferente segundo a essencialidade dos produtos, de modo que **o imposto seja proporcionalmente mais elevado quanto mais supérfluo for o produto tributado, e os produtos indispensáveis tenham pouca ou nenhuma tributação***" (g.n.).

Tanto por isso já decidido na Excelsa Corte:

> *Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DE SELETIVIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – **Não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, tem-se que a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais**.*

4 *in O ICMS no Fornecimento de Energia Elétrica: Questões da Seletividade e da Demanda Contratada*. RDDT 155, ago/08, p. 48.

5 *in op. cit.*, p. 660.

6 *in Sistema Constitucional Tributário/Interpretado pelos Tribunais*. Ed. Oliveira Mendes, 1997, p. 166.

> *II – No caso em exame,* ***o órgão especial do Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que fixou em 25% a alíquota sobre os serviços de energia elétrica e de telecomunicações –*** serviços essenciais – porque o legislador ordinário não teria observado os princípios da essencialidade e da seletividade, **haja vista que estipulou alíquotas menores para produtos supérfluos.**
>
> *III – Estabelecida essa premissa, somente a partir do reexame do método comparativo adotado e da interpretação da legislação ordinária, poder-se-ia chegar à conclusão em sentido contrário àquela adotada pelo Tribunal a quo.*
>
> *IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 634457 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, Acórdão Eletrônico Dje-157 Divulg 14-08-2014 Public 15-08-2014) (g.n.)*

Referido julgado manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, por meio de seu Órgão Especial, declarou a inconstitucionalidade do art. 14, VI, b, da Lei n. 2.657/1996, o qual possui a mesma redação do já julgado inconstitucional artigo 14, VI, item 2, do Decreto n. 27.427/2000, cuja ementa da Arguição de Inconstitucionalidade 2008.017.00021, de relatoria do Desembargador José Mota Filho:

> *"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 14, VI, 'B', DA LEI Nº 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 4.683/2005, QUE FIXA EM 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) A ALÍQUOTA MÁXIMA DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA. ANTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDE DO ART. 14, VI, ITEM 2 E VIII, ITEM 7, DO DECRETO ESTADUAL Nº 27.427/2000, REGULAMENTADOR DAQUELA LEI, NA ARGUIÇÃO Nº 27/2005 JULGADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA.* ***LEI IMPUGNADA QUE ADOTA IDÊNTICOS FUNDAMENTOS DO DECRETO, VIOLANDO OS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E DA ESSENCIALIDADE ASSEGURADOS NO ART. 155, § 2º, DA CARTA MAGNA DE 1988. PROCEDÊNCIA DA ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14, VI, 'B', DA LEI 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÃO UNÂNIME****." (g.n.)*

Em outro valoroso precedente, a Ministra Rosa Weber no julgamento do RE n. 607253 AgR, de sua relatoria junto a Primeira Turma da Suprema Corte, em 07/08/2012 precisamente acentuou: "*No caso, a alíquota do ICMS para prestação dos serviços ora mencionados não pode ser equiparada, por conta da essencialidade, às operações com refrigerantes, cigarro, charuto e similares, pois,* ***sendo o fornecimento de energia elétrica e o serviço de comunicação aspectos da dignidade humana, a seletividade constitui medida obrigatória. Assim, a incidência da alíquota de 25% em tais serviços é desarrazoada quando comparada, por exemplo, àqueles incidentes nos serviços de transporte e de distribuição e comercialização de alimentos (12%)****. (...)* ***De outra parte, não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, conforme a capacidade tributária do contribuinte, o posicionamento ora defendido visa proteger o princípio constitucional da seletividade, evitando, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes sem serviços essenciais***".

Seguindo a mesma linha de pensamento, a Procuradoria Geral da República, ao se manifestar no RE n. 714.139/SC, objeto de repercussão geral, igualmente observou no parecer lançado naquele feito em caso idêntico ao dos autos:

> *"O reconhecimento da obrigatoriedade de aplicação da seletividade por critério de comparação é desdobramento do princípio da igualdade tributária (CF, art. 150, II), na perspectiva dos impostos reais e indiretos. O seu paralelo, no contexto dos impostos pessoais, é a progressividade, que, na dicção do art. 145, § 1º, da Carta Constitucional, será adotada sempre que possível nos impostos, de modo a compatibilizá-los com a capacidade econômica do contribuinte. De mais a mais, ainda que fosse o caso de considerar-se facultativa a aplicação da seletividade ao ICMS, uma vez feita a opção do legislador estadual pelo princípio da seletividade, passará, por lógica, a ser obrigatória a utilização do critério de*

comparação em virtude da essencialidade dos bens e serviços. Os mais essenciais deverão ser submetidos a alíquotas menores do que as destinadas aos supérfluos. As alíquotas devem ser inversamente proporcionais à essencialidade, para impedir que sua definição seja permeada de subjetivismo. Ao tomar de empréstimo do IPI a seletividade para colocá-la também no contexto do ICMS, o constituinte introduziu nesta exação, antes eminentemente fiscal, o componente de extrafiscalidade presente no Imposto de Importação, Imposto de Exportação, IOF e IPI.

Tem o ICMS, na sua atual conformação constitucional, não só a função de arrecadar receitas para Estados e Distrito Federal, mas também de facilitar a circulação de mercadorias e a prestação de serviços essenciais, de um lado, e de desestimular a de supérfluos e produtos prejudiciais à saúde da população, de outro. Segundo o magistério de Roque Antônio Carraza[7]*, a seletividade do ICMS pode ser alcançada por mais de uma técnica, como é o caso da criação de alíquotas diferenciadas, da variação de bases de cálculo e da criação de incentivos fiscais. Contudo, é na esfera da variação de alíquotas que a seletividade se faz mais facilmente alcançável.*

E esse é o ponto em que a Lei estadual catarinense 10.297/1996 deixou de atender ao art. 155, § 2º, III, da Constituição e, por corolário, ao princípio da igualdade tributária. Segundo o inciso I de seu art. 19, a alíquota geral de incidência do ICMS no Estado de Santa Catarina, em operações e prestações internas e interestaduais, é de 17% (dezessete por cento). O legislador estadual, abraçando a seletividade, discriminou, no entanto, alíquota especial superior, no patamar de 25 % (vinte e cinco por cento), para operações com energia elétrica, produtos supérfluos, gasolina automotiva, álcool carburante e prestação de serviços de comunicação.

De outra parte, aplicou alíquota reduzida a 12% (doze por cento) a, entre outras mercadorias e serviços, operações com energia elétrica de consumo domiciliar até 150 kWh (cento e cinquenta quilowatts-hora) e as destinadas a produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500 kWh (quinhentos quilowatts-hora) mensais por produtor rural. Observa-se, de plano, a desproporcionalidade entre a alíquota geral e a aplicada à energia elétrica e aos serviços de comunicação. ***Esse contraste é ainda mais nítido quando se tem em mente que a mesma alíquota incidente sobre produtos supérfluos é destinada à energia e às telecomunicações, essenciais ao exercício da dignidade humana****.*

(...)

Por outro lado, ***ao tributar sobremaneira o consumidor comum de energia e serviços de telecomunicação, o legislador estadual criou fator de discrímen que malfere o direito do contribuinte à facilitação do acesso a esses produtos/serviços. O Poder Judiciário tem não apenas a competência, mas igualmente o dever de investigar a questão (CF, art. 5º, XXXV), de modo a afastar do cenário jurídico a lei inconciliável com a proteção constitucional ao contribuinte.***

Eliminada a regra especial que estipula alíquota majorada para energia elétrica e telecomunicações, tem-se que o ICMS de ambas cairá automaticamente na regra geral do Estado-membro (hoje sob alíquota de 17%).” (g.n.)

Ora, a essencialidade dos serviços de telecomunicações é tão evidente nos dias de hoje, estando salientada em outros diplomas legais federais muito antes da inclusão feita no código tributário estadual apenas em 2002, como bem apontado pelo eminente relator do feito originário, **Desembargador Claudionor Abss Duarte (**f. 193):

“Todavia, a prestação de serviços de comunicação, mesmo em ambiente empresarial, como é o caso dos autos, não tem nada de supérfluo, pois é parte essencial da logística de qualquer empreendimento. Inclusive é curioso que a alíquota para armas é de 25%, enquanto

7 CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 460-461.

que para serviços de telecomunicações é de 27%, mesmo que não haja dúvida de que aquisição de armas é menos essencial do que a comunicação.

Em outras oportunidades, tive a oportunidade de manifestar o entendimento de que os serviços de telecomunicações são essenciais, conforme algumas lei buscaram assim explicitar, a título meramente exemplificativo, senão veja-se:

1) Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), editada na esteira das disposições constitucionais, reforça a importância e a essencialidade desses serviços ao prever, em seus arts. 2º e 5º, que o Poder Público tem o dever de garantir a toda a população o acesso aos serviços de telecomunicação, o qual deve observar os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço.

2) Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve) que, por reconhecer expressamente que os serviços de telecomunicação são essenciais, impõe que os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, sob pena de caracterização de abuso do direito de greve, que ***em seu art. 10, inciso VII, dispõe: "são considerados serviços ou atividades essenciais: (...) VII - telecomunicações****";*

3) O próprio Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.0787/90, que em seu art. 22, estabelece a obrigatoriedade e continuidade das concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, exploram serviços públicos, o fornecimento de "serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". (g.n.)

Discutir a essencialidade dos serviços de comunicação, hoje, beira a obviedade de dizer que quem tem fome precisa comer. Nenhum outro serviço é implementado sem antes se utilizar da comunicação. Os produtos são adquiridos e comercializados mediante a expedição de notas fiscais atreladas aos sistemas de controle municipal e estadual de receita; os pagamentos de um empregado doméstico dependem de lançamento no sistema federal *e-social*, os atendimentos médicos em postos de saúde e consultórios particulares são registrados ou intermediados por sistemas de comunicação; os processos judiciais dependem para serem peticionados e movimentados por advogados em sua esmagadora maioria de serviços de internet, bem como as decisões emanadas e proferidas, o lazer da sociedade atual reside igualmente nesse tipo de prestação, bastando aferir o número de telefones celulares *per capita* no país que supera a população em si[8], enfim seria uma relação demasiadamente extensa para se alongar para constatar o óbvio: não se vive mais na sociedade contemporânea sem serviços de comunicação, de modo que a essencialidade é a própria natureza desse tipo de serviço.

Convém ressaltar a essencialidade dos serviços de comunicação sobremaneira exacerbada nesse período de enfrentamento à pandemia do coronavírus, que se não fosse a prestação em caráter fundamental, não se teria compras das mais diversas espécies por aplicativo e *sites*, aulas *on line* em substituição às escolas fechadas, consultas médicas via atendimento eletrônico, **inclusive essa sessão de julgamento por videoconferência,** instaurada para atender às demandas do Judiciário e com ampla participação de todos os envolvidos no processo, até mesmo com sustentação oral dos advogados, mantendo a devida prestação jurisdicional em dia.

Sob qualquer ótica que se analise a questão, não se escapa da essencialidade que deve pautar a fixação das alíquotas do ICMS para os serviços de comunicação em atenção ao Princípio da Seletividade expressamente adotado pelo Estado de Mato Grosso do Sul na regulação tributária, ademais se equiparar com armas, artigos de pirotecnia, artigos de jogos de salão, asas-delta, balões e dirigíveis, embarcações de esporte e recreio, já que todos são tributados a alíquota de 25%, sendo, portanto, evidente a não observância ao Princípio da Seletividade, d**a Proporcionalidade e da Razoabilidade.**

8 Disponível em: https://link.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-ja-tem-mais-de-um-smartphone-ativo-por-habitante-diz-estudo-da-fgv,70002275238

Revela-se, portanto, a alíquota de 27% sobre o serviço de comunicação contrária com a intenção do constituinte, que previu a seletividade com o fito óbvio de que a **alíquota fosse inversamente proporcional à essencialidade do serviço,** ou seja, quanto mais essencial for o serviço ou a mercadoria, **menor deverá ser a alíquota sobre ele incidente** e, quanto menos essencial ou mais supérfluo for a mercadoria ou o serviço, maior a alíquota incidente, autorizando a adoção da alíquota genérica de 17% prevista no artigo 41, III, "a", da Lei Estadual n. 1.810/1997 ante a patente a inconstitucionalidade do inciso VI do mesmo dispositivo.

Corrobora o raciocínio sopesado acima o bem lançado parecer ministerial de lavra do eminente Procurador Geral de Justiça Humberto de Matos Brittes (f. 155-163 dos autos em apenso):

> *"Analisando-se detidamente os autos, verifica-se presente a inconstitucionalidade suscitada, devendo o presente incidente ser julgado procedente.*
>
> *É cediço que o princípio da seletividade disposto no art. 155, §2º, III, da CF está endereçado ao poder legislativo, consagrando uma faculdade a este de realizar a seletividade em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.*
>
> *Acerca do assunto, a doutrina consagra:*
>
> *Trata-se de um Princípio orientador e não impositivo, quanto ao ICMS. Pauta-se pela estipulação de alíquotas diferenciadas para certos produtos e/ou serviços, para mais ou para menos, com base na seletividade, em função da essencialidade. A seletividade decorre da conceituação do que é mais essencial ou do que é menos essencial ou supérfluo, visando-se à minimização da carga tributária daquilo que é mais essencial e maior onerosidade do que é dispensável. 1*
>
> *O ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Não se pode, porém, entender que, aplicada ao ICMS, a seletividade seja um princípio, porque se trata apenas de simples faculdade. No caso do IPI temos um princípio, porque se trata de vetor que dá ao imposto uma diretiva fundamental.*
>
> *Tudo o que ali se disse se aplicará à seletividade do ICMS, sendo adotada.*
>
> *De fato, diferentemente do estabelecido para o IPI, onde a seletividade é obrigatória (art. 153, IV, §3º, I,), a Constituição Federal deixou a cargo do Poder Legislativo Estadual regulamentar o ICMS em suas peculiaridades, de modo que a ele compete facultativamente estabelecer alíquotas diferenciadas conforme a essencialidade do serviço e ou da mercadoria.*
>
> *No caso presente, contudo, o legislador estadual optou por estabelecer alíquotas diferenciadas levando-se em conta a essencialidade do serviço ou da mercadoria, de modo que, em se fazendo essa opção, deveria fazê-lo em compatibilidade com os preceitos estabelecidos no art. 150, II, da Constituição, que assim dispõe:*
>
> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *[...] II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;*
>
> *Em verdade, é desdobramento do princípio da igualdade tributária (CF, art. 150, II) o reconhecimento da aplicação da seletividade por critério de comparação, na perspectiva dos impostos reais e indiretos.*
>
> *No contexto dos impostos pessoais, o seu correspondente seria a progressividade, que, nos termos do art. 145, § 1º, da Constituição Federal, deve ser adotada sempre que possível nos impostos, de modo a compatibilizá-los com a capacidade econômica do contribuinte.*

Desse modo, uma vez feita a opção do legislador estadual pelo princípio da seletividade, entende-se que passa a ser obrigatória a utilização do critério de comparação em virtude da essencialidade dos bens e serviços, de forma que os mais essenciais devem ser submetidos a alíquotas menores se comparados àqueles destinados aos supérfluos. Portanto, as alíquotas devem ser inversamente proporcionais à essencialidade, para impedir que sua definição seja permeada de subjetivismo.

No caso, o constituinte introduziu o caráter da extrafiscalidade, como ocorre no caso do Imposto de Importação, Exportação, IPI e IOF, de modo que tal exação não possui apenas a função de arrecadar receitas para os Estados e DF, mas também visa facilitar a circulação de mercadorias e a prestação de serviços tidos por essenciais, desestimulando, por outro lado, aqueles supérfluos e/ou prejudiciais à saúde da população.

Nesse passo, verifica-se que o dispositivo estadual impugnado deixou de atender ao disposto no art. 155, §2º, III, da CF, violando o princípio da igualdade tributária.

Nos termos do inciso I do art. 41, a alíquota de incidência do ICMS no Estado de Mato Grosso do Sul, em operações e prestações interestaduais, ressalvadas as operações com bens e mercadorias importadas do exterior de que trata o inciso VII do caput do artigo, e em operações internas com óleo diesel é de 12 % (doze por cento).

Em geral, nas operações internas e nas de importações, nas prestações internas de serviços de transporte ou nas iniciadas e prestadas no exterior, e nas produtores; a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts. hora (kWh); à iluminação pública e aos poderes e aos serviços públicos; a alíquota foi fixada em 17% (dezessete por cento), nos termos do inciso II, do mesmo artigo.

Ainda em razão da seletividade, o legislador estadual discriminou alíquota especial superior, no patamar de 25 % (vinte e cinco por cento), para operações com armas, suas partes, peças e acessórios e munições; artigos de pirotecnia; artigospara jogos de salão; asas-delta, balões e dirigíveis; embarcações de esporte e de recreio.

*N**o questionado inciso VI, a alíquota de 27% (vinte e sete por cento) nas prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior ficou bem próxima àquela estabelecida nas operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo, cigarros e demais produtos derivados do fumo (28% - inciso VIII do art. 41).***

Verifica-se, portanto, que, de uma maneira geral, o Estado cumpriu bem o critério da seletividade, em razão da natureza essencial dos produtos e dos serviços, como exemplo, no fornecimento de energia elétrica, para quem consome mais do que a média e sem qualquer justificativa de produção, arcará com alíquotas maiores, do mesmo modo que na aquisição de produtos supérfluos, tais como armas, cigarros, joias, perfumes, etc., onde também se estipulou alíquotas maiores do que a de 17%.

*T**odavia, a desproporcionalidade entre a alíquota geral aplicada e àquela incidente sobre os serviços de comunicação é evidente, próxima a estabelecida para produtos supérfluos e prejudiciais à saúde como é o caso das operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo e cigarro**s.*

***É certo que a prestação de serviços de comunicação, mesmo em ambiente empresarial, como é o caso, é essencial para a logística de qualquer empreendimento.** Nesse passo, é desarrazoado e desproporcional que a alíquota para armas seja de 25%, enquanto que para serviços de telecomunicações esteja no patamar superior de 27%.*

(...)

Fato é que ao tributar sobremaneira os serviços de telecomunicação, se comparada à alíquota ordinária do imposto, e, ainda, àquela incidente sobre produtos e serviços considerados supérfluos, o legislador acaba por criar fator de discrímen que malfere o direito

do contribuinte à facilitação do acesso a esse serviço, em afronta os princípios constitucionais da seletividade, capacidade contributiva, vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

Em sendo assim, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, de modo que não há que se falar em usurpação de competência do legislativo, mas de se garantir a proteção constitucional ao contribuinte.

(...)

Em relação aos efeitos resultantes da presente declaração incidental, tendo em vista os graves reflexos econômicos e sociais que podem advir de tal declaração, manifesta-se este órgão ministerial pela modulação dos efeitos pro futuro, afim de que o Estado possa adaptar toda a sua legislação em face do princípio da seletividade e estabelecer novas previsões orçamentárias, recalculando suas receitas e se evitando um desequilíbrio nas contas estatais.

Por todo o exposto, o Ministério Público Estadual, por seu Procurador-Geral de Justiça em Exercício, manifesta-se pela procedência do presente Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 41, inciso VI, e art. 41-A, II, da Lei Estadual n. 1.910/97, com modulação dos efeitos da decisão pro futuro."

Por todo o exposto, conclui-se que o alto grau de essencialidade dos serviços de comunicação evidenciam a inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997 ao prever a tributação do ICMS mediante alíquota majorada de 27% em manifesta violação ao Princípio da Seletividade, previsto no artigo 155, § 2°, III, da Constituição Federal, devendo a lacuna da reconhecida inconstitucionalidade ser suprimida pelo inciso III, "a", do mesmo artigo (artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997) com a adoção do percentual de 17%.

V.

Ressalto, em um primeiro momento, que por força do art. 927, V, do Código de Processo Civil, o qual estabelece que os juízes e tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial a que tiverem vinculados, apesar de divergir do entendimento do I. Desembargador Relator, seria caso de acompanhar o voto e negar provimento ao recurso de apelação.

Contudo, compulsando os autos do RE 714.139/SC, que reconheceu a repercussão geral acerca da matéria, verifico que foi iniciado recentemente o julgamento, em fevereiro de 2021, e que apesar de não ter se encerrado, sinaliza o reconhecimento da inconstitucionalidade das alíquotas de ICMS acima de 17% para os serviços de telecomunicações, em razão de sua essencialidade.

Nesse sentido, segue o resumo do julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal até o presente momento:

Decisão: *Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que dava parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, e* ***fixava a seguinte tese (tema 745 da repercussão geral): "Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços"****; e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que divergia do Relator para dar parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, aplicando-se a mesma alíquota do ICMS adotada pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral (art. 19,*

*I, da Lei 10.297/1996), propondo a fixação das seguintes teses: "**I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva. II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem. III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS"**, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pela recorrente, o Dr. Leandro Daumas Passos; pelo recorrido, o Dr. Alisson de Bom de Souza, Procurador do Estado de Santa Catarina; pelo interessado Estado do Rio Grande do Sul, a Dra. Fernanda Figueira Tonetto Braga, Procuradora do Estado; e, pelo interessado Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – SINDITELEBRASIL, o Dr. Luiz Roberto Peroba Barbosa. Plenário, Sessão Virtual de 5.2.2021 a 12.2.2021.*

Veja-se que, até o momento, h**ouve o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, e voto parcialmente divergente do Ministro Alexandre de Moraes, sendo que ambos entenderam que a alíquota de ICMS para serviços de telecomunicações não deve ser superior ao das operações em geral, considerada sua essencialidade.**

Por conseguinte, ainda que não ultimado o julgamento perante o STF, é de se ver que a tese defendida pelo Estado pode ser objeto de alteração, com esvaziamento, também, da própria decisão oriunda do Colendo Órgão Especial deste Tribunal, em que manifestei voto contrário, exatamente nos termos aqui propugnados, pelo que delibero, respeitosamente, manter essa minha orientação e divergir do e. Relator. Já há clara sinalização do Supremo Tribunal Federal em tal sentido, pelo que deixo de aplicar a regra do artigo 927, V, do CPC.

VI.

Não se descura diante da conclusão adotada dos graves reflexos econômicos e sociais que a declaração de inconstitucionalidade do preceito legal estadual frente ao artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal acarretará acaso não lhe sejam modulados os efeitos.

É patente o risco à segurança jurídica no caso subjacente, sobretudo em razão do excepcional interesse social na continuidade das prestações sociais de cunho estadual e no adimplemento geral dos compromissos assumidos pelo ente federado com base em seu orçamento.

Incide, pois, independentemente da formulação de pedido pelo Estado de Mato Grosso do Sul, o preceito do artigo 27[9] da Lei n. 9.868/1999, para que sejam estabelecidos *pro futuro* os efeitos da inconstitucionalidade reconhecida, a teor do quanto já possibilitado pelo Supremo Tribunal Federal em casos análogos, *v.g.*, RE n. 658026, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, REPERCUSSÃO GERAL.

Como se viu da inicial, a autora pleiteou que o Estado de Mato Grosso do Sul fosse condenado a "r*estituir à Autora os valores indevidamente recolhidos a este título desde os 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento desta ação, os quais deverão ser aferidos em fase de liquidação de sentença, reconhecendo o seu direito de, após o trânsito em julgado, recuperar os valores indevidamente recolhidos via restituição por Precatório/RPV Judicial ou restituição/compensação na via administrativa, à sua opção (Súmula 461/STJ), com juros de mora e devidamente corrigidos pelos mesmos critérios adotados pelo Estado do Mato Grosso do Sul sobre os débitos tributários estaduais pagos com atraso".*

Citado, o Estado, com fundamento nos artigos 165 e 168, I do CTN, a improcedência do pedido de repetição de indébito constante da inicial, salientando que o direito de pleitear a repetição do indébito

9 Art. 27 da Lei n. 9.868/1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

prescreveu há 5 anos a contar de cada pagamento realizado pela concessionária ao Estado de Mato Grosso do Sul, sendo indevido o pedido de repetição tal como previsto na petição inicial" (fls. 94).

O pedido da apelante foi reformulado em sede de apelação e nas contrarrazões o Estado de Mato Grosso do Sul não refutou expressamente essa pretensão.

A modulação dos efeitos do acórdão diz respeito às ações diretas de inconstitucionalidade, o que não é o caso presente, em que se trata de ação declaratória de inexistência jurídica e de repetição de indébito.

Todavia, dentro da ótica de se encontra o modo *menos gravoso* para solucionar o problema da repetição do indébito, entendo que – considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade – esse direito seja assegurado apenas, a partir, da **citação do Estado para contestar o pedido contido na inicial,** o que se deu em data de 12.09.2015, como se afere às fls. 88.

Esse entendimento decorre, também, do disposto no artigo 219 do CPC, vigente ao tempo da propositura da ação e da data em que ocorreu a citação, e encontra ressonância, presentemente, no artigo 240 do NCPC.

Configura-se essa solução o modo menos menos gravoso para o solucionamento da demanda em curso, cuja pretensão vem agora de ser acolhida por este vogal.

VII.

Posto isso, pedindo vênia ao e. Relator, dele divirjo para conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, para reformar a sentença recorrida e julgar parcialmente procedente o pedido inicial, para determinar ao Estado de Mato Grosso do Sul que aplique a alíquota genérica de 17% prevista no artigo 41, III, "a", da Lei Estadual n. 1.810/1997, com efeitos a partir de 12.09.2015, data em que ocorreu a citação do réu apelado (fls. 88).

Condeno o Estado de Mato Grosso do Sul, outrossim, a restituir à autora os valores indevidamente recolhidos a este título desde **12.09.2015,** os quais deverão ser aferidos em fase de liquidação de sentença, reconhecendo o seu direito de, após o trânsito em julgado, recuperar os valores indevidamente recolhidos via restituição por Precatório/RPV Judicial ou restituição/compensação na via administrativa, à sua opção (Súmula 461/STJ), com juros de mora[10] em conformidade com os índices da poupança e atualização monetária pelo IPCA-E, esta contada desde a data do desembolso de cada parcela indevidamente paga, no que se refere ao excesso constatado.

Como consequência, determino sejam seja oficiado às concessionárias dos serviços públicos para que, em cumprimento à determinação judicial, passem a aplicar a alíquota geral ordinária de 17% (dezessete por cento) de ICMS, nas respectivas faturas vincendas de serviços de telecomunicação.

Consequentemente, inverto os ônus sucumbenciais fixados em primeiro grau.

É como voto.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski (2º Vogal)

---

10 Às dívidas fazendárias aplica-se a regra prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, observando-se, contudo, a inconstitucionalidade e modulação dos efeitos declaradas pelo STF nas ADINs nºs. 4425 e 4357, raciocínio esse ratificado pelo RE 870.947/SE, objeto de repercussão geral, e REsp n. 1495146/MG, decidido em sede de representativo de controvérsia, que determina para as condenações administrativas em geral posteriores à vigência da Lei 11.960/2009, a aplicação do IPCA-E para correção e os índices da caderneta de poupança para os juros de mora.
O STF **modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do citado art. 1º-F da Lei 9.494/97** em relação à correção monetária (ADINs 4425 e 4357). Ao apreciar questão de ordem nos autos das referidas ADINs, conferiu eficácia prospectiva (para o futuro) à declaração de inconstitucionalidade, com a modulação dos efeitos das ações diretas de inconstitucionalidade nº 4357 e nº 4425, de forma que, em resumo, **i**) até 29.06.2009 a atualização monetária dava-se pelos índices fornecidos pelos Tribunais e os juros de mora eram de 0,5% até 10.01.2003 e de 1% ao mês a partir de 11.01.2003; **ii**) de 30.06.2009 a 25.03.2015 a correção monetária deve ser realizada pela TR e os juros nos moldes da caderneta de poupança; **iii)** e, a partir de 25.03.2015 a atualização monetária deve ser feita pelo IPCA-E e os juros de mora nos termos da poupança".

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 3º vogal (des. odemilson roberto castro fassa), convocado nos termos do art. 942 do cpc, após o relator, acompanhado pelo 2º vogal, negar provimento ao recurso e o 1º vogal divergir para dar parcial provimento. o 4º vogal aguarda.

VOTO (EM 10/03/2021)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa (3º Vogal)

Pedi vista para analisar melhor a questão e acompanho o voto do Senhor Relator.

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por L. A. S.A., objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juiz(a) da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande que, na ação declaratória de inexistência de débito proposta pela recorrente em desfavor de Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido.

A apelante visa à reforma da sentença, a fim de que, nos termos do pedido inicial (f. 22):

> *"b) seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a Autora ao recolhimento do ICMS com alíquota majorada (27% + 2%) na aquisição dos serviços telecomunicação, com o reconhecimento do seu direito de pagar tais exações pela alíquota interna ordinária de 17%, determinado-se às concessionárias / permissionárias de serviços públicos (que se submetem à sujeição passiva do imposto na condição de prestadoras de serviços de telecomunicação) que observem a alíquota de 17% a título de ICMS na formação do preço final de seus serviços e produtos consumidos pela Autora, e;*
>
> *b.1) reconhecido o direito na forma do item "b." supra, sejam oficiadas as concessionárias dos serviços públicos para que, em cumprimento à determinação judicial, passem a aplicar a alíquota geral ordinária de 17% (dezessete por cento) de ICMS, nas respectivas faturas vincendas de serviços de telecomunicação;*
>
> *c) condenar o Réu a restituir à Autora os valores indevidamente recolhidos a este título desde os 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento desta ação, os quais deverão ser aferidos em fase de liquidação de sentença, reconhecendo o seu direito de, após o trânsito em julgado, recuperar os valores indevidamente recolhidos via restituição por Precatório/RPV Judicial ou restituição/compensação na via administrativa, à sua opção (Súmula 461/STJ), com juros de mora e devidamente corrigidos pelos mesmos critérios adotados pelo Estado do Mato Grosso do Sul sobre os débitos tributários estaduais pagos com atraso."*

A alíquota de 29% de ICMS é prevista no Código Tributário Estadual nos seguintes termos:

> *"Art. 41. As alíquotas do ICMS ficam fixadas em:*
>
> *VI - vinte e sete por cento nas prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior. (Acrescentado pela Lei nº 2.596, de 26.12.2002. Efeitos a partir de 1º.01.2003.)*
>
> *Art. 41-A. As alíquotas previstas nos incisos III a VI do art. 41 desta Lei ficam adicionados do percentual de 2% (dois por cento): (...)*
>
> *II - nas prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior."*

Em **04.07.2019**, decidiu-se pela necessidade de análise, pelo Órgão Especial, da constitucionalidade do inciso VI, do art. 41 e do inciso II do art. 41-A, ambos da Lei Estadual n. 1.810/97 (Código Tributário Estadual).

Veja-se:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C RESTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ICMS – SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – ALEGAÇÃO DE ESSENCIALIDADE – ALÍQUOTA ESTADUAL FIXADA EM 27% – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – NECESSIDADE DE ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL – JULGAMENTO SUSPENSO. Segundo prevê o art. 155, §2º, II, da Constituição Federal, o ICMS "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços". Havendo questionamento de norma estadual em face da Constituição Federal, relacionada à cobrança de alíquota de ICMS, com base na seletividade, mas alegadamente sem a observância da essencialidade, necessária é a suspensão do julgamento da apelação, para que seja observada a cláusula da reserva de plenário, remetendo-se o feito ao Órgão Especial, para análise de arguição de inconstitucionalidade (incidenter tantum)." (**TJMS**. Apelação Cível n. 0822347-59.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 04/07/2019, p: 05/07/2019)*

Instaurado o incidente de arguição de inconstitucionalidade n. 0822347-59.2015.8.12.0001/50000, decidiu-se pela **constitucionalidade** do dispositivo do Código Tributário Estadual que prevê a cobrança de ICMS com alíquota de 27% sobre os serviços de telecomunicação, não conhecida a matéria em relação ao inciso II, do art. 41-A.

Confira-se:

> *"INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO - DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS E ALÍQUOTA ADICIONAL DESTINADA AO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA - (27% + 2%) - PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – ESSENCIALIDADE – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – ALÍQUOTA VARIÁVEL SUPERIOR AO DA REGRA GERAL DE TRIBUTAÇÃO (17%) - ARTIGO 155, § 2º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - **ARTIGOS 41, VI e 41-A, II, DA LEI ESTADUAL Nº 1.810/97 – DISCRICIONARIEDADE DO ENTE PÚBLICO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – LEGISLADOR POSITIVO - INCIDENTE EM PARTE NÃO CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA, REJEITADO**. É desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário quando há julgamento da questão constitucional debatida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao poder discricionário do Chefe do Executivo Estadual no âmbito da competência tributária para aferir a calibragem das alíquotas do ICMS por vedação do princípio da separação dos poderes e no regime de distribuição de competências tributárias previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, CF). **Na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário ampliar os limites previstos em lei para estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas legalmente, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo**." (**TJMS**. Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível n. 0822347-59.2015.8.12.0001, Campo Grande, Órgão Especial, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, j: 25/05/2020, p: 27/05/2020)*

Veja-se o dispositivo do acórdão:

Conclusão

Diante do exposto, contrariando o parecer da PGJ, **voto por não se conhecer do incidente em relação ao artigo 41-A, inciso II, da Lei Estadual nº 1.810/97** que trata da alíquota adicional ao ICMS de 2% destinada ao fundo de combate e erradicação da pobreza e, **por se rejeitar a arguição de inconstitucionalidade em relação ao artigo 41, inciso VI, da Lei Estadual nº 1.810/97**, devendo os autos retornar à consideração da e. 3ª Câmara Cível suscitante.

Após o trânsito em julgado do acórdão, o processo foi remetido ao Desembargador Relator para o julgamento do recurso de apelação.

Pois bem.

O Código de Processo Civil prevê que:

> *"Art. 927.* ***Os juízes e os tribunais observarão:***
>
> *I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;*
>
> *II - os enunciados de súmula vinculante;*
>
> *III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;*
>
> *IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;*
>
> *V -* ***a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.***
>
> *§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º , quando decidirem com fundamento neste artigo.*
>
> *§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.*
>
> *§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.*
>
> *§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.*
>
> *§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores."*

Portanto, considerando que no Órgão Especial foi reconhecida a **constitucionalidade do inciso VI, do art. 41, do CTE e que este entendimento é de caráter vinculante**, não há que se falar na reforma da sentença para que se declare a impossibilidade de cobrança de ICMS de 29% na aquisição de serviços de telecomunicação.

É verdade que, no Supremo Tribunal Federal reconheceu-se a existência de repercussão geral da matéria referente à cobrança de ICMS sobre serviços de telecomunicações com alíquota superior a 17%.

Veja-se:

> *"IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%."*

(RE 714139 RG, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2014, Processo Eletrônico DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014)

Ocorre que o recurso ainda está pendente de julgamento, não havendo tese a ser observada pelos juízes e Tribunais, prevalecendo, por ora, o julgamento proferido no incidente de arguição de inconstitucionalidade n. 0822347-59.2015.8.12.0001/50000.

Por este motivo, acompanho o voto do nobre Relator.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e de acordo com o art. 942 do cpc, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

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, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 10 de março de 2021.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível n.º 0837546-48.2020.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO EXTINTO SOB O FUNDAMENTO DE QUE A PRETENSÃO É A CONCESSÃO DE EFEITOS GENÉRICOS E FUTUROS – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – CONFIGURAÇÃO NO CASO CONCRETO – NÃO CABIMENTO DO WRIT – POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, APENAS SE HOUVESSE DEMONSTRAÇÃO MÍNIMA DE COBRANÇA DO DIFERENCIAL/ADICIONAL DE ALÍQUOTA (DIFAL), OU QUALQUER OUTRO ATO DA AUTORIDADE QUE INDICASSE O POTENCIAL DE DANO – GUIAS DE PAGAMENTO DE ICMS SEM AS INFORMAÇÕES NO SENTIDO ALEGADO PELA APELANTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Ainda que o *writ* apresente efeitos futuros, dada a sua natureza preventiva, não se pode afirmar que sejam esses efeitos também normativos, em todos os casos.

Entretanto, ainda que seja possível a impetração de mandado de segurança para evitar algum risco, esta via processual não pode ser utilizada para proteger evento incerto e genérico, mesmo que, do ponto de vista jurisprudencial, haja referência favorável à apelante, referente à cobrança do ICMS da forma como estabelecida nas cláusulas 1ª, 2ª, 3º, 6ª e 9ª, do Convênio ICMS nº 93/2015 (ilegalidade do recolhimento do adicional de alíquota do ICMS para o Fundo de Combate à Pobreza, por ausência de lei complementar sobre o tema).

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 unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 8 de abril de 2021

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

E. B. S/A, devidamente qualificada, interpõe recurso de Apelação (f. 106-132) contra a sentença que indeferiu a inicial do Mandado de Segurança interposto contra o ato atribuído ao Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 100-102), por entender que é inviável conceder ordem em favor da impetrante, genericamente, a respeito de atos futuros.

Alega que é incorreto o indeferimento da inicial, porque, além de a recorrente ter demonstrado que ocorreram diversas operações tributáveis antes da impetração do *mandamus*, a pretensão está lastreada no caráter preventivo, hipótese prevista na legislação específica.

Entende que *"(...) No caso concreto, as guias de recolhimento do DIFAL e respectivos comprovantes de pagamento anexadas à peça inicial, relativas às operações interestaduais sujeitas ao DIFAL, são mais do que suficientes para comprovar que a RECORRENTE promove a circulação interestadual de mercadorias para destinatários nesta Unidade Federativa, nos moldes da EC 87/15, razão pela qual está devidamente provada a ocorrência fática da hipótese de incidência do DIFAL instituída pela lei local. Dessa forma, é inegável o justo receio da RECORRENTE de sofrer violação ao seu direito líquido e certo, sendo cabível, portanto, a impetração de mandado de segurança preventivo, nos termos do art. 1º da Lei nº 12.016/2009."* (f. 112).

Ademais, o pedido está lastreado, também, na ilegalidade da incidência do adicional apenas com base no Convênio 93/2015 e na Lei Estadual nº, ou mesmo na Lei Complementar nº 87/96, porquanto seria necessária uma lei complementar nacional que pudesse dar ensejo à cobrança pretendida pelo Estado, em face de não contribuintes.

Requer o provimento do recurso, a fim de que a sentença seja anulada, determinando-se o regular prosseguimento do feito, e, consequentemente, a concessão da tutela de urgência requerida na inicial.

Nas contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso (f. 159-191), por entender que não cabe mandado de segurança, quando não restar demonstrado a existência de ato coator ou ameaça de lesão a direito, e diante da impossibilidade de cumulação do pedido do *writ* com ação de consignação em pagamento, tendo em vista a diversidade e incompatibilidade dos procedimentos.

A apelante formulou pedidos de concessão de tutela em grau de recurso, com base na existência de julgamento, no STF, de Recurso Extraordinário, Tema 1.093, ADI nº 5469 (f. 201-205), com o que não concordou o apelado (f. 211-214).

É o relatório.

VOTO

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

A apelante ingressou com Mandado de Segurança Preventivo em face contra o ato atribuído ao Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, sob a alegação de que é obrigada ao recolhimento de ICMS DIFAL (diferencial de alíquota de ICMS, que incluiu valor correspondente ao FECOMP), nas operações interestaduais com mercadorias vendidas a consumidores finais não contribuintes do ICMS localizados em Mato Grosso do Sul, enquanto não vierem a ser editadas a lei complementar nacional, regulamentando a Emenda Constitucional nº 87/2015 e a lei estadual instituindo o ICMS em conformidade com a referida lei complementar.

Ao analisar a inicial, o Juízo singular indeferiu a petição, com base nos seguintes fundamentos:

> *"(...) Dispõe a Lei n.º 12.016/2009:*
>
> *Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.*
>
> *O artigo 10 da referida Lei, é expresso ao determinar:*
>
> *Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração. (negritamos)*

Infere-se dos dispositivos supramencionados, que o ato coator demonstrado de plano é condição da ação do Mandado de Segurança, sem o qual será indeferida desde logo a inicial.

*Conceitualmente, para a concessão de mandado de segurança, é necessária a existência de um **ato concreto emanado da autoridade coatora,** que viole ou estabeleça o risco de violação de um direito líquido e certo.*

Este ato é o objeto do mandado de segurança, que se destina a suspender seus efeitos, evitando, assim, a lesão do direito.

No caso em tela, verifica-se dos autos exatamente a falta deste pré-requisito.

O pedido de natureza preventiva, para que a autoridade coatora afaste cobrança dos débitos de DIFAL, instituído pela Lei Estadual nº 4.743/2015, bem como seja assegurando o direito a não ficar sujeita à imposição de qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direito.

Com efeito, o mandado de segurança é remédio constitucional com finalidade muito exclusiva, qual seja, proteger de forma rápida direito líquido e certo específico atingido ou em vias de ser atingido, por ato ilegal ou abusivo de autoridade.

Assim, não se presta o writ à obtenção de sentença preventiva genérica, aplicável a todo e qualquer caso futuro que poderia acontecer com a impetrante, pois a autoridade coatora age em obediência à Lei Estadual, exigindo-lhe o pagamento de tributo.

A impetrante não possui risco a ser tutelado por meio de mandado de segurança, pois os fatos apontados na inicial não estão em iminente violação pela autoridade coatora.

Conforme se vê deste do julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o entendimento é no seguinte sentido:

"O mandado de segurança preventivo presta-se a combater ameaça efetiva e concreta de lesão a direito líquido e certo do impetrante. A declaração da ilegalidade, por seu turno, não possui eficácia geral e ilimitada, devendo circunscrever-se à situação iminente e especificamente apontada na petição inicial. Dissociar a extensão do provimento mandamental da situação concretamente descrita no momento da impetração, resultaria no reconhecimento da ilegalidade em tese do próprio instrumento normativo impugnado, o que não é possível em razão do óbice da Súmula nº 266/STF." (STJ; RMS 28.530; Proc. 2008/0280884-3; MS; Segunda Turma; Rel. Min. José de Castro Meira; Julg. 02/06/2009; DJE 12/06/2009) (negritamos)

Nesse sentido verificada a inexistência de ato coator implica na extinção do processo.

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesta na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais."

(Hely Lopes Meirelles Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, Ed. Revista dos Tribunais, 13ª Edição, 1991, São Paulo, p.25/26). (negritamos)

Em suma, o remédio constitucional destina-se a resguardar direito demonstrado de plano, inocorrente na hipótese.

Ante o exposto, julgo extinto o processo, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil. Condeno a impetrante ao pagamento das custas processuais. Sem honorários."

Há que ser esclarecido que, a despeito de a matéria da inadequação da via eleita ou falta de ato coator ser considerada como preliminar, referida questão é o próprio mérito da apelação, na medida em que a sentença justamente reconheceu a tese defendida pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Assim, o mérito do mandado de segurança impetrado pelo apelante não será analisado neste recurso, pois o pedido recursal é exatamente o recebimento da inicial do *mandamus* e o regular prosseguimento do feito, com a análise da liminar.

As conclusões da sentença devem ser apreciadas em confronto com a causa de pedir e os pedidos formulado pela impetrante, assim descritos:

1) Causa de pedir, em resumo:

> *"(...) A IMPETRANTE, empresa dedicada ao comércio varejista e atacadista de mercadorias, sustenta que o DIFAL e o Adicional para o FECP não podem ser exigidos enquanto não for editada lei complementar nacional regulamentando essa nova hipótese de incidência do ICMS prevista pela Emenda Constitucional nº 87/2015 ("EC 87/2015"), e regulamentada pelo Convênio ICMS nº 93/2015, do CONFAZ ("Convênio 93/2015"), sob pena de ofensa aos arts.146, I, III, alínea "a", e 155, §2º, XII, alíneas "a", "c", "d" e "i, da Constituição Federal de 1988 ("CF/88"). Apesar disso, a IMPETRANTE vem recolhendo tais tributos, conforme comprovam os documentos anexos." (f. 02)*

2) Pedidos e requerimentos:

> *"(a) a concessão de liminar, inaudita altera parte, nos termos do art. 151, IV, do CTN, para suspender a exigibilidade dos créditos tributários relativos ao DIFAL e ao Adicional para o FECP relativos a operações de vendas de mercadorias pelo IMPETRANTE a consumidores finais não contribuintes do ICMS situados no Estado do Mato Grosso do Sul, já ocorridas e futuras;*
>
> *(b) a expedição de ofício ao IMPETRADO para que cumpra a liminar, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00, de responsabilidade solidária entre ele e o Estado;*
>
> *(c) a intimação do IMPETRADO para prestar informações, bem como do Ministério Público do Estado do Mato Grosso para, querendo, oferecer seu parecer;*
>
> *(d) após a concessão da liminar, a suspensão da presente ação até o julgamento em definitivo do Tema 1093 pelo STF;*
>
> *(e) ao final, a concessão da segurança para afastar, em definitivo, a cobrança do DIFAL e do Adicional do FECP de que tratam a Lei Estadual nº 4.743/2015 e a Lei Estadual nº 3.337/2015 (e as normas que vierem a sucedê-las), ficando assegurado às IMPETRANTES o direito de, sem que fiquem sujeitas a imposição de qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos, deixar de recolher o DIFAL e o Adicional ao FECP, bem como de entregar as respectivas obrigações acessórias, para o Estado do Mato Grosso do Sul, nas operações interestaduais de vendas de mercadorias a consumidores finais localizados no Estado do Mato Grosso do Sul, enquanto não for editada a necessária lei complementar nacional regulamentando o DIFAL da EC 87/2015 e, posteriormente, lei estadual instituindo validamente esse imposto em conformidade com essa lei complementar, respeitando-se, ainda, os princípios da irretroatividade, da anterioridade de exercício e da anterioridade nonagesimal." (f. 11).*

Ora, pela leitura dos pedidos formulados pela apelante, fica evidenciado que sua pretensão tem natureza preventiva e se volta contra a provável repetição das mesmas cobranças realizadas pelo Fisco, tanto que foram relatadas na inicial e no pedido.

Todavia, deve ser mencionado, em primeiro lugar, que não demonstração de ato coator sobre esse aspecto, porque, além de documentos do tipo parecer jurídico e julgamentos semelhantes, foram juntadas apenas algumas Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, relativas a 02/09/2019.

Essas guias (que apresentam a mesma numeração), não possuem qualquer descrição da origem da cobrança, apenas referindo-se ao ICMS, não sendo possível dizer que é a tal diferença de alíquota (DIFAL), ou não, e, desse modo, resta evidenciada a ausência de ato coator.

Desse modo, ao menos conforme a documentação juntada aos autos, não há evidência de que o Estado de Mato Grosso do Sul esteja cobrando o ICMS DIFAL ou haja o potencial dessa cobrança ou qualquer outra medida que restrinja o direito da apelante, e, como no mandado de segurança não se admite a dilação probatória, correta a sentença quanto ao indeferimento da inicial.

Por outro lado, no que pertine ao pedido de natureza preventiva, ele teria cabimento somente se restasse demonstrado o receio de ineficácia de eventual concessão da segurança, pois a continuação do *modus operandi* da autoridade apontada como coatora possibilitaria a cobrança de ICMS DIFAL sobre os produtos comercializados pela apelante, mas, uma vez sequer existente algum indício de cobrança do diferencial de alíquota, o *writ* teria caráter genérico.

Desse modo, tem-se que a impetração de mandado de segurança preventivo, autorizado pela norma do art. 1º, da Lei nº 12.016/2009 (*"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica* ***sofrer violação*** *ou* ***houver justo receio de sofrê-la*** *por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."*), não é a via adequada para a situação descrita nos autos.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso interposto por E. B. S/A.

Tendo em vista o improvimento do recurso, fica desprovida de fundamento a concessão de tutela recursal de urgência.

Não é caso de majoração de honorários, tendo em vista a ausência de fixação dessa verba.

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. Dorival Renato Pavan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 8 de abril de 2021.

***

Órgão Especial
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Mandado de Segurança Cível n.º 1405684-81.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO JUCEMS (JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL) – ANALISTA DE ATIVIDADES MERCANTIS – DIREITO ADMINISTRATIVO – RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS – OMISSÃO ESTATAL EM NOMEAR CANDIDATA CLASSIFICADA EM 1º LUGAR NA LISTA ESPECIAL E EM 30º LUGAR NA LISTA GERAL (AMPLA CONCORRÊNCIA), FORA DA FRAÇÃO ESTABELECIDA NA LEGISLAÇÃO – ART. 37, VIII, CF – PREVISÃO EDITALÍCIA – LEI FEDERAL N. 7.853/1989 – LEI ESTADUAL N. 3.594/2008 – DECRETOS ESTADUAIS NºS 10.015/2000 E 13.141/2011 – INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE – OBSERVÂNCIA, PELO IMPETRADO, DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA ALTERNÂNCIA, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – NÃO PUBLICAÇÃO DA LISTA ESPECIAL DOS CANDIDATOS COTISTAS – IRREGULARIDADE SANÁVEL – ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO PELO STJ PARA INCLUSÃO DE LITISCONSORTE NECESSÁRIO – INALTERABILIDADE DA DECISÃO ANTERIOR – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

I – Não possui direito líquido e certo de nomeação o único candidato portador de necessidade especial do certame, inscrito como beneficiário da lei de cotas, que não obtém classificação dentro da fração das primeiras 20 (vinte) vagas da lista geral, conforme exige o art. 10, *caput*, c/c o art. 11 do Decreto Estadual n. 13.141, de 31 de março de 2011.

II – Constitui mera irregularidade formal a não publicação da lista especial, à parte, dos candidatos cotistas, desde que observados os princípios da isonomia, da alternância, da proporcionalidade e da razoabilidade, o que aconteceu na espécie, acrescido o fato de que não restou demonstrado qual foi o prejuízo sofrido em face do não cumprimento da referida formalidade.

III – Improcede a tese de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de decreto regulamentador, se o Estado de Mato Grosso do Sul não desborda de sua competência concorrente para legislar, ao suplementar norma geral da União atinente à temática controvertida (proteção e integração social das pessoas portadoras de necessidades especiais).

IV – A circunstância de o(a) impetrante ser portador(a) de alguma necessidade especial não lhe confere direitos superiores aos dos demais candidatos, visto que a proteção que merece das leis afirmativas, em virtude de sua condição, destina-se a colocá-lo(a) em pé de igualdade com os demais concorrentes, não podendo ir além das prerrogativas estabelecidas pelo legislador, em consonância com as normas do Edital.

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 a preliminar. Por maioria e contra o parecer, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator, vencido o Des. Luiz Gonzaga que concedia.

Campo Grande, 2 de junho de 2021.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Y. M. S., devidamente qualificada, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, consistente em omitir-se de nomeá-la no cargo de Analista de Atividades Mercantis, para a cidade de Campo Grande, em decorrência de sua aprovação, no Concurso Público de Provas e Títulos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS, na qualidade de pessoa com deficiência (Edital n. 1/2014 – SAD/JUCMS).

Alega, inicialmente, que: 1) o referido Edital prevê que aos candidatos com deficiência aprovados em todas as fases do concurso público é garantida a reserva de 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas, desde que a deficiência seja compatível com as atribuições do cargo, respeitadas as legislações citadas no Edital; 2) a ora impetrante, única candidata com deficiência, logrou êxito em todas as fases do certame, figurando como aprovada na classificação final do concurso público (Edital n. 17/2014 SAD/JUCEMS, p. 3), razão pela qual tem-se que obteve aprovação em 1º lugar nessa categoria, no entanto, a Banca Organizadora não realizou lista especial à parte, com a classificação, para efeitos de conhecimento, conforme exigido no item 3, subitem 11.2.3, do Edital 1/2014, SAD/JUCEMS; 3) assim, a ordem de nomeação do certame não respeitou a reserva para deficiente, ante a ausência de lista especial, motivo pelo qual a candidata cotista acaba em último lugar e consequentemente nomeada por último, devido à sua nota e ordem de classificação geral, o que fere o princípio constitucional da isonomia; 4) a impetrante foi prejudicada, uma vez que se encontra na 40ª posição na lista geral, o que fere o direito da reserva legal previsto na lei do certame.

Destaca que os impetrados não têm a intenção de fazer a distinção entre os candidatos, ou seja, farão a ordem de nomeação utilizando-se apenas uma lista com todos os aprovados (deficientes ou não), baseando-se nos arts. 10 e 11 do Decreto Estadual n. 13.141/2011.

Assinala que o presente *writ* possui a finalidade de também garantir o direito líquido e certo da impetrante de obter sua nomeação pelo princípio da alternância.

Esclarece que o certame previa a existência de 4 (quatro) vagas para o cargo de Analista de Atividades Mercantis, disponíveis para a cidade de Campo Grande-MS, e, aplicando-se o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas ofertadas no Concurso Público para pessoa com deficiência, resulta em numero fracionado; logo, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, respeitando o limite de 20% (vinte por cento).

Portanto, [se], *"ao longo da validade do certame, surgirem, no mínimo, 5 (cinco) vagas para o cargo de Analista de Atividades Mercantis para a cidade de Campo Grande, pelo menos a 5ª vaga deve ser ocupada pelo 1º colocado entre os candidatos portadores com deficiência que concorreram para o respectivo cargo"* (sic – pág. 3).

Aduz que, em 4.9.2015, por meio do Decreto "P" n. 4.063, de 20.8.2015, publicado no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, n. 8.998, p. 27 [pág. 146], foram nomeados para o cargo de Analista de Atividades Mercantis, na cidade de Campo Grande, os 2 (dois) primeiros candidatos aprovados no certame, na classificação geral, para o referido cargo; e, em 17.11.2016, por meio do Decreto "P" n. 5.161, de 10.11.2016, publicado no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul n. 9.287, p. 50 [pág. 147], foram nomeados para o mesmo cargo os candidatos aprovados em 3º, 4º e 5º lugares na classificação geral.

Desse modo – enfatiza –, foi desrespeitada a reserva de vagas para os candidatos portadores de deficiência, porquanto a impetrante, como 1ª colocada entre os candidatos portadores de deficiência, deveria ser nomeada, no mínimo, para a 5ª vaga de Analista de Atividades Mercantis, destinadas a Campo Grande, conforme determinam a regras do Concurso.

Conclui, pois, que foi preterida pelo 5º colocado da classificação geral e, neste sentido, houve violação ao seu direito líquido e certo, o que configura ato ilegal deixar de nomeá-la para tomar posse pelo critério de alternância, dentre as 5 vagas disponibilizadas no certame.

Obtempera, ainda, que a presente impetração é tempestiva, porquanto se trata de *"**omissão** por parte da Banca do Certame"* (pág. 4), caso em que *"o referido prazo inicia ao fim do prazo que possui a Administração para praticar o ato ou, caso não haja previsão de prazo legal para a prática do ato, não se cogita decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo 'a quo'; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado"* (sic – pág. 4).

Ressalta que os dispositivos elencados no Decreto Estadual n. 13.141/2011 (arts. 10 e 11), os quais estabelecem os critérios de nomeação para candidatos cotistas, feririam os princípios da proporcionalidade e da isonomia, devendo, neste caso, ser mais adequado utilizar, para ordem de nomeação, o critério da alternância preconizado no art. 37, § 2º, do Decreto Federal n. 3.298/99.

Reportando-se a vasto suprimento doutrinário-jurisprudencial, a impetrante culmina com o requerimento de concessão de medida liminar para determinar às autoridades impetradas que a classifiquem em lista especial para deficiente, publicando Edital, com todos os dados, e com a consequente nomeação ao cargo de Analista de Atividades Mercantis, com base no critério de alternância, onde a primeira nomeação para função ou cargo público deva contemplar o candidato com melhor colocação na listagem geral e, em seguida, o aprovado para as vagas reservadas a pessoas com deficiência, até que atingida a proporção da reserva, com determinação de prazo para cumprimento, sob pena de aplicação de multa diária, em caso de eventual descumprimento.

Requer, na sequência, o julgamento da procedência do presente writ, concedendo-se a segurança, em definitivo, com aplicação do disposto no § 2º do art. 37 do Decreto Federal n. 3.289/99 (arredondamento de número fracionado para número inteiro) e aplicação do critério de alternância na ordem de nomeação, reconhecendo, por consequência, o direito da impetrante de ser nomeada em 2º lugar, em face da suposta inconstitucionalidade dos arts. 10 e 11 do Decreto Estadual n. 13.141/2011, que estariam ferindo os princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Requer, por derradeiro, os benefícios da gratuidade processual, alegando não poder arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sem privar-se dos meios necessários à sua subsistência.

Atribui à causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), anexando cópias dos documentos de págs. 10 a 179.

O pedido de gratuidade processual foi acolhido e o pedido de liminar, indeferido, conforme despacho de págs. 182/185.

O Estado do Mato Grosso do Sul apresentou defesa e informações, arguindo, em preliminar, a **ilegitimidade passiva do Governador do Estado,** sob o argumento de que *"não houve qualquer participação por parte desta autoridade na realização do certame, porquanto a execução do Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/JUCEMS/2014 – coube à Secretaria de Estado de Administração em conjunto com a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul"* (pág. 199).

Quanto ao mérito, sustenta que a segurança deve ser denegada em virtude da inexistência de direito líquido e certo pelo seguinte motivo: *"Se o concurso reservou 5% das vagas aos portadores de deficiência e disponibilizou 4 vagas para o cargo pretendido, chega-se à proporção de 0,20 que, arredondando para o número inteiro subsequente equivale a 01 vaga, que por sua vez corresponde a percentual inferior a 20%, limite estabelecido pelo Decreto n. 13.141/2011."* (Pág. 202).

A seu turno, a Procuradoria-Geral da Justiça ofertou parecer ministerial, opinando pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva do Governador, arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, quanto ao mérito, sugeriu a concessão da Segurança (págs. 212/230).

Na sessão do Órgão Especial, realizada em 19 de dezembro de 2018, o colegiado houve por bem denegar a segurança, por maioria (págs. 240/241).

Interposto Recurso Ordinário pela impetrante perante o Superior Tribunal de Justiça, a ele foi dado provimento parcial em 8 de outubro de 2019, *"para determinar a* ***nulidade do acórdão*** *de origem, a fim de que seja feita a* ***citação do litisconsorte passivo necessário,*** *devolvendo-se os autos à origem para que prossiga o julgamento"* (pág. 302). G.N.

Baixando os autos à origem, o litisconsorte necessário **D. R. de O.**, aprovado e nomeado em 5º (quinto) lugar (pág. 147), foi citado, o qual se manifestou por intermédio de seu advogado, pugnando pela denegação da segurança (pags. 337/355).

A Procuradoria-Geral da Justiça manifestou-se em parecer pela *"ratificação do parecer ministerial de f. 212-230 dos autos, que aponta para a rejeição da matéria preliminar arguida e, no mérito, para a concessão da segurança"* (pág. 420).

É o relatório.

Inclua-se em pauta para novo julgamento.

VOTO (EM 05/05/2021)

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

Dos fatos

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Y. M. S., com pedido de liminar, contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, consistente em omitir-se de nomeá-la no cargo de Analista de Atividades Mercantis, para a cidade de Campo Grande, em decorrência de sua aprovação, no Concurso Público de Provas e Títulos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS, na qualidade de pessoa com deficiência (Edital n. 1/2014 – SAD/JUCEMS).

Alega, inicialmente, que: 1) o referido Edital prevê que aos candidatos com deficiência aprovados em todas as fases do concurso público é garantida a reserva de 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas, desde que a deficiência seja compatível com as atribuições do cargo, respeitadas as legislações citadas no Edital; 2) a ora impetrante, única candidata com deficiência, logrou êxito em todas as fases do certame, figurando como aprovada na classificação final do concurso público (Edital n. 17/2014 SAD/JUCEMS, p. 3), razão pela qual tem-se que obteve aprovação em 1º lugar nessa categoria, no entanto, a Banca Organizadora não realizou lista especial à parte, com a classificação, para efeitos de conhecimento, conforme exigido no item 3, subitem 11.2.3, do Edital 1/2014, SAD/JUCEMS; 3) assim, a ordem de nomeação do certame não respeitou a reserva para deficiente, ante a ausência de lista especial, motivo pelo qual a candidata cotista acaba em último lugar e consequentemente nomeada por último, devido à sua nota e ordem de classificação geral, o que fere o princípio constitucional da isonomia; 4) a impetrante foi prejudicada, uma vez que se encontra na 40ª posição na lista geral, o que fere o direito da reserva legal previsto na lei do certame.

Destaca que os impetrados não têm a intenção de fazer a distinção entre os candidatos, ou seja, farão a ordem de nomeação utilizando-se apenas uma lista com todos os aprovados (deficientes ou não), baseando-se nos arts. 10 e 11 do Decreto Estadual n. 13.141/2011.

Assinala que o presente *writ* possui a finalidade de também garantir o direito líquido e certo da impetrante de obter sua nomeação pelo princípio da alternância.

Esclarece que o certame previa a existência de 4 (quatro) vagas para o cargo de Analista de Atividades Mercantis, disponíveis para a cidade de Campo Grande-MS, e, aplicando-se o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas ofertadas no Concurso Público para pessoa com deficiência, resulta em numero fracionado; logo, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, respeitando o limite de 20% (vinte por cento).

Portanto, [se], *"ao longo da validade do certame, surgirem, no mínimo, 5 (cinco) vagas para o cargo de Analista de Atividades Mercantis para a cidade de Campo Grande, pelo menos a 5ª vaga deve ser ocupada pelo 1º colocado entre os candidatos portadores com deficiência que concorreram para o respectivo cargo"* (sic – pág. 3).

Aduz que, em 4.9.2015, por meio do Decreto "P" n. 4.063, de 20.8.2015, publicado no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, n. 8.998, p. 27 [pág. 146], foram nomeados para o cargo de Analista de Atividades Mercantis, na cidade de Campo Grande, os 2 (dois) primeiros candidatos aprovados no certame, na classificação geral, para o referido cargo; e, em 17.11.2016, por meio do Decreto "P" n. 5.161, de 10.11.2016, publicado no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul n. 9.287, p. 50 [pág. 147], foram nomeados para o mesmo cargo os candidatos aprovados em 3º, 4º e 5º lugares na classificação geral.

Desse modo – enfatiza –, foi desrespeitada a reserva de vagas para os candidatos portadores de deficiência, porquanto a impetrante, como 1ª colocada entre os candidatos portadores de deficiência, deveria ser nomeada, no mínimo, para a 5ª vaga de Analista de Atividades Mercantis, destinadas a Campo Grande, conforme determinam as regras do Concurso.

Conclui, pois, que foi preterida pelo 5º colocado da classificação geral e, neste sentido, houve violação ao seu direito líquido e certo, o que configura ato ilegal deixar de nomeá-la para tomar posse pelo **critério de alternância**, dentre as 5 vagas disponibilizadas no certame.

Obtempera, ainda, que a presente impetração é tempestiva, porquanto se trata de *"**omissão** por parte da Banca do Certame"* (pág. 4), caso em que *"o referido prazo inicia ao fim do prazo que possui a Administração para praticar o ato ou, caso não haja previsão de prazo legal para a prática do ato, não se cogita decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo 'a quo'; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado"* (sic – pág. 4).

Ressalta que os dispositivos elencados no Decreto Estadual n. 13.141/2011 (arts. 10 e 11), os quais estabelecem os critérios de nomeação para candidatos cotistas, feririam os princípios da proporcionalidade e da isonomia, devendo, neste caso, ser mais adequado utilizar, para ordem de nomeação, o critério da alternância preconizado no art. 37, § 2º, do Decreto Federal n. 3.298/99.

Reportando-se a vasto suprimento doutrinário-jurisprudencial, a impetrante culmina com o requerimento de **concessão de medida liminar** para determinar às autoridades impetradas **que a classifiquem em lista especial para deficiente,** publicando Edital, com todos os dados, e com a consequente nomeação ao cargo de Analista de Atividades Mercantis, com base no critério de alternância, onde a primeira nomeação para função ou cargo público deva contemplar o candidato com melhor colocação na listagem geral e, em seguida, o aprovado para as vagas reservadas a pessoas com deficiência, até que atingida a proporção da reserva, com determinação de prazo para cumprimento, sob pena de aplicação de multa diária, em caso de eventual descumprimento.

Requer, na sequência, o julgamento da procedência do presente *writ*, concedendo-se a segurança, em definitivo, com aplicação do disposto no § 2º do art. 37 do Decreto Federal n. 3.289/99 (arredondamento de número fracionado para número inteiro) e aplicação do critério de alternância na ordem de nomeação, reconhecendo, por consequência, o direito da impetrante de ser nomeada **em 2º lugar,** em face da suposta inconstitucionalidade dos arts. 10 e 11 do Decreto Estadual n. 13.141/2011.

Requer, por derradeiro, os benefícios da gratuidade processual, alegando não poder arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sem privar-se dos meios necessários à sua subsistência.

Atribui à causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), anexando cópias dos documentos de págs. 10 a 179.

O pedido de gratuidade processual foi acolhido e o pedido de liminar, indeferido, conforme despacho de págs. 182/185.

O Estado do Mato Grosso do Sul apresentou defesa e informações, arguindo, em preliminar, a **ilegitimidade passiva do Governador do Estado,** sob o argumento de que *"não houve qualquer participação por parte desta autoridade na realização do certame, porquanto a execução do Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/JUCEMS/2014 – coube à Secretaria de Estado de Administração em conjunto com a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul"* (pág. 199).

Quanto ao mérito, sustenta que a segurança deve ser denegada em virtude da inexistência de direito líquido e certo pelo seguinte motivo: *"Se o concurso reservou 5% das vagas aos portadores de deficiência e disponibilizou 4 vagas para o cargo pretendido, chega-se à proporção de 0,20 que, arredondando para o número inteiro subsequente equivale a 01 vaga, que por sua vez corresponde a percentual inferior a 20%, limite estabelecido pelo Decreto n. 13.141/2011."* (Pág. 202).

A seu turno, a Procuradoria-Geral da Justiça ofertou parecer ministerial, opinando pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva do Governador, arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, quanto ao mérito, sugeriu a concessão da Segurança (págs. 212/230).

Na sessão do Órgão Especial, realizada em 19 de dezembro de 2018, o colegiado houve por bem denegar a segurança, por maioria (págs. 240/241).

Interposto Recurso Ordinário pela impetrante perante o Superior Tribunal de Justiça, a ele foi dado provimento parcial em 8 de outubro de 2019, *"para determinar a nulidade do acórdão de origem, a fim de que seja feita a citação do litisconsorte passivo necessário, devolvendo-se os autos à origem para que prossiga o julgamento"* (acórdão de págs. 291/302).

Baixando os autos, o litisconsorte necessário **D. R. de O.**, aprovado e nomeado em 5º (quinto) lugar (pág. 147), foi citado, o qual se manifestou por intermédio de seu advogado, pugnando pela denegação da segurança (pags. 337/355).

A Procuradoria-Geral da Justiça manifestou-se em parecer pela *"ratificação do parecer ministerial de f. 212-230 dos autos, que aponta para a rejeição da matéria preliminar arguida e, no mérito, para a concessão da segurança"* (pág. 420).

Do direito

MÉRITO

Após o exame meticuloso da documentação vinda aos autos, em consonância com as normas de regência do certame e a jurisprudência dominante, bem assim analisando os argumentos externados na instância superior, concluí que deve ser mantida a decisão proferida, que denegou o mandado de segurança à impetrante.

De fato, restou incontroverso, nos autos, que a Srtª Y. M. S. inscreveu-se no Concurso de Provas e Títulos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS, concorrendo ao cargo de Analista de Atividades Mercantis para a cidade de Campo Grande, na categoria de pessoa com deficiência [cadeirante] (a única do certame), tendo sido aprovada em todas as fases do concurso, portanto, em 1º lugar, na sua categoria.

O Edital do Concurso n. 1/2014 – SAD/JUCEMS, de 16.4.2014, prorrogado por mais 2 (dois) anos, em 19.10.2016 (pág. 148), previa a existência de **4 (quatro) vagas** para o cargo de *Analista de Atividades Mercantis*, disponíveis para a cidade de Campo Grande-MS (pág. 45).

No capítulo III do Edital do certame, destinado aos cotistas, à pág. 25, constou:

> *3.1 - Aos **candidatos com deficiência**, aprovados em todas as fases do Concurso Público, **será reservado o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas,** desde que a deficiência seja compatível com o exercício das atribuições do cargo, observando-se os dispositivos constantes no **Decreto Federal n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999** e Lei Estadual n. 3.681, de 27 de maio de 2009.*
>
> *(...)*
>
> *3.2 - Na aplicação do **percentual previsto no item 3.1** dever-se-á observar o estabelecido no **art. 19 da Lei n. 3.808, de 18 de dezembro de 2009, e Decreto n. 13.141, de 31 de março de 2011.*** (G.n.)

O art. 19 da Lei Estadual n. 3.808, de 18.12.2009, contém o seguinte dispositivo:

> *Art. 19. Serão convocados, mediante edital, para realização do exame de aptidão mental (exame psicotécnico) os candidatos aprovados na prova de conhecimento, observada, rigorosamente, a ordem de classificação**, na proporção estabelecida no edital, a qual terá como referência o número de vagas nele fixado,** observado o disposto no § 6º do art. 10 desta Lei. (redação dada pela Lei nº 5.167, de 5 de abril de 2018). (G.n.)*

Em suma, a impetrante alega ter sido preterida, visto que não teria sido aplicado o critério da **alternância**, entre outros princípios, visto que foram nomeados os 5 (cinco) primeiros candidatos aprovados da **lista geral** (a única que foi publicada, na qual, segundo alega, figurava em 40º lugar) para o cargo de *Analista de Atividades Mercantis*, com lotação no Município de Campo Grande-MS.

Em realidade, diferentemente do alegado na pág. 2 da inicial, a impetrante figurou em 30º (trigésimo) lugar na lista geral (pág. 141 dos autos), mas, possivelmente por algum erro material, informou que se classificou em 40º lugar.

Igualmente restou incontroverso que não houve a publicação da **lista especial** de sua aprovação na qualidade de cotista, conforme impõem o item 11.2.3 do Edital e o art. 36 do Decreto Estadual n. 10.015, de 3.8.2008, tendo sido publicado, na referida lista específica, apenas o resultado final dos candidatos negros, fato admitido pelo Estado, por meio do Ofício n. 66/COSIP/SAD, de 5 de julho de 2018, que atribuiu o ocorrido a um equívoco, o qual se dispôs a sanar, em momento oportuno (págs. 207/209).

De fato, no Edital n. 1/2014 SAD/JUCEMS, item 3, subitem 11.2.3, em sintonia com o art. 36 do Decreto Estadual n. 10.015/2008, constou:

> *"11.2.3 – O candidato que no ato de inscrição se declarar negro, índio ou portador de deficiência, se aprovado no Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/JUCEMS/2014, figurará na **listagem geral de candidatos,** para divulgação dos resultados e respectiva classificação, além de figurar, também, em **lista à parte** com a sua classificação, tão somente para efeito de conhecimento."* (Pág. 41). G.n.

Realmente, houve o descumprimento, pelo impetrado, da publicação da lista específica, fato que, por si só, não garante o direito líquido e certo da impetrante, a qual não demonstrou qual foi o prejuízo sofrido em face do não cumprimento da referida formalidade, até porque se trata de irregularidade sanável, fazendo-se necessário o preenchimento, pela requerente, dos demais requisitos contemplados no Edital.

Ressalve-se que a exigência da publicação de 2 (duas) listas tem por escopo principal a aplicação do princípio da alternância, visto que, na hipótese de um candidato com deficiência figurar em primeiro lugar

na lista geral, ele deverá ser o primeiro a ser nomeado, dentro da proporção estabelecida no Edital (5% das vagas oferecidas), vindo a seguir a nomeação dos melhores classificados na lista geral, e assim sucessiva e alternadamente, de acordo com o número de vagas existentes e o princípio da proporcionalidade.

Segundo o inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal, *"a lei reservará **percentual** dos cargos e empregos públicos para as **pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão**"* (G.n.)

O Decreto Federal n. 3.298/99, em seu art. 37, §§ 1º e 2º, aplicável ao caso *sub judice*, conforme estabelecido no item 3.1 do Edital do Certame, traz o percentual mínimo de vagas que deve ser assegurado aos portadores de deficiência, senão vejamos:

> *Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, **em igualdade de condições com os demais candidatos,** para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.*
>
> *§ 1º O **candidato portador de deficiência**, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, **sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.***
>
> *§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em **número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente**.* (G.n.)

Legislando suplementar e concorrentemente, conforme autoriza o art. 24, inciso XIV, e §§, da Constituição Federal,[1] o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo em vista o disposto na Lei Federal n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, editou o Decreto n. 10.015, de 3 de agosto de 2000, bem como editou a Lei n. 3.594, de 10.12.2008, regulamentada pelo Decreto n. 13.141/2011, que trata do programa de reserva de vagas em concursos públicos para provimentos dos cargos no Estado de Mato Grosso do Sul, nos seguintes termos:

> *DECRETO N. 13.141, DE 31 DE MARÇO DE 2011*
>
> *Art. 1º Ficam reservadas **20% (vinte por cento) e 3% (três por cento), respectivamente, para negros e índios**, das vagas oferecidas em todos os concursos públicos realizados pelo Poder Executivo Estadual, para provimento de cargos e empregos públicos da administração direta e indireta. (Redação dada pelo Decreto nº 14.574, de 30 de setembro de 2016).*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros e a índios, **esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos)**. (Redação dada pelo Decreto nº 14.574, de 30 de setembro de 2016)*
>
> *(...)*
>
> *Art. 10. A nomeação dos candidatos aprovados será de acordo com a ordem de classificação geral no concurso, **observados os seguintes critérios para os candidatos integrantes do programa de reserva de vagas:***

1 CF: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal **legislar concorrentemente** sobre: (...)
XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; (...)
§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da **União** limitar-se-á a **estabelecer normas gerais.**
§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

I - a cada fração de 10 candidatos, a décima vaga fica destinada a candidato negro aprovado, de acordo com a sua ordem de classificação na lista específica, em observância ao princípio da proporcionalidade;

II - a cada fração de 33 candidatos, a trigésima terceira vaga fica destinada a candidato indígena aprovado, de acordo com a sua ordem de classificação na lista específica, em observância ao princípio da proporcionalidade.

§ 1º Havendo candidato aprovado e incluso no programa de reserva de vagas na primeira fração de nomeados, a observância ao disposto nos incisos I e II será aplicada em relação à fração seguinte e, assim, sucessivamente.

§ 2º Em havendo mais de um candidato aprovado do programa de reserva de vagas, nas frações de que tratam os incisos I e II, fica dispensada a observância da vaga destinada na respectiva fração e nas seguintes, até que esta se faça necessária em razão da proporcionalidade.

§ 3º Na ocorrência de desistência de vaga por candidato aprovado, convocado do programa de reserva de vagas, nas frações de que tratam os incisos I e II, a vaga remanescente será preenchida por outro candidato do referido programa, respeitada a ordem de classificação da lista específica.

*Art. 11. **As regras estabelecidas neste Decreto também serão aplicadas na nomeação de** CANDIDATOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, **observados o percentual de 5% das vagas, por cargo ou por localidade e, ainda, a aplicação de fração a cada 20 candidatos aprovados a serem nomeados**. (G.n.)*

DECRETO N. 10.015, DE 03 DE AGOSTO DE 2000

*Art. 36. Fica assegurado à **pessoa portadora de deficiência** o direito de se inscrever em concurso público, processos seletivos ou quaisquer outros procedimentos de recrutamento de mão-de-obra, **em igualdade de condições** com os demais candidatos, para provimento de cargo ou emprego públicos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.*

*§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, **sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento** em face da classificação obtida.*

*§ 2º Na aplicação do percentual estabelecido no § 1º deste artigo **será desprezada a fração**, se houver. (redação dada pelo Decreto nº 13.141, de 31 de março de 2011).*

(...)

*Art. 41. A publicação do resultado final do concurso será feita em **duas listas,** contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos, de acordo com a ordem classificatória entre os seus congêneres. (G.n.)*

Na inicial do mandado de segurança, a impetrante afirmou que os artigos 10 e 11 do Decreto 13.141/2011 seriam inconstitucionais, porque estariam ferindo os princípios da proporcionalidade e da isonomia, bem assim que o mais adequado seria a Administração utilizar, para a ordem de nomeação, o CRITÉRIO DE ALTERNÂNCIA.

Por sua vez, o impetrado informou que deixou de nomear a impetrante, sob o seguinte argumento:

"Mister informar que foram oferecidas até o momento apenas cinco vagas para os mencionados cargo e município, de modo que a aplicação do percentual de vagas reservadas (5% de 5 vagas) previsto no Decreto Estadual n. 10.015, resulta no valor de 0,25 (vinte e

cinco décimos), ***o qual é inferior ao mínimo previsto na legislação, que é de 0,5 (cinco décimos), de modo a possibilitar a aplicação do critério de arredondamento*** *constante no* ***§ 3º do art. 1º do Decreto Estadual n. 13.141,*** *acima destacado."* G.n. – (Sic).

A rigor, não subsiste a tese de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade aventada pela impetrante, porquanto o Estado de Mato Grosso do Sul não desbordou de sua competência concorrente, ao suplementar a Lei Federal n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, esta que fixou diretrizes genéricas, dispondo "*sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência".*

O fato é que a Administração Pública Estadual possui competência residual para gerir suas políticas públicas, entre as quais a política inclusiva, consistente em cotas raciais e de deficientes nas vagas destinadas a concurso público.

No caso vertente, o Estado atuou por meio da Lei Estadual n. 3.594/2008, do Decreto Estadual n. 13.141/2011 e do Decreto Estadual n. 10.015/2000, este último que dispõe sobre a Política Estadual para a Promoção e Integração Social da Pessoa Portadora de Deficiência, sem que tais instrumentos normativos tenham contrariado o direito à igualdade assegurado pelo art. 5º e 37 da Constituição Federal.

Na espécie, o Edital, em sintonia com as regras da Constituição Federal e da legislação estadual, disciplinou que aos candidatos com deficiência, aprovados em todas as fases do Concurso Público, seria reservado o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas oferecidas, observando-se o **percentual** previsto no art. 11 do Decreto Estadual n. 13.141, de 31 de março de 2011, aplicando-se a *"fração* ***a cada 20 candidatos aprovados*** *a serem nomeados"* (g.n.).

Como o número de vagas previsto no Edital era de apenas 4 (quatro) vagas, aplicando-se os 5% (cinco por cento) de vagas reservadas aos deficientes físicos, previstos no Regulamento, obtém-se 0,2 (dois décimos), valor inferior aos 0,5 (cinquenta décimos) necessários para o arredondamento a maior.

Mesmo que se considerasse a criação de mais uma vaga e arredondasse para um número inteiro, ainda assim este valor não alcançaria a fração de 20 (vinte) candidatos, estabelecida no art. 11 do Decreto Estadual n. 13.141/2011, considerando que a impetrante, embora tenha passado em primeiro lugar, por ser candidata única na categoria de deficiente, foi classificada, na lista geral, em 30º lugar, ou seja, 10 (dez) lugares aquém do necessário para ser incluída no critério de proporcionalidade previsto em lei, que lhe daria o direito de ser nomeada consoante, também, o critério de alternância previsto no art. 10 e incisos e §§ do Decreto n. 13.141/2011.

Enfim, para se ter a aplicação da reserva de 5% para candidato deficiente, de acordo com o regulamento legal, somente a cada 20 vagas é que estará garantida a proporcionalidade adotada pelo legislador estadual para candidato deficiente.

Como se sabe, a ampla acessibilidade aos cargos públicos é a regra geral exteriorizada em nossa Lei Fundamental, sendo a reserva de vagas decorrente de **ações afirmativas**, ou seja, uma exceção à regra geral no sentido de que determinado número de vagas não será disponibilizado para a ampla concorrência, mas somente para um determinado grupo de pessoas.

Trata-se de uma disposição excepcional estabelecida por concessão do Poder Constituinte em oposição à norma geral (amplo acesso), razão pela qual sua interpretação dá-se de forma restrita.

De conseguinte, a legislação estadual atende aos princípios da isonomia, da alternância, da razoabilidade e da proporcionalidade, garantindo a todos – deficientes, negros, indígenas e não cotistas – a possibilidade de concorrerem em igualdade de condições às vagas do certame, "desigualando-os" de forma constitucionalmente aceita.

Conceder a segurança, ante as condições fáticas apresentadas, constituiria, aí sim, ofensa aos mencionados princípios, em especial o isonômico, pois haveria preterição de um dos candidatos que disputou a vaga pelo sistema de ampla maioria e obteve aprovação.

Não prevalece, a meu ver, portanto, a tese levantada pelos doutos representantes do Ministério Público Estadual e Federal, de que a fração estabelecida no Decreto Estadual n. 13.141/2011 não precisaria ser obedecida (pág. 220), sob pena de se desrespeitar o Edital, que é a lei do certame.

Saliento que o próprio STJ, a analisar o pedido de tutela provisória requerido pela impetrante, cuidou de indeferi-**lo sob o fundamento da inexistência da fumaça do bom direito**, concluindo que é *"impossível,* in casu, *deferir a presente tutela provisória de nomeação no cargo,* ***justamente quando se entendeu anular o acórdão de origem para dar oportunidade ao outro candidato que seria preterido em caso de ter seu direito afetado"*** (pág. 316). G.n.

Como bem assentado pela defesa do litisconsorte passivo necessário, *"a nomeação de um candidato portador de deficiência à 5ª vaga, em detrimento do defendente,* ***não violaria apenas ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, mas também aos princípios da boa-fé administrativa e da proteção à confiança, além da segurança jurídica"*** (pág. 344). G.n.

Enfim, a circunstância de a impetrante ser portadora de alguma necessidade especial não lhe confere direitos superiores aos dos demais candidatos, visto que a proteção que merece das leis afirmativas, em virtude de sua condição, destina-se a colocá-la em pé de igualdade com os demais concorrentes, não podendo ir além das prerrogativas estabelecidas pelo legislador, em consonância com as normas do Edital.

O Supremo Tribunal Federal, instado a julgar questões semelhantes, deixou assentado:

> *EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Arredondamento do coeficiente fracionário para o primeiro número inteiro subsequente. Impossibilidade. Precedentes.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte fixou entendimento no sentido de que* ***a reserva de vagas para portadores de deficiência deve ater-se aos limites da lei, na medida da viabilidade das vagas oferecidas,*** *não sendo possível seu arredondamento no caso de majoração das porcentagens mínima e máxima previstas.*
>
> *2. Agravo regimental não provido. (RE 440988 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-065 Divulg 29-03-2012, public 30-03-2012).*G.n.
>
> *CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO.* ***A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições****. CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas. (MS 26310, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2007, DJe-134 Divulg 30-10-2007 Public 31-10-2007 DJ 31-10-2007 PP-00078 EMENT VOL-02296-01 PP-00071 RTJ VOL-00202-03 PP-01134 RB v. 19, n. 529, 2007, p. 34-36).* G.n.

Não é outro o entendimento deste Órgão Especial, como se infere da seguinte ementa:

> *EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – PREVISÃO EDITALÍCIA – LEI ESTADUAL N.º 3.594/2008 – DECRETO ESTADUAL N.º 13.141/2011 – NÚMERO DE VAGAS – FRAÇÃO – OBSERVAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – ATO DISCRICIONÁRIO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA COM O PARECER.*

> *O artigo 37, VIII, da Carta Maior, assegura às pessoas com necessidades especiais maior acesso ao concurso público, tratando-se de ação afirmativa, também conhecida como discriminações positivas, que consiste em políticas estatais e privadas que visam a inclusão dos portadores na sociedade, melhor dizendo, busca proporcionar a estes a efetiva igualdade de oportunidades a bens fundamentais, por exemplo, a educação e emprego, dedicando-se a mitigar a discriminação.*
>
> ***(...)***
>
> *Como esposado, ao contrário da alegação da impetrante,* ***não há falar em preterição na sua ordem classificatória, diante da regionalização e fracionamento das vagas do certame considerando, sobretudo, que ainda não foram nomeados 20 candidatos da concorrência geral,*** *assim, ausente o seu direito líquido e certo, o que culmina na denegação da ordem.* (Mandado de Segurança n. 1406407-08.2015.8.12.0000. Rel. Des. Divoncir Schreineir Maran, julgado em 18.11.2015). G.n.

Parte dispositiva

Pelo exposto, considerando que a impetrante, única candidata portadora de necessidade especial do certame, apesar de ser beneficiária da lei de cotas, não obteve classificação dentro da fração das primeiras 20 (vinte) vagas da lista geral, conforme o exige o art. 10, *caput*, c/c o art. 11 do Decreto Estadual n. 13.141, de 31 de março de 2011, em contrariedade ao parecer do Ministério Público, denego a segurança.

Custas por conta da impetrante, cuja exigibilidade fica suspensa em virtude de a requerente ser beneficiária da gratuidade processual.

Sem honorários advocatícios, a teor do art. 25 da Lei n. 12.016, de 7.8.2009, da Súmula n. 512 do STF e da Súmula n. 105 do STJ.

É como voto.

O Sr. Des. João Maria Lós (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Paschoal Carmello Leandro (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

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

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Sérgio Fernandes Martins (5º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

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

Acompanho o voto do relator.

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

Acompanho o voto do relator.

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

Acompanho o voto do relator.

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

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Y. M. S., qualificada nos autos, contra ato do Governador do Estado e o Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, consistente em omissão de inclusão de seu nome em lista final de candidatos aprovados e classificados como portadores de deficiência, para provimento do cargo de Analista de Atividade Mercantil, no Concurso Público para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS.

A impetrante sustenta que se inscreveu para o Concurso Público em questão, para a cidade de Campo Grande/MS, na qualidade de **pessoa com deficiência**, de acordo com as exigências do Edital n.1/2014-SAD/JUCEMS (Item 3, subitem 3.3, pagina 02 do edital)

Que foi aprovada em todas as fases, figurando na classificação final do Concurso público.

No entanto, relata a impetrante que a Banca Organizadora não realizou lista à parte, denominada de lista especial, com a classificação, para efeitos de conhecimento, conforme exigido no Edital 1/2014, SAD/JUCEMS item 3, subitem 11.2.3, não respeitando a reserva para deficiente, utilizando-se apenas uma lista com todos os aprovados (deficientes ou não).

A impetrante descreve que, pelo Edital, constou que o referido Concurso oferecia 04 (quatro) vagas, sendo que deste número, 5% das vagas, eram destinadas aos portadores de deficiência e que aplicando esse percentual do total de vagas, teríamos o número fracionado de 0,2 que, em tese, não daria para realizar a convocação, por não preencher uma vaga inteira.

Todavia, argumenta que, com base no art. 37, § 2º, do Decreto Federal n.º 3.298/99, esse número fracionado deve ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, como critério de garantir o princípio da razoabilidade, critério que garante à impetrante o direito de vaga destinada ao cargo, o equivalente ao primeiro número inteiro, respeitado o limite de 20% das vagas, segundo precedentes do STF e do STJ citados pela impetrante, com base no critério da alternância.

Pugnou pela sua nomeação ao cargo de Analista de Atividades Mercantis, com base no critério da alternância, com a concessão da segurança, reconhecendo, por consequência, o direito da impetrante de ser nomeada.

O Relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, no mérito, denegou a segurança, em síntese, porque, "... *considerando que a impetrante, única candidata portadora de necessidade especial do certame, apesar de ser beneficiária da lei de cotas, não obteve classificação dentro da fração das primeiras 20 (vinte) vagas da lista geral, conforme o exige o art. 10, caput, c/c o art. 11 do Decreto Estadual n. 13.141, de 31 de março de 2011, em contrariedade ao parecer do Ministério Público, denego a segurança."*

No que se refere à rejeição da preliminar, acompanho o Relator.

No mérito, respeitosamente divirjo do Relator para, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conceder a segurança.

Deve ser destacado que a reserva de vagas para deficientes físicos nos Concursos Públicos, na forma do art. 37, VIII, da Constituição Federal é marco gerador de políticas públicas de inclusão. Nessa esteira, foi editado o Decreto n.º 3.298/1999, sobre a Política Nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência e a Lei n.º 13.146/2015, que estabelece a inclusão da pessoa com deficiência, conhecido como o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Vê-se que a Constituição Federal elegeu como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e

regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminação.

Neste ano a Constituição Federal completou 30 anos e ainda existem muitas desigualdades sociais e entre estas estão as pessoas com deficiência. Para minimizar o problema da desigualdade, são criadas políticas públicas que são decisões públicas que visam a ações preventivas ou corretivas, com objetivos, estratégias e alocação de recursos em benefício de pessoas em tais situações.

Embora o tema de inclusão envolva elevada complexidade na formulação de políticas públicas, pelo que não se limita somente na inclusão no mercado de trabalho, pois vai além da simples contratação, mas por certo o acesso ao trabalho é um dos fatores relevantes no âmbito dessas políticas públicas.

Nesse contexto, veio o Decreto n.º 3.298/99, que em seu art. 42 dispõe sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa portadora de deficiência, vigente no certame, previa expressamente que a publicação do resultado final do concurso deveria ser realizada em duas listas, uma com a pontuação de todos os candidatos, inclusive com a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação desses últimos.

No caso concreto, houve o descumprimento do edital pelas autoridades apontadas como coatoras, visto que, **primeiramente**, não foi publicada a lista especial de portadores de deficiência física, como deveria ter sido, o que não pode ser considerado como mera irregularidade porque não mais passível de correção, pois o concurso já foi consumado, até porque, como bem ponderou a Procuradoria-Geral de Justiça, verifica-se que não houve a publicação da lista especial de candidatos portadores de deficiência aprovados, figurando a impetrante somente na lista geral de aprovados.

Aliás, as autoridades apontadas como coatoras poderiam, inclusive, juntamente com as informações de fls. 205-206 já apresentado nos autos a alegada irregularidade sanável, o que, no entanto, como já dito, não foi feito, contrariando o Decreto acima mencionado e da mesma forma o Decreto Estadual n.º 10.015, de 03 de agosto de 2000.

Aliás, o descumprimento do edital, nesse ponto, poderia gerar nulidade do certame, o que levaria a uma injustiça em relação aos demais aprovados, pelo que se deve analisar o direito somente da impetrante.

No documento de fl. 207, a impetrada também reconhece o oferecimento de número maior de vagas do que constou do edital, quando diz:

> *"Mister informar que foram oferecidas até o momento apenas cinco vagas para os mencionados cargo e município.."*

Em segundo lugar, também descumpriu o edital, na medida em que nomeou classificado fora do número de vagas (04), sem que tenha convocado qualquer deficiente físico aprovado.

No presente caso, eram 04 (quatro) vagas estabelecidas pelo edital. Houve somente 01 (uma) inscrição de portador de deficiência física, no caso, a ora impetrante.

Pelo que se verifica dos autos foram nomeados os 04 (quatro) aprovados, dentro do número de vagas.

Posteriormente, foi chamado mais um (1) dos classificados, fora do número de vagas previsto no edital, sem que tivesse sido chamada a única aprovada, na condição de deficiente.

Diz a Doutrina com relação ao instituto do Concurso Público, *"deve o administrador levar em consideração o princípio da razoabilidade quanto às exigências do certame, evitando com isso os abusos e as condutas ilegítimas"*.[2]

Ora, pelo que se verifica dos documentos acostados aos autos, a impetrante foi a única dentre os candidatos com deficiência que obteve aprovação em todas as etapas do concurso.

2 Marinela, Fernanda. Direito Administrativo. 8ª ed., p.9.

Em síntese, a defesa da parte impetrada é que a reserva de 5 % das vagas para os aprovados portadores de deficiência não resultaria em um número inteiro e, assim, impossibilitaria a nomeação.

Em que pese os esforços da defesa. Por essa razão não se tem como não conceder a segurança pretendida.

Como bem se sabe, o art. 37, VIII, da Constituição Federal determina a reserva aos portadores de deficiência para o provimento de cargos ou empregos públicos.

O art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99 estabelece que se o percentual mínimo de 5% resultar em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente. Ainda que se pudesse discutir o percentual (0,2) em relação ao número de vagas (04), o que ocorreu no caso foi que houve a nomeação de 05 (cinco) entre os concursados, sem a nomeação de deficiente físico, ou seja, sem reserva de vaga, eis que a impetrante, ainda que aprovada, não foi nomeada, o que não deve ser admitido.

Dentro dessa ótica, se o número de vagas oferecidas no caso em concreto foi de 05 (cinco) vagas, conforme documento de fl. 207, 5% de cinco é 0,25, ou seja, inferior a 1(uma) vaga, de tal sorte que a interpretação do que estabelece o § 2º do art. 37 do Decreto n.º 3.298/99, para se atingir aos fins nele preconizados, indica que a fração deve ser desprezada.

Sendo assim, 05 (cinco) vagas, para que se pudesse reservar as vagas aos portadores de deficiência, uma das vagas deveria ser de pessoa portadora de necessidade especial.

Aliás, essa linha de interpretação deve ser observada, inclusive, para que os órgãos públicos não usem de artifícios, com partilhamento de concursos com menor número de vagas, visando evitar a contratação de pessoas com deficiência.

Nessa linha de raciocínio, **trago à colação parte do voto do Des. Dorival Renato Pavan, lançado no julgamento do Mandado de Segurança n.º 1406407-08.2015.8.12.0000,** que faz uma interpretação do sistema constitucional sobre as políticas de inserção de deficientes, onde assenta:

> *"A atividade jurisdicional deve ser ponderada e razoável visando atender sobretudo aos fins colimados pela norma ainda que a sua literalidade em si externe outra conclusão.*
>
> *Penso que o magistrado não deve ficar adstrito a literalidade da lei mas deve fazer uma interpretação sistemática quando se deparar diante de situações em que a própria mens legis esteja sendo desrespeitada.*
>
> *Reporto-me as palavras do Ministro Ayres Brito quando relator da ADI 3330:*
>
> *"O Direito precisa ser repensado. Deve ser adaptado às condições políticas pelas quais presentemente passamos. (...)"*
>
> *A lei que dispõe sobre a reserva de vagas para candidatos portadores de necessidades especiais para provimento de cargos e empregos públicos da administração direta e indireta é ação afirmativa que tem por escopo a concretização do princípio da isonomia, previsto do caput do art. 5º da Constituição da República, em seu aspecto material, tendo em vista o real conteúdo e profundidade de tal princípio que é, em verdade, um postulado constitucional.*
>
> *Assim, o princípio da igualdade não pode ser visualizado apenas em seu aspecto formal, uma vez que a desigualdade é inerente à condição humana e somente haverá a realização de tal princípio se houver tratamento desigual aos desiguais, como forma de diluir as desigualdades e dar efetividade à mencionada norma constitucional.*
>
> *(...)*
>
> *Com fulcro em tais considerações e atento ao espírito de concretização dos valores democráticos da Constituição da República, curvo-me a necessidade de realizar no caso concreto uma interpretação conforme para que se possa atingir a verdadeira finalidade*

das leis que asseguram a reserva para portadores de necessidades especiais nos concursos públicos promovidos no âmbito do Poder Executivo Estadual.

(...)

Seria o mesmo que conceder um direito por uma norma expressa e retirar o respectivo direito por meio de ações negativas, contrárias ao espírito da Constituição Federal, que objetivam a eliminação de toda e qualquer discriminação ou desigualdade entre homens e mulheres, independentemente do status social, cor e origem e condição física.

Assim, dentro dessa interpretação conforme e para concretizar os postulados almejados na Constituição Federal, se seis eram as vagas oferecidas, e 5% o número de vagas reservadas, deve-se tomar o total das vagas previstas ***no edital*** *para fins de aferição da reserva de vaga respectiva, porque não se sabe se outras existirão e se serão ainda preenchidas dentro do prazo de validade do concurso.*

Nessa ótica, se ***seis eram*** *as vagas oferecidas e 5% reservadas aos portadores de necessidades especiais , e resultando da divisão delas uma fração, esta deve ser desprezada.*

(...)

Somente assim se pode dar uma interpretação conforme à Constituição.

(...)

A prevalecer o entendimento de que somente após atingida a nomeação dos 20 primeiros candidatos é que se poderá nomear o ora impetrante, restará frustrada a finalidade da lei de promover a igualdade, por meio de ações afirmativas, notadamente quando nem de longe foram oferecidas vinte vagas no caso concreto.

Assim, a medida eficaz a ser adotada pelo Poder Judiciário para concretizar a finalidade da norma que assegura a concorrência de candidatos portadores de necessidades especiais é determinar a nomeação e posse do ora impetrante, aprovada em 1º lugar nas vagas reservadas do concurso, sob pena de se frustrar pelo cumprimento do texto literal da lei a finalidade de promoção social a que visa a de reserva de vagas em concurso público, ações afirmativas que objetivam assegurar a igualdade entre todos."

Diante do que foi exposto, entendo que fazendo uma interpretação conforme a Constituição Federal, chega-se a conclusão de que no presente caso, considerando também o descumprimento do edital, conforme já acima mencionado, a impetrante faz jus à nomeação como aprovada no Concurso referido, na condição de deficiente físico, porque inserida dentro dos requisitos legais estabelecidos na legislação pertinente.

Por tais razões, peço vênia ao Ilustre Relator para divergir e conceder a segurança para determinar a convocação da impetrante para tomar posse no Concurso em questão, objeto do presente Mandado de Segurança.

É como voto.

Julgamento adiado para sesssão do dia 02.06.21 em face do pedido de vista do Des. Eduardo Machado Rocha e de suas férias, após o relator, acompanhado dos Desembargadores Lós, Paschoal, Julizar, Sérgio, Marco André, Ruy e Marcos Brito rejeitarem a preliminar e denegarem a segurança, enquanto que o Des. Luiz Gonzaga rejeita a preliminar e concede a segurança. Os demais aguardam.

VOTO (EM 02/06/2021)

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

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Y. M. S., contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, consistente em omitir-se de nomeá-la no cargo de Analista de Atividades Mercantis, para a cidade de Campo Grande, em decorrência de sua aprovação, no Concurso Público de Provas e Títulos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul – JUCEMS, na qualidade de pessoa com deficiência (Edital n. 1/2014 – SAD/JUCEMS).

Após o e. Relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, denegar a segurança e o vogal, Des. Luiz Gonzaga, conceder a ordem, pedi vista dos autos.

Acompanho o e. Relator, conforme inclusive já havia decidido anteriormente.

Na hipótese, havendo apenas 4 vagas disponíveis para o cargo pretendido, a impetrante, em 30º lugar na classificação geral, não tem direito líquido e certo à nomeação. Isso porque, como visto, o edital do concurso em debate prevê a reserva de 5% das vagas aos portadores de deficiência, observando-se o percentual previsto no art. 11 do Decreto Estadual n. 13.141, de 31 de março de 2011, aplicando-se a "fração a cada 20 candidatos aprovados a serem nomeados.

Destarte, como o número de vagas previsto no Edital era de apenas 4 (quatro) vagas, aplicando-se os 5% (cinco por cento) de vagas reservadas aos deficientes físicos, previstos no Regulamento, obtém-se 0,2 (dois décimos), valor inferior aos 0,5 (cinquenta décimos) necessários para o arredondamento a maior.

Este Tribunal também já teve oportunidade de analisar a matéria, *verbis:*

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – COTAS DE DEFICIENTE – ARREDONDAMENTO PARA NÚMERO INTEIRO SUBSEQUENTE – POSSIBILIDADE DESDE QUE OBSERVADO O LIMITE DE 20% - PERCENTUAL ALCANÇADO DE 16.60% QUE GARANTE AO IMPETRANTE A VAGA – EFETIVIDADE DA NORMA – ORDEM CONCEDIDA – SENTENÇA Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul REFORMADA. Previsto o percentual reservado aos candidatos cotista, em caso de número de vagas fracionado deve ser feito o arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente de modo a garantir a aplicação da lei e efetividade da ação afirmativa. De acordo com o parecer. Segurança concedida. Sentença reformada*."(TJMS. Apelação n. 0800453-15.2016.8.12.0026, Bataguassu, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 06/06/2018, p: 06/06/2018)

E ainda,

> *"MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA INGRESSO NO CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO FÍSICA - CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS - APROVAÇÃO EM PRIMEIRO LUGAR NO MUNICÍPIO DE OPÇÃO PARA OS CANDIDATOS ESPECIAIS NA ÁREA DE ATUAÇÃO/ DISCIPLINA AO QUAL OPTOU EM CONCORRER - PERCENTUAL MÍNIMO DE 5% DAS VAGAS - NÚMERO FRACIONADO - ARREDONDAMENTO PARA O PRIMEIRO NÚMERO INTEIRO SUBSEQUENTE DESDE QUE OBSERVADO O LIMITE MÁXIMO DE 20% DAS VAGAS OFERECIDAS - SEGURANÇA NEGADA. Ainda que o arredondamento da fração de reserva de vagas seja possível, este não pode ultrapassar o limite máximo previsto em lei. O Decreto Estadual determina reserva mínima de 5%, contudo, nada preconiza quanto ao percentual máximo para reserva de vaga, como o faz o Estatuto dos Servidores Públicos da União (Lei n. 8.112/1990). Em caso de lacuna na legislação estadual, pacificou-se a jurisprudência do STJ pela aplicação por analogia da Lei 8.112/1990. No caso em exame, além dos 5% de vagas destinadas ao deficiente físico - equivalente a 0,4 vaga, também foi reservado 10% para candidato negro - equivalente a 0,8 vaga e 3% para o candidato índio - equivalente a 0,24 vaga. Daí que somando as quotas reservadas aos negros e índios, qual seja, 13%, tem-se que a estes estaria destinado 1,04 vagas (8 vagas x 13%). Consequentemente o arredondamento da fração de 0,4 das oito vagas disponíveis a deficiente físico implicaria em uma vaga a ser preenchida pela impetrante, que somada a quantidade das demais quotas*

de reserva resultaria em 2,04 vagas, superior a 25% do total de vagas oferecidas, o que extrapola o limite máximo de 20% previsto em lei, razão pela qual deve ser denegada a segurança pleiteada. " (TJMS. Mandado de Segurança n. 4012343-96.2013.8.12.0000, Tribunal de Justiça, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 24/02/2014, p: 22/04/2014)

Dessa forma, como não há ato ilegal ou abusivo a ser combatido por meio de mandado de segurança, não há que se falar em direito líquido e certo, devendo ser denegada a ordem.

Diante do exposto, acompanho o Relator para denegar a segurança.

É como voto.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (11º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

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

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, rejeitaram a preliminar. por maioria e contra o parecer, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator, vencido o des. luiz gonzaga que concedia.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. 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. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 2 de junho de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0800829-98.2020.8.12.0013 - Jardim

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA – AUTOS FÍSICOS - DATA DA INTIMAÇÃO DO RETORNO DOS AUTOS FÍSICOS À ORIGEM – PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO – SÚMULA 85 DO STJ – PRESCRIÇÃO AFASTADA – RECURSO PROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido, nos casos de autos físicos, que a contagem do prazo prescricional seja feita desde a intimação do retorno dos autos à origem.

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

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, afastaram a prescrição e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de março de 2021

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

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

S. R. P. T. apela da sentença que nos autos da Execução Individual de Sentença Coletiva proposta em face do Município de Jardim, extinguiu o feito pela ocorrência da prescrição.

Explica que embora o prazo prescricional comece a ser contado da data do trânsito em julgado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que, nos casos de autos físicos, a contagem seja feita desde a intimação do retorno dos autos à origem.

Relata que os autos do processo original (0000898-18.2010.8.12.0013) tramitou em autos físicos e assim, somente retornou à origem em novembro de 2015 (fl. 148-150).

Pontua que a parte somente fora intimada do retorno dos autos em 01/12/2015, data que deve ser considerada como termo inicial para contagem do prazo para cumprimento de sentença em desfavor da fazenda pública, assim, o prazo preclusivo seria 01/12/2020, o que torna tempestiva a presente iniciada em 19/08/2020.

Defende que nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescreve as prestações, vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, conforme preceitua a Súmula 163 do STF.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso para que seja anulada a sentença com inversão do ônus da sucumbência e condenação ao pagamento de custas e

despesas processuais.

Contrarrazões às fl. 178/187, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

S. R. P. T. apela da sentença que nos autos da Execução Individual de Sentença Coletiva proposta em face do Município de Jardim, extinguiu o feito pela ocorrência da prescrição.

Cinge-se a controvérsia em saber se a contagem do início da prescrição, no caso de autos físicos, conta do trânsito em julgado da sentença ou da intimação das partes sobre o retorno do processo à comarca de origem.

No caso, ao contrário do entendimento exposto na sentença, entendo que tratando-se de processo físico, o prazo prescricional começa a fluir a partir da intimação do retorno dos autos à origem.

Por se tratar-se de processo físico, a parte só terá condição de protocolar a execução definitiva da sentença, quando do retorno dos autos à instância de origem, sendo portanto, induvidoso que a contagem do prazo prescricional deverá começar quando da intimação desse ato, e não da data do trânsito em julgado.

O Superior Tribunal de Justiça, já proferiu entendimento de que o prazo prescricional da execução é o mesmo da ação de conhecimento, fluindo a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, admitindo-se, nos casos de autos físicos, que a contagem seja feita desde a intimação do retorno dos autos à origem. Sendo esse o caso dos autos.

Confira-se:

> *"RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO FORMADO NO BOJO DE AÇÃO CONDENATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. SÚMULA 150 DO STF. REPARAÇÃO CIVIL. PRAZO DE TRÊS ANOS, ART. 206, § 3º, V, CÓDIGO CIVIL. TRÂNSITO EM JULGADO. INTERRUPÇÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL. PEDIDO DE DESARQUIVAMENTO DOS AUTOS. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 202 E 206 DO CÓDIGO CIVIL. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Hipótese: Trata-se de ação de reparação de danos julgada procedente pelo juízo de primeira instância, sendo reformada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal com relação ao quantum indenizatório, cujo acórdão transitou em julgado em 03/05/2004. Intimadas as partes a respeito do retorno dos autos à origem, em 21/06/2004. A recorrida permaneceu inerte, os autos foram arquivados. Somente em 17/05/2007 houve pedido de desarquivamento e em 05/09/2007 requerimento do cumprimento da sentença. O recorrente apresentou exceção de pré-executividade, sustentando a ocorrência da prescrição, cujo pedido foi rejeitado. Ao agravo de instrumento foi negado provimento. 1. Na linha da jurisprudência desta Corte, o prazo da prescrição da execução é o mesmo da ação de conhecimento, a teor da Súmula 150 do STF, fluindo a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. 2. A petição onde consta o pedido de desarquivamento dos autos não pode ser tida como causa interruptiva da prescrição, visto que não se amolda às hipóteses descriminadas nos incisos do artigo 202 do Código Civil. 3. O pedido de cumprimento de sentença é que tem o condão de interromper a prescrição. 4. Do trânsito em julgado, ou ainda, da intimação das partes do retorno dos autos à origem até a interposição do pedido de cumprimento de sentença,*

transcorreu período superior a 3 (três) anos, prazo este previsto no inciso V do § 3º do art. 206 do Código Civil, portanto o prazo prescricional restou alcançado. 5. Recurso especial provido para reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão executória.", grifei. (REsp 1155060/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 10/03/2016)"

Nesse sentido:

> *"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO PELO TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE A DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO E DO PROTOCOLO DA EXECUÇÃO – ADOÇÃO, NO CASO, DA DATA DA INTIMAÇÃO DO RETORNO DOS AUTOS FÍSICOS À ORIGEM COMO TERMO INICIAL DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO – RECURSO IMPROVIDO. -* ***Em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prazo prescricional da execução é o mesmo da ação de conhecimento, fluindo a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, admitindo-se, nos casos de autos físicos, que a contagem seja feita desde a intimação do retorno dos autos à origem.*** *(TJ-MS - AI: 14045869020208120000 MS 1404586-90.2020.8.12.0000, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 29/05/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 03/06/2020). Destaquei*

Verifica-se dos autos que a sentença transitou em julgado em 25/09/2014, retornado os autos à origem em 13/11/2015 (fl. 32), sendo que a parte foi intimada dos retorno dos autos físicos em 01/12/2015, sendo protocolada a execução individual de sentença coletiva em 17/08/2020, ou seja, antes de expirado o prazo prescricional de 5 anos previsto o art. 1º do Decreto Federal n. º 20.910/32.

Ademais é de se pontuar que o caso em apreço versa sobre relação jurídica de trato sucessivo, de forma que deve ser observado o teor do enunciado da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, que prescreve:

> **"Súmula 85.** *Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação".*

Portanto, a reforma da sentença recorrida é medida de rigor, de modo a afastar a prescrição reconhecida.

Isso posto, dou provimento ao recurso para tornar insubsistente a sentença recorrida, determinando o regular prosseguimento do feito.

Outrossim, inverto os ônus sucumbenciais.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a prescrição e 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. 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, 29 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0817166-77.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESULTADO FALSO POSITIVO PARA HIV – EXAMES INDETERMINADOS – HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO – AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS QUANTO A CONDUTA MÉDICA NO ENCAMINHAMENTO DO CASO – CONDUTA ILÍCITA NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO.

Não havendo provas suficientes para comprovar o nexo causal entre a conduta do médico e o suposto dano experimentado, não há que se falar em dano moral, mormente quando observado o resultado do exame - indeterminado não se prestando a obter diagnóstico.

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, 29 de março de 2021

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

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

L. G. P. R. e E. R. de O. apelam da sentença que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial da Ação Ordinária de Danos Morais ajuizada em face da Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul e Estado do Mato Grosso do Sul.

Nas razões recursais (fls. 266/277), aduzem em síntese, que: a) sofreram prejuízos de ordem moral, emocional e familiar, que foram comprovados em prova testemunhal; b) que foi comprovado nexo de causalidade por meio dos documentos apresentados e depoimento das testemunhas; c) que o médico M. N. C., era funcionário da FUNSAU a época dos fatos, consoante Diário Oficial nº 9.790 de 29 de novembro de 2018; d) que diante as provas apresentadas caberia aos Recorridos provar os fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito da Apelante a fim de afastar o nexo de causalidade, o que afirma não ter ocorrido.

Ao final, pugnam pelo provimento do recurso para que o pedido inicial seja julgado procedente.

Respostas às fls. 287-293 e 294-305.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por L. G. P. R. e E. R. de O. em face da sentença prolatada pelo juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande que, na ação de indenização por danos morais proposta contra FUNSAL e Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente a pretensão inicial.

A presente ação foi proposta pelos recorrentes em decorrência informação prestada por médico da Funsal no sentido de que a apelante L. G. P. R. era portadora do vírus HIV, quando na realidade era falso/positivo.

Juízo a quo julgou a demanda improcedente. Por oportuno, colha-se trechos da sentença:

"(...) Anote-se que de acordo com as regras ordinárias de distribuição dos ônus das provas previstas no artigo 373 do Código de Processo Civil, cabe ao autor provar os fatos constitutivos dos direitos que reclama em juízo, e ao réu, os fatos que alega em contraposição, sejam modificativos, impeditivos ou extintivos.

No caso em tela, não há provas de que o médico atendente, no âmbito do Hemosul do Hospital Regional, tenha realmente diagnosticado erroneamente a patologia, levando às consequências danosas apresentadas nos autos, tanto em relação ao sofrimento pela notícia, quanto sobre o impacto desta no relacionamento conjugal dos REQUERENTES.

O cerne da discussão reside na presença ou não do Poder Público, no momento em que a REQUERENTE L. G. P. R. tomou conhecimento do resultado dos exames, os quais não se apresentavam conclusivos.

Aponte-se que a indeterminação dos resultados, atinentes à doação de sangue menciona na inicial como sendo a que levou à notícia da patologia, é fato incontroverso, assim como o resultado posterior que indicou pela ausência do vírus HIV na REQUERENTE.

Desta maneira, interligar os REQUERIDOS ao resultado danoso apontado requer a prova robusta de que algum de seus prepostos efetivamente atuou em erro de diagnóstico e relatou a falsa doença à REQUERENTE.

Nesse passo, nada há nos autos que possa levar à conclusão contida na inicial, eis que as declarações prestadas pela REQUERENTE L. G. P. R. em juízo não se sustentam no restante do arcabouço probatório.

Vale mencionar que as testemunhas arroladas pelos REQUERENTES não estavam presentes no momento que a REQUERENTE L. G. P. R. recebeu o resultado dos exames, sendo que apenas souberam informar que a encontraram logo após o fato em situação de lamentação sobre a notícia. Também as informações prestadas em depoimento pelo médico que atendeu a REQUERENTE L. G. P. R e relevam que as condutas realizadas no âmbito do Hemosul não se prestam a obter diagnósticos, mas apenas para indicar se o doador está ou não apto a futuras doações e se o sangue coletado pode ou não ser utilizado em algum receptor, já que se trata de banco de sangue.

Nesse contexto, destaca-se a improcedência do pedido em relação à REQUERIDA Funsau, responsável pelo Hospital Regional de Mato Grosso do Sul, uma vez que o Hemosul, apesar de manter um banco de coleta nas dependências daquele nosocômio, está vinculado e sob a administração da Secretaria Estadual de Saúde.

Portanto, considerando que o médico que atendeu a REQUERENTE L. G. P. R prestava serviços à Hemorrede, nada há que possa vincular a REQUERIDA Funsau aos atos praticados por servidores do Estado de Mato Grosso Sul, ligados à Secretaria Estadual de Saúde.

Como é sabido, a responsabilidade civil relativa ao Estado REQUERIDO, nos termos do artigo 37, § 6º, da CF, impõe que o Poder Público responda pelos atos de seus agentes.

Ocorre que, neste caso, não há provas de que o médico Márcio Nasser Cubel, ouvido em juízo, tenha prestado diagnóstico falso, tampouco que tenha encaminhado a REQUERENTE L. G. P. R. para tratamento da doença, sem contra prova dos resultados, mesmo porque seu ofício, no âmbito do Hemosul, não se relaciona à formulação de diagnósticos ou encaminhamento a tratamentos.

Depreende-se dos resultados dos exames apresentados nos autos que nenhum deles aponta, com clareza para a presença de soro positivo de HIV.

No mesmo sentido, não há nada que possa revelar que um resultado indeterminado ou inconclusivo leve à presunção de que exista a doença, ou mesmo que o médico assim tenha agido – de informar um falso positivo sem a presença de um laudo de exame que o indicasse."

Segundo narra a inicial, a autora compareceu no hospital Regional de Mato Grosso do Sul (HRMS), onde trabalha, visando compor os exames preventivos, que são realizados anualmente pelos servidores, tendo recebido dias depois, pelo médico, que provavelmente "carregava em seu organismo o vírus HIV", sendo determinado fosse realizado exame complementar, que apresentou resultado igual ao primeiro, orientada a procurar acompanhamento ambulatorial no Centro de Hematologia e Hemoterapia do Mato Grosso do Sul.

Diante de tais fatos, os apelantes aduzem terem sofrido abalo emocional. Sustenta a apelante L. G. P. R. que começou a desconfiar de seu marido, que ele havia lhe traído, ou mesmo lhe transmitido a doença, dessa forma chegou a consultá-lo sobre a possibilidade de o mesmo estar portando o vírus da AIDS.

Relatam que aguardaram meses o aparecimento de algum sinal ou mesmo sintoma da doença, fato que não ocorreu, de modo que em 03/11/2014 L. G. P. R. procurou o banco de sangue da Santa Casa, sendo feito novo exame que acabou por dar resultado negativo.

Deduziram que o Hospital Regional não poderia ter informado que ela era portadora de vírus HIV, muito menos realizar o seu encaminhamento para tratamento ambulatorial, ou melhor, não poderia mandar procurar um médico infectologista, mas sim ter procedido de forma estabelecida pelo Ministério de Saúde, ou seja, ter submetido à investigação anticorpos anti-HIV-2, bem como deveria ter realizado nova coleta de amostra após 30 dias do resultado, que não feito pela ré.

Concluíram que a reprovável conduta do Hospital levou L. G. P. R. e seus familiares a acreditarem ser ela portadora do vírus HIV, pois, se tivesse adotado todos os passos obrigatórios, incluindo-se o fluxograma, certamente, teria constatado, como constatou o outro laboratório, que a autora não portava o vírus HIV.

Pois bem. A pretensão de responsabilização civil da Funsal e do Estado de Mato Grosso do Sul no presente caso está lastreada na teoria objetiva, consagrada no art. 37, §6º, da Constituição Republicana, que determina a responsabilidade civil objetiva do Estado e dos prestadores de serviços públicos por danos que seus agentes eventualmente causarem a terceiros, *in verbis*:

Art. 37[...]

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A teoria do risco administrativo baseia-se no risco que a atuação do Estado e dos prestadores de serviços públicos encerra para os administrados e na possibilidade de acarretar ônus a certos membros da comunidade, que não seja suportado pelos demais, razão pela qual esse ônus deve ser reparado por toda a coletividade.

A propósito, leciona a publicista Maria Sylvia Zanella Di Pietro que tal responsabilidade baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais:

> *"Assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público." (Direito Administrativo. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 642).*

A doutrinadora continua sua lição explicando as diferenças fundamentais entre a responsabilidade objetiva estatal e a responsabilidade subjetiva (tradicionalmente adotada no âmbito das relações privadas):

> *Nessa teoria (risco administrativo), a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.*
>
> *Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal), c) que haja um nexo de causalidade entre o agente público e o dano" (Op. cit., p. 642).*

Odete Medauar, ao tratar da responsabilidade do Estado, também registra:

> *"Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se, hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir." (Direito Administrativo Moderno, 9ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2005, pág. 430).*

Assim, basta para o lesado demonstrar o nexo causal entre o ato lesivo e o dano experimentado, prescindindo a investigação da culpa por parte do Estado. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

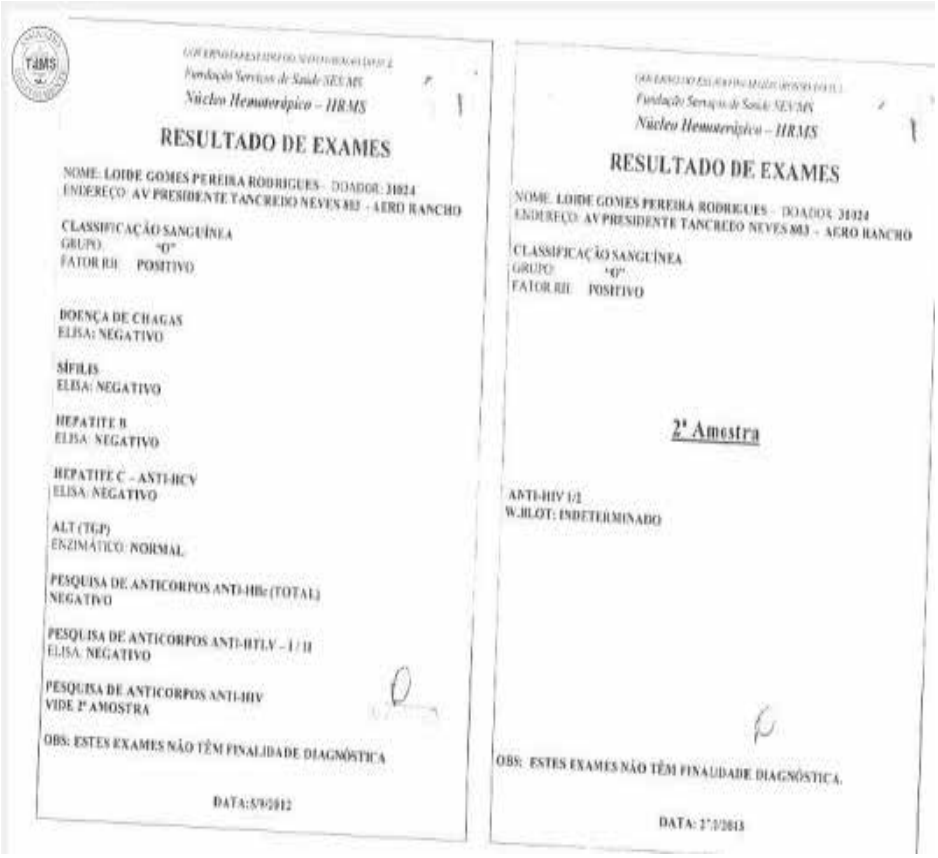
> *"Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano."*[1]

Em contrapartida, o Estado não seria responsabilizado na hipótese de inexistir liame causal, ou seja, quando constatada culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, fato exclusivo de terceiro ou se a atitude ensejadora do pleito reparatório tivesse ocorrido no estrito cumprimento de um dever legal.

Feitas essas considerações acerca do regime da responsabilidade atribuída aos demandados - responsabilidade objetiva - voltando ao caso concreto, desde logo, entendo que não prosperam as alegações formuladas em sede recursal no que tange ao dever de indenizar.

Analisando detidamente os autos, verifico, que os exames feitos no Hospital Regional, apresentaram resultado indeterminado, constando ainda em seu corpo a observação: "Estes exames não têm finalidade diagnóstica. Vejamos:

1 Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. Malheiros Editores, 1999, p.665.



Fundação Serviços de Saúde SES/MS
Núcleo Hemoterápico – HRMS

RESULTADO DE EXAMES

NOME: LOIDE GOMES PEREIRA RODRIGUES - DOADOR: 31024
ENDEREÇO: AV PRESIDENTE TANCREDO NEVES 883 - AERO RANCHO

CLASSIFICAÇÃO SANGUÍNEA
GRUPO: "O"
FATOR RH: POSITIVO

DOENÇA DE CHAGAS
ELISA: NEGATIVO

SÍFILIS
ELISA: NEGATIVO

HEPATITE B
ELISA: NEGATIVO

HEPATITE C – ANTI-HCV
ELISA: NEGATIVO

ALT (TGP)
ENZIMÁTICO: NORMAL

PESQUISA DE ANTICORPOS ANTI-HBc (TOTAL)
NEGATIVO

PESQUISA DE ANTICORPOS ANTI-HTLV – I / II
ELISA: NEGATIVO

PESQUISA DE ANTICORPOS ANTI-HIV
VIDE 2ª AMOSTRA

OBS: ESTES EXAMES NÃO TÊM FINALIDADE DIAGNÓSTICA

DATA: 5/9/2012

Fundação Serviços de Saúde SES/MS
Núcleo Hemoterápico – HRMS

RESULTADO DE EXAMES

NOME: LOIDE GOMES PEREIRA RODRIGUES - DOADOR: 31024
ENDEREÇO: AV PRESIDENTE TANCREDO NEVES 883 - AERO RANCHO

CLASSIFICAÇÃO SANGUÍNEA
GRUPO: "O"
FATOR RH: POSITIVO

2ª Amostra

ANTI-HIV 1/2
W.BLOT: INDETERMINADO

OBS: ESTES EXAMES NÃO TÊM FINALIDADE DIAGNÓSTICA.

DATA: 2/7/2013

Ademais, a autora não logrou êxito em comprovar que realmente foi encaminhada para tratamento por infectologista, pois não colacionou aos autos nenhum documento que pudesse confirmar o suposto tratamento, sendo que, meras alegações sem lastro probatório não se prestam a imputar ato lesivo e o suposto dano experimentado pelos apelantes.

Por outro lado, as testemunhas da requerente ouvidas em juízo não souberam infirmar com precisão se a apelante foi submetida a tratamento médico devido a comunicação do resultado de exame, apenas afirmando que souberam da noticia da suposta doença da autora.

Como bem salientou o juiz *a quo* o depoimento prestado pelo médico que atendeu a requerente, *"revelam que as condutas realizadas no âmbito do Hemosul não se prestam a obter diagnósticos, mas apenas para indicar se o doador está ou não apto a futuras doações e se o sangue coletado pode ou não ser utilizado em algum receptor, já que se trata de banco de sangue."*

Portanto, considerando os resultados indeterminados dos exames realizado no âmbito do Hospital Regional, bem como, a ausência de provas da conduta do médico por suposto diagnóstico falso e encaminhamento para tratamento, não vislumbro falha na prestação dos serviços capaz de gerar o dever de indenizar, razão por que se impõe a manutenção da sentença recorrida.

Nesse sentido, colha-se julgados dessa E. Corte de Justiça:

> *"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO - HIV - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O DANO – DANO MATERIAL - NÃO DEMONSTRADO - MAJORAÇÃO HONORÁRIA ADVOCATÍCIA - NOVO CPC - RECURSO NÃO PROVIDO. Não havendo provas suficientes para comprovar o nexo causal entre a conduta do médico e o suposto dano experimentado, não há que se falar em dano moral, mormente quando o dano foi causado pelo próprio cônjuge da apelante conforme testemunhas arroladas no processo. (...)" (Apelação n. 0801095-70.2015.8.12.001; Órgão Julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Relator: Des. DIVONCIR SCHREINER MARAN, j: 12/07/2016, p: 13/07/2016) *destaquei*

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO MÉDICO. FALTA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE CULPA. CRIANÇA QUE NASCE PREMATURAMENTE E COM DIAGNÓSTICO POSITIVO PARA HIV/AIDS. GRAVIDEZ DE ALTÍSSIMORISCO. INDENIZAÇÃO AFASTADA. "FAUTE DU SERVICE". INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO E DO HOSPITAL. INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Se os documentos e as provas trazidas aos autos não comprovam a culpa do médico, não há falar em indenização por danos morais ou materiais. Nada obstante seja objetiva, é indispensável a prova efetiva da ocorrência do defeito do serviço prestado para que se possa configurar a responsabilidade civil do município e do hospital." (AC 0803076-32.2013.8.12.0002. Rel. Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. J. 10/05/2015) (g.n.)

Consigno, finalmente, que a surpresa e indignação dos requerentes, ainda que naturais e compreensíveis, não são suficientes para ensejar a responsabilização da Funsal e do Estado do Mato Grosso do Sul, porquanto ausente provas do ato ilícito.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Em atenção ao teor do § 11º do art. 85 do CPC/2015, majoro em 2% a verba honorária fixada na sentença. Registro suspensão da exigibilidade, nos termos do §3º do art. 98 do CPC/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(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, 29 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Agravo de Instrumento nº 1402257-71.2021.8.12.0000 - Ponta Porã

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – VISTA PARA CONTRAMINUTA – DECISÃO INDEFERITÓRIA DE TUTELA DE URGÊNCIA - TRIANGULAÇÃO PROCESSUAL NÃO INSTAURADA – EXCEPCIONALIDADE – DESNECESSIDADE DA INTIMAÇÃO – JULGAMENTO DIREITO PELO TRIBUNAL – PRECEDENTES STJ – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – NEGATIVA DE LIGAÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA NO IMÓVEL – REQUISITO DA COMPROVAÇÃO DA POSSE – RESOLUÇÃO Nº 414/2010 DA ANEEL – POSSE IRREGULAR – ÁREA INVADIDA - TUTELA INDEFERIDA PELO JUÍZO *A QUO* – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A intimação do agravado para apresentar resposta ao agravo de instrumento é obrigatória, nos termos do artigo 1.019, II, CPC. No entanto, tratando-se de tutela provisória, oriunda de processo em que ainda não foi concretizada a relação processual, em atenção ao princípio da celeridade e à regra da efetividade, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o agravo pode ser julgado independentemente da intimação da parte agravada, que ainda não foi citada e não tem advogado constituído nos autos (REsp. n.º 175.368/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 12/08/2002).

Um dos requisitos necessários à solicitação de fornecimento da energia elétrica é a comprovação da posse sobre o imóvel pelo interessado, consoante disciplina o art. 27, II, "h", da Resolução Aneel nº 414/2010.

Por certo que a norma ao exigir a comprovação da posse está a se restringir às hipóteses de posse regular, ou seja, ao menos justa e de boa-fé, não sendo crível adotar uma interpretação ampliativa ao dispositivo de modo a refletir no resguardo judicial de situação fáticas irregulares, contrárias ao princípio civilístico fundamental da eticidade, como no presente caso em que trata-se de lote invadido.

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, 29 de março de 2021

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

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

N. S. agrava da decisão que indeferiu o pedido de concessão de tutela de urgência formulado nos autos da Ação de Obrigação de Fazer ajuizada em desfavor de Energisa Mato Grosso do Sul.

Sustenta que solicitou junto ao serviço de atendimento ao cliente as providências necessárias para viabilizar o fornecimento de energia elétrica sem obter êxito.

Afirma que, diante disso, a agravante propôs a presente demanda, requerendo a procedência do pedido, para que a agravada seja obrigada a fornecer energia elétrica em seu domicílio, a fim de que a demandante e sua família tenham uma vida mais digna.

Salienta que os imóveis confrontantes possuem fornecimento de energia. Portanto, não há justificativa para o não fornecimento à autor.

Assim, considerando que o fornecimento de energia elétrica é serviço público essencial, ou seja, indispensável à vida das pessoas, não é razoável que seja indevidamente negado pelo Poder Público.

Ao final, requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo ativo e seu provimento para concessão da tutela consistente na autorização para ligação de energia elétrica no imóvel, situado na Travessa Andorinha, nº 185, Bairro Conquista, Ponta Porã/MS.

Às fls. 56 foi determinada a expedição de ofício a Prefeitura Municipal de Ponta Porã para prestar informações se o imóvel objeto desta ação se trata de área pública, invadida pela agravante.

Infomações prestadas às fls. 62-66.

É o relatório.

VOTO

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

Inicialmente, importa esclarecer que passarei a julgar diretamente o mérito do presente recurso, vez que ainda não foi formada a relação processual nos autos de origem, ou seja, o requerido/agravado ainda não foi citado para formar a triangulação processual.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que "*ainda não formada a relação processual, não há necessidade de intimação da parte adversa para oferecimento das contra-razões nos autos do agravo de instrumento onde se examina o indeferimento de medida liminar inaudita altera pars.*" (AgRg na MC 5.611/MA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, julgado em 26/11/2002, DJ 03/02/2003, p. 298)

Assim, a Corte da Cidadania tem entendido, reiteradamente, que no procedimento de agravo de instrumento manejado contra decisão interlocutória indeferitória de medida liminar, não há necessidade de intimação da parte adversa, quando esta ainda não houver ingressado na relação processual, como no presente caso ocorre.

A propósito, colhe-se excerto da brilhante fundamentação do voto proferido pelo Eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp. n.º 205.039/RS, a saber:

> *"Tratando-se de decisão que o juiz pode tomar independente da intimação ou citação do réu, como acontece no caso em que se reclama do implícito indeferimento da medida liminar pleiteada, também há de se admitir que o recurso interposto dessa decisão seja apreciado pelo Tribunal independentemente de intimação da parte ré, ainda não citada e até ali sequer presente nos autos através de advogado. No sistema implantado pela nova legislação, que se dirige para a presteza e eficácia na prestação jurisdicional, a intimação a que se refere o art. 527, III, do CPC, é da parte que já integra a relação processual, o que não acontece no caso de exame de providência initio litis, a ser adotada ainda antes da citação e sem que presente no processo o réu ou seu advogado, sabendo-se que este é o que deverá ser intimado para responder. Nem poderia ser diferente, pois se a medida tem urgência, o seu exame não poderia ficar dependente do decurso de prazo de dez dias para a defesa.*

No mesmo sentido:

> *PROCESSO CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. DEFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO (ART. 522, CPC). VISTA PARA RESPOSTA. OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. DECISÃO LIMINAR. RELAÇÃO PROCESSUAL NÃO INSTAURADA. EXCEPCIONALIDADE. DESNECESSIDADE DA INTIMAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. I - A intimação do agravado para apresentar resposta ao agravo de instrumento (art. 522, CPC) é obrigatória, nos termos do artigo 527, III, CPC.* **No entanto, tratando-se de decisão liminar, oriunda de processo em que ainda não foi concretizada a relação processual, em atenção ao princípio da celeridade e à regra da efetividade, já decidiu a Turma que o agravo pode ser julgado independentemente da intimação da parte agravada, que ainda não foi citada e não tem advogado constituído nos autos**. *II - Não se vislumbra violação do art. 535-II, CPC, quando examinada a questão posta nos embargos de declaração. III - Se não demonstrada eficazmente a apontada violação do dispositivo legal infraconstitucional, incide o enunciado n. 284 da súmula/STF. (REsp. n.º 175.368/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 12/08/2002, p. 00213) (g.n.)*

Desta feita, despicienda se torna determinar diligências para citação/intimação do agravado para contraminutar o presente recurso, pois como visto, a apreciação e julgamento do recurso diretamente pelo Tribunal, independentemente da intimação da parte ré, prestigia os princípios da celeridade e da efetividade processual.

Pois bem. A questão limita-se a análise da presença dos requisitos ensejadores da tutela de urgência com a finalidade de obrigar a Energisa a providenciar ligação de energia elétrica no imóvel residencial supostamente de propriedade da agravante.

E para a concessão da tutela de urgência pleiteada pelo agravante, o artigo 300 do Código de Processo Civil prevê que "*[...] será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo"*.

Ausente a demonstração cumulativa desses requisitos, não poderá ser concedida a tutela.

Na hipótese dos autos, tenho que a decisão agravada deve ser mantida.

Isso porque restou comprovado nos autos que a parte agravante não é proprietária do imóvel ao qual pretende a ligação de energia elétrica, já que o local onde está situado o imóvel se trata de uma área da união invadida.

Essa situação evidencia a ausência dos requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência, na medida em que não provada a negativa pela concessionária de energia elétrica, nem a propriedade nem a posse efetivamente do imóvel ao qual se pretende a ligação da energia elétrica, a teor do quanto determinado no artigo 27 da Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL que estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica:

> *"Art. 27. Efetivada a solicitação do interessado de fornecimento inicial, aumento ou redução de carga, alteração do nível de tensão, entre outras, a distribuidora deve cientificá-lo quanto à:*
>
> *I obrigatoriedade, quando couber, de:*
>
> *a) observância, na unidade consumidora, das normas e padrões disponibilizados pela distribuidora, assim como daquelas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, naquilo que couber e não dispuser contrariamente à regulamentação da ANEEL;*
>
> *(...)*
>
> *c) declaração descritiva da carga instalada na unidade consumidora;*

(...)

II necessidade eventual de:

(...)

h) **apresentação de documento, com data, que comprove a propriedade ou posse do imóvel.***"*

Nesse sentido, aliás, já se posicionou esta Egrégia Corte:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONSUMIDOR – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – NEGATIVA DE LIGAÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA NO IMÓVEL – REQUISITO DA COMPROVAÇÃO DA POSSE – RESOLUÇÃO Nº 414/2010 DA ANEEL – INDÍCIOS DE POSSE IRREGULAR – TUTELA INDEFERIDA PELO JUÍZO A QUO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. 1 – Um dos requisitos necessários à solicitação de fornecimento da energia elétrica é a comprovação da posse sobre o imóvel pelo interessado, consoante disciplina o art. 27, II, "h", da Resolução Aneel nº 414/2010. 2 - Por certo que a norma ao exigir a comprovação da posse está a restringir-se as hipóteses de posse regular, ou seja, ao menos justa e de boa-fé, não sendo crível adotar uma interpretação ampliativa ao dispositivo de modo a refletir no resguardo judicial de situação fáticas irregulares, contrárias ao princípio civilístico fundamental da eticidade. 3 – Recurso desprovido. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1409070-90.2016.8.12.0000, Dourados, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 30/01/2017, p: 03/02/2017)*

Então, por ora, não se encontram preenchidos os requisitos necessários à concessão da medida de urgência.

Irretorquível, portanto, a decisão recorrida.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(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, 29 de março de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação / Remessa Necessária n.º 0000111-80.2010.8.12.0015 - Miranda

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EDIFICAÇÃO ANTIGA CONSTRUÍDA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – ATIVIDADE LIGADA AO ECOTURISMO - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 61-A, DO CÓDIGO FLORESTAL – EQUILÍBRIO ENTRE A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E A GARANTIA DE EMPREGO E RENDA PARA À COMUNIDADE LOCAL - RECURSO DESPROVIDO.

1. O artigo 61-A, do Código Florestal, autoriza a manutenção de edificação construída em área de preservação permanente, antes de 22 de julho de 2008, utilizada para atividades de ecoturismo.

2. Desse modo, sendo a atividade desenvolvida na área, objeto da ação civil pública, associada ao ecoturismo, sem provocar alteração no equilíbrio do meio ambiente, e ao mesmo tempo afigurando-se como fonte geradora de renda e emprego às famílias ligadas direta ou indiretamente ao empreendimento, além de fomentar o turismo local, deve ser mantida a decisão que julgou parcialmente procedente o pedido, para tão somente determinar que não haja novas intervenções na referida área de preservação permanente.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de abril de 2021

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-de de apelação cível interposta pelo Ministério Público Estadual, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Miranda, nos autos de ação civil pública movida em face de M. A. N. de O., que julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Alega, em síntese, que:

1) a requerida é proprietária do empreendimento denominado “H. e P. da C.”, construído irregularmente dentro de área de preservação permanente do Rio Miranda, tratando-se de empreendimento comercial de grande porte;

2) está suficientemente comprovado nos autos que a edificação não respeitou a área de preservação permanente, não possuindo licença do órgão competente, restando caracterizado o dano ambiental, sem

possibilidade legal de regularizar as construções, devendo o proprietário restaurar a área degradada, consoante preconizado pelo art. 7.º e seu § 1.º do Código Florestal;

3)" (...) *independentemente de a propriedade ter sido adquirida com degradação ambiental, o atual proprietário/possuidor não se exime da responsabilidade pela reparação dos danos ambientais, porque a obrigação de recuperação é de natureza propter rem, conforme pacífica jurisprudência do STJ.";*

4) o Novo Código Florestal é expresso ao dispor em seu art. 61-A, § 12, que em APP, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas consolidadas, de maneira que a prática de outras atividades, nas quais não se enquadra a pesca esportiva como mero lazer, como ocorre na hipótese dos autos, esvaziaria o conteúdo do dispositivo em questão, afigurando-se, de rigor, a demolição/remoção das edificações construídas na propriedade em questão, existentes em APP, bem como o dever de recuperar a área degradada;

5) o direito de propriedade não pode servir de sucedâneo para a prática de atos ilícitos, sendo que no caso, pontua, a área é ocupada por edificações com a finalidade única de lazer e pescaria, sendo que o proprietário sequer reside no local; Também não subsiste o argumento de que se trata de área urbana, ou de que houve violação a direito adquirido, uma vez tais circunstâncias não afastam a necessidade de autorização ambiental;

Assim, pede o provimento do recurso para o fim de julgar totalmente procedentes os pedidos, nos termos delineados na inicial e a manifestação expressa dos artigos de lei citados, a título de prequestionamento.

Em contrarrazões, a apelada rebate todos os argumentos do apelante e pede o desprovimento do recurso.

A Procuradoria -Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator(a))

Trata-de de apelação cível interposta pelo Ministério Público Estadual, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Miranda, nos autos de ação civil pública movida em face de M. A. N. de O., que julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso no efeito suspensivo.

Conforme se aufere dos autos, o Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação civil pública em face da requerida, afirmando que após apuração realizada no inquérito civil n.º 079/2008- 2ªP, foi constatado que a recorrida instalou hotel, pesqueiro e restaurante, em área de preservação permanente, sem licença ambiental, violando as normas de proteção ao meio ambiente. Pediu a concessão de liminar, para o fim de impor à requerida a obrigação de não receber hóspedes no empreendimento, também não proceder reforma ou ampliação, sob pena de multa. No mérito, a procedência da ação, confirmando a liminar concedida e ainda para que proceda à remoção/demolição de todas as edificações do empreendimento, além de outras obrigações e ainda ao pagamento de indenização por danos ambientais pretéritos.

O juízo singular julgou parcialmente procedente a lide tão-somente para o fim de condenar a requerida a à obrigação de não fazer consistente no impedimento de realizar novas intervenções na área de preservação permanente, bem como nas edificações já levantadas (a não ser as indispensáveis para sua manutenção com a devida licença do órgão ambiental), que se encontram às margens do Rio Miranda, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais), limitada a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Irresignado, ingressa o *parquet* com o presente recurso, conforme termos aduzidos no relatório, que integra esta decisão.

Assim considerado, registro que é fato incontroverso nos autos que a requerida de fato possui edificação construída dentro de área de preservação permanente às margens do Rio Miranda. Em razão disso, o recorrente, com fundamento no artigo 7.º, § 1.º, do Código Florestal, afirma ser imprescindível a demolição da referida construção, bem como a restauração da área de preservação permanente existente no local em que funciona o hotel-pesqueiro da requerida, mesmo que a construção lá existente seja antiga e anterior a aquisição desta.

Nesse viés, de acordo com a disposição contida no artigo 4.º, inciso I, alínea b, do Código Florestal, as edificações só podem ser construídas com, no mínimo, 50 metros de distância das margens dos rios.

Não se pode olvidar que as Áreas de Preservação Permanente (APP) visam atender ao direito fundamental de todo brasileiro a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme assegurado no art. 225 da Constituição, por esse motivo é proibido construir, plantar, desmatar, ou utilizá-las para exploração econômica.

Apesar disso, o artigo 61-A do Código Florestal dispõe que as atividades de agrossilvipastoril, de ecoturismo e de turismo rural, consolidadas até 22 de julho de 2.008, não necessitam ser demolidas.

De acordo ainda com o § 12 do mesmo dispositivo, " *Será admitida a manutenção de residências e da infraestrutura associada às atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, inclusive o acesso a essas atividades, independentemente das determinações contidas no caput e nos §§ 1º a 7º , desde que não estejam em área que ofereça risco à vida ou à integridade física das pessoas"*

No caso, observa-se que o empreendimento encontra-se edificado n área ao menos desde 2006, ou seja, a construção questionada é anterior ao ano de 2008, conforme observado pelo juízo singular "o denominado 'Projeto Rio Miranda', subsidiado pelo MPE, deu origem ao inquérito civil no ano de 2008, o que confirma o fato de que as edificações já estavam edificadas no local muito antes dessa data. Tal fato não é negado pelo recorrente, que se insurge somente acerca da natureza da atividade desenvolvida pela recorrida na área, objeto desta demanda.

É importante pontuar que ecoturismo ou turismo ecológico é a atividade que se desenvolve sem alterar o equilíbrio do ambiente, buscando promover benefícios aos viajantes e à comunidade local, sem danificar a natureza.

A propósito já se posicionou esta Corte sobre o tema, em situações análogas:

> *"RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RECURSO DO RÉU - NÃO RECOLHIMENTO DO PREPARO – DESERÇÃO – EMENTA - RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EDIFICAÇÃO ANTIGA CONSTRUÍDA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 61-A DO CÓDIGO FLORESTAL".(TJ-MS - AC: 08004506420148120015 MS 0800450-64.2014.8.12.0015, Relator: Des. Vilson Bertelli, Data de Julgamento: 02/02/2020, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04/02/2020)*
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE E PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE RECURSAL REJEITADAS – PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL ACOLHIDA - EDIFICAÇÃO ANTIGA CONSTRUÍDA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 61-A, DO CÓDIGO FLORESTAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. A ausência de insurgência do apelante contra o tópico da sentença que reconheceu a litispendência deduzida por uma das partes apeladas não implica em violação ao princípio da dialeticidade. O julgamento da ação declaratória de constitucionalidade n.º 42 e das ações diretas de constitucionalidade n.º 4901, 4902, 4903 e 4937, nas quais solidificou-se o entendimento que os artigos 61-A e 61-B, dentre vários outros, do Código Florestal, são constitucionais, não enseja a perda superveniente do interesse processual do apelante, tratando-se de questão de mérito que deve, juntamente com este, ser decidida. Verificado que o apelante não suscitou em primeiro grau a tese de que a atividade de pesca esportiva desenvolvida pela apelada não se enquadraria nas hipóteses previstas no art. 61-A, do Código Florestal, limitando-se a deduzir sua inconstitucionalidade, não deve ser esta conhecida em grau recursal. De acordo com o artigo 61-A, do Código Florestal, a edificação antiga*

construída em área de preservação permanente não necessita ser demolida quando sirva de estrutura de atividade associada ao ecoturismo."(TJ-MS - APL: 08004722520148120015 MS 0800472-25.2014.8.12.0015, Relator: Des. Marcelo Câmara Rasslan, Data de Julgamento: 15/07/2020, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 17/07/2020)

Consoante a lição de Paulo Affonso Lemes Machado (Direito Ambiental Brasileiro. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 902), o Código Florestal tem bases assentadas sobre o equilíbrio entre a proteção das diversas formas de vegetação nativa e a promoção do desenvolvimento econômico. A premissa reflete a coexistência, necessariamente harmoniosa na Constituição Federal, da garantia do desenvolvimento nacional como objetivo da República Federativa do Brasil – inciso II do artigo 3º – e do dever geral de proteção do meio ambiente – cabeça do artigo 225.

Considerado tal e o fato de que a pesca esportiva, atividade desenvolvida no local, sem dúvida, se enquadra na atividade de ecoturismo, desenvolvendo-se sem alterar o equilíbrio do ambiente, promovendo o bem-estar dos pescadores esportivos, além de gerar emprego e renda às famílias ligadas direta ou indiretamente ao empreendimento, já que também fomenta o turismo local, há que se concluir que eventual demolição dessa construção é suscetível de causar mais danos ao meio ambiente e prejuízos às famílias que sobrevivem da atividade comercial ali desenvolvida, do que mantê-la sem novas intervenções

Registro, portanto, por haver subsunção da pesca esportiva com as atividades previstas no artigo 61-A, do Código Florestal, e consideradas as peculiaridades desta demanda, bem como o princípio da razoabilidade que também deve nortear as relação que envolvem o meio ambiente, tenho que a decisão combatida não merece qualquer reparo, já que foi proferida em plena consonância com as normas que regem a matéria, não havendo qualquer violação a normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Como corolário lógico do que restou aqui decidido, do mesmo modo, não prosperam os pedidos de condenação da requerida ao pagamento de indenização

Assim, deve ser mantida a decisão objurgada, que julgou improcedente o pedido de demolição e impediu a requerida de realizar novas intervenções e edificações na área de preservação permanente existente no seu rancho.

Por todas essas considerações, nego provimento ao recurso.

Deixo de majorar os honorários porque não houve condenação em primeiro grau.

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. Vilson Bertelli

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

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

Campo Grande, 17 de abril de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação Cível n.º 0839823-81.2013.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AMBIENTAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E PERDAS E DANOS – AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA EM COMPLEXO DE APARTAMENTOS – EDIFICAÇÕES FEITAS PELAS CONSTRUTORAS RÉS – PROBLEMAS COM A REDE DE ESGOTO DO CONDOMÍNIO QUE IMPLICA EM DANOS DENTRO DA RESIDÊNCIA DOS AUTORES – PRETENSÃO DE QUE OS RÉUS ÁGUAS GUARIROBA, MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE E IMASUL SEJAM CONDENADOS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, COMO DECORRÊNCIA DO DANO AMBIENTAL – IMPOSSIBILIDADE – AÇÃO AJUIZADA VISANDO A PROTEÇÃO DE INTERESSES DE CARÁTER EMINENTEMENTE INDIVIDUAL – DANOS APONTADOS PELOS AUTORES NOS AUTOS QUE DECORREM DA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PELAS CONSTRUTORAS RÉS – APLICAÇÃO DO CDC – RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL APURADA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM FACE DAS CONSTRUTORAS MANTIDO – CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE ATÉ A DATA DO EFETIVO PAGAMENTO – NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, SALVO SE APURADA A EXISTÊNCIA DE ATIVOS APÓS O PAGAMENTO DOS DEMAIS CREDORES – RECURSO DAS RÉS PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO ADESIVO DESPROVIDO.

I – A pretensão dos autores, no sentido de que os réus Águas Guariroba S/A, Município de Campo Grande e IMASUL sejam condenados ao pagamento de indenização por dano moral, como decorrência do dano ambiental, não se sustenta. Isto porque os interesses debatidos na presente ação contam com caráter eminentemente individual. Os autores adquiriram unidade imobiliária das construtoras rés, que entregaram o apartamento com problemas na rede de esgoto, que não teria ligação com a rede pública, situação esta que atinge todo o condomínio, ocasionando prejuízos dentro de suas residências. Deste modo, obviamente os prejuízos injustamente suportados pelos autores decorre de falha na prestação do serviço pelas construtoras rés, sendo a estas aplicados, assim, os ditames do CDC. As questões decorrentes do esgoto a céu aberto e lançamento inadequado do esgoto no córrego Lageado, que ocasionam transtornos a todos os moradores do bairro Jardim Paulo Coelho, estão sendo abordadas em ação própria, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, na qual se apura, dentre outros aspectos, a responsabilidade civil dos réus acima especificados em relação ao dano ambiental coletivo daí advindo.

II – 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.

III – Quanto aos juros de mora, não há falar na sua incidência, porquanto constituído o crédito após a data da decretação de falência, salvo se apurada a existência de ativos após o pagamento dos demais credores, caso em que deverá a data da condenação ser considerada como termo inicial para sua incidência.

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 apelo de Massa Falida H. e outro, e negaram provimento ao recurso adesivo, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de março de 2021

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas por Massa Falida de H. B. C. Ltda e outro e Thiago Sabio da Silva e outro contra sentença proferida pelo MM Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande, que nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais Ambientais c/c Obrigação de Fazer e Perdas e Danos, julgou improcedentes o pedidos em relação à Á. G. S/A, ao Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – I. e ao município de Campo Grande, bem como, parcialmente procedente para condenar a Projeto H. P. LTDA e a H. B. C. Ltda, rés, a pagarem para cada uma dos autores a importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais.

Em suas razões, as apelantes Massa Falida de H. B. C. Ltda e outro sustentam a necessidade de inclusão de todos os réus no polo passivo da demanda, tendo em vista que contribuíram com ação ou omissão para os eventos danosos. Asseveram que, ainda que estejam presentes os requisitos para a caracterização do dano moral, a indenização correspondente deve ser arbitrada de forma razoável, sobretudo por se tratar de massa falida; e que, por ter havido a decretação da sua falência, está proibida de satisfazer créditos fora do juízo universal. Pedem provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, os réus Á. G. S/A, Município de Campo Grande e I. sejam solidariamente condenados ao pagamento de indenização por danos morais, que os juros de mora e a correção monetária sejam aplicados até a data da decretação da falência, bem como seja reduzido o valor arbitrado a título de danos morais.

T. S. da S. e outro, em seu recurso adesivo, também sustentam que os danos causados em decorrência das ilicitudes e falhas nas prestações dos serviços das empresas H. P. Ltda e H. B. C. Ltda estendem-se solidariamente ao município de Campo Grande e Águas Guariroba SA, tendo em vista tratar-se de relação de consumo regida pelo CDC, devendo prevalecer a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores. Requerem provimento do recurso para que sejam os réus Á. G. S.A e Município de Campo Grande, MS, condenados solidariamente, ou alternativamente, subsidiariamente ao pagamento da indenização fixada pelo dano moral sofrido pelos autores em razão das falhas na prestação de serviço.

Contrarrazões pelo desprovimento dos apelos.

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator(a))

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas por Massa Falida de H. B. C. Ltda e outro e T. S. da S. e outro contra sentença proferida pelo MM Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de

Campo Grande, que nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais Ambientais c/c Obrigação de Fazer e Perdas e Danos, julgou improcedentes o pedidos em relação à Á. G. S/A, ao Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – I. e ao município de Campo Grande, bem como, parcialmente procedente para condenar a Projeto H. P. LTDA e a H. B. C. Ltda, rés, a pagarem para cada uma dos autores a importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais.

Buscam os apelantes que os réus Á. G. S/A, Município de Campo Grande e I. sejam solidariamente condenados ao pagamento de indenização por dano moral ambiental ou, no mínimo, que sua condenação seja subsidiária.

Pois bem.

Da leitura da inicial infere-se que os autores buscaram com a presente ação, em última análise, o ressarcimento dos prejuízos injustamente suportados decorrentes da aquisição de imóvel edificado pelas construtoras H. B. C. Ltda e H. Participações Ltda.

Isto porque quando da edificação do complexo de apartamentos não houve interligação da rede de esgoto do empreendimento com a rede de esgoto pública, o que traz transtornos não apenas aos condôminos que residem no local, mas a todos os moradores do bairro Jardim Paulo Coelho.

Ora, tanto a Á. G. S/A quanto o Município de Campo Grande respondem civilmente pelo dano ambiental coletivo, e não pelos danos discutidos nos presentes autos, de caráter eminentemente individual, repise-se, decorrentes da aquisição de unidade imobiliária em edificação que não conta com projeto adequado de ligação do esgoto do condomínio com a rede pública.

Percebe-se claramente que na hipótese *sub judice* se está diante de dano ambiental coletivo, razão pela qual a responsabilidade civil das pessoas jurídicas acima especificadas está sendo apurada através da ação civil pública n. 0823054- 95.2013.8.12.0001, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, em curso na 2ª vara de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos desta Capital.

Tanto é assim que os autores indicam que a má prestação do serviço referente à rede de esgoto pública atinge não apenas os moradores e proprietários das unidades imobiliárias pertencentes ao complexo de apartamentos edificado pelas rés H. B. C. Ltda e H. P. Ltda, mas todos aqueles que residem e transitam no bairro Jardim Paulo Coelho, sendo noticiado que existe esgoto próximo ao conjunto residencial a céu aberto, sendo parte deste esgoto lançada no córrego Lageado.

Como se sabe, *um dano ao meio ambiente, que é direito difuso, pode gerar consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, que poderão ser cumulativamente exigidas em sede de ação de responsabilidade*.[1]

Não se desconhece, também, a existência do dano ambiental individual, que na lição do doutrinador Édis Milaré[2]:

> *Quando, ao lado da coletividade, é possível identificar um ou alguns lesados em seu patrimônio particular, tem-se o dano ambiental individual, também chamado dano ricochete ou reflexo; essa é a modalidade de dano ambiental que, ao afetar desfavoravelmente a qualidade do meio, repercute de forma reflexa sobre sobre a esfera de interesses patrimoniais ou extrapatrimonais e outrem.*
>
> *(...)*
>
> *A vítima do dano ambiental reflexo pode buscar a reparação do dano sofrido, no âmbito de uma ação indenizatória de cunho individual, fundada nas regras gerais que regem o direito de vizinhança. (...) Importante ressaltar, (...) no teor do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981,*

1 Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Curso de direito ambiental brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

2 Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 , p. 869-870.

> *que o regime de responsabilidade objetiva também incide e informa a reparação do dano ambiental reflexo. Esta a lição de Vladimir Passos de Freitas: "Ao lado do direito coletivo à reparação e indenização pelo dano ambiental, remanesce o direito individual daquele que foi diretamente lesado, sendo a responsabilidade do infrator objetiva."*

Contudo, na presente ação os autores não discutem dano ambiental individual, mas sim danos decorrentes de interesses individuais propriamente ditos, já que as construtoras H. B. C. Ltda e H. P. Ltda comercializaram unidades imobiliárias em empreendimento no qual a ligação da rede de esgoto se revela manifestamente irregular, o que lhes causou prejuízos de ordem material e moral, decorrente de falha na prestação do serviço, o que torna aplicável ao caso concreto as disposições do CDC. Tanto é assim que a sentença condenou as construtoras ao pagamento de indenização por danos morais aos autores.

Assim, referindo-se a discussão posta *sub judice* a interesses de caráter eminentemente individual, decorrente de falha na prestação do serviço por parte das construtoras rés, descabe falar em arbitramento de indenização por danos morais em prejuízo do Município de Campo Grande, do I. e da Á. G. S/A em decorrência de dano ambiental.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DANO AMBIENTAL – RESPONSABILIZAÇÃO DE ÓRGÃOS PÚBLICOS E DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS – BEM DE NATUREZA DIFUSA – RESPONSABILIDADE DISCUTIDA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL EM TRÂMITE – PRETENSÃO DOS AUTORES DE CARÁTER EMINENTEMENTE INDIVIDUAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO – QUANTUM MANTIDO - RECURSO DESPROVIDO. Não procede a pretensão dos autores de obter a condenação de órgãos públicos e da concessionária de serviços públicos por dano moral ambiental, sob o argumento de que não cumpriram com seu dever de fiscalização sobre a obra de esgotamento sanitário durante a construção do condomínio residencial, uma vez que o prejuízo de natureza difusa já encontra-se sob discussão na respectiva ação civil pública por dano ambiental ajuizada pelo Ministério Público Estadual. Encontra-se sedimentado o entendimento de que o valor da indenização deve ser fixado com vistas a servir de lenitivo ao padecimento da vítima e servir de punição para o agente infrator, desestimulando-o a praticar novas ofensas. Dessa feita, a indenização relativa ao dano moral deve ser arbitrada com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser ínfima a ponto de não exercer seu caráter pedagógico e nem tão elevada que promova o enriquecimento sem causa da vítima. Valor da reparação do dano moral mantido. (TJMS. Apelação Cível n. 0835857-13.2013.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 05/10/2019, p: 08/10/2019)*

As rés sustentam ainda que os juros de mora e a correção monetária devem ser aplicados sobre o valor da condenação somente até a data da decretação da falência, bem como seja reduzido o valor arbitrado a título de danos morais.

Relativamente ao *quantum* da reparação moral, arbitrado em R$ 10.000,00, entendo que ser mantido, pois que atendidos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Segundo os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira[3]:

> *"(...) quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma some que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido."*

Neste particular, árdua é a tarefa do magistrado, que atua sem um patamar pré-estabelecido no sistema jurídico-legal, ficando sob sua análise o grau de culpabilidade do ofensor e as consequências do ato.

3 Responsabilidade Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.97.

Além disso, na quantificação da reparação do dano moral há de se observar também a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa. Nesse norte, o *quantum* indenizatório fixado na sentença cumpre o seu propósito pedagógico à conduta do ofensor e lenitivo para a dor do ofendido, não merecendo qualquer reparo

Quanto aos juros de mora, dispõe o artigo 124 da Lei nº 11.101/05 que *"Contra a massa falida não são exigíveis juros vencidos após a decretação da falência, previstos em lei ou em contrato, se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados."*

Na espécie, como a data da condenação (09/07/2019) foi posterior à da decretação de falência (07/08/2014), não há falar em juros de mora, salvo se apurada a existência de ativos após o pagamento dos demais credores, caso em que deverá ser aquela data (09/07/2019) considerada como termo inicial para sua incidência.

Ex positis, conheço do recurso de Massa Falida de H. B. C. Ltda e outro e dou-lhe parcial provimento, para determinar que sobre o valor da condenação não deverá incidir juros de mora, salvo se apurada a existência de ativos após o pagamento dos demais credores (Lei nº 11.101/05, artigo 124), caso em que deverá ser a data da condenação (09/07/2019) considerada como termo inicial para sua incidência.

Ainda, conheço do recurso adesivo dos autores e nego-lhe provimento.

Em razão do não provimento do recurso dos autores, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em favor do Município de Campo Grande, do I. e de Á. G. S/A para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, com base no art. 85, § 11, CPC, ficando suspensa, contudo, a exigibilidade, nos termos do art. 98, §3º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao apelo de massa falida h. e outro, e negaram provimento ao recurso adesivo, nos termos do voto do relator.

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Vilson Bertelli

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

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

Campo Grande, 29 de março de 2021.

***

4ª Seção Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Mandado de Segurança Cível n.º 1416274-49.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL – PRELIMINARES DE DECADÊNCIA E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – REJEITADAS – MÉRITO – PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POLICIAL E ATUAÇÃO COMO DELEGADO ESTAGIÁRIO – EFETIVO SERVIÇO POLICIAL – CÔMPUTO DO TEMPO DE FREQUÊNCIA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS, INCLUSIVE PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL – POSSIBILIDADE – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 38/1989 – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – CONCESSÃO DA ORDEM COM O PARECER.

A inadequação da via eleita, em razão da ausência de direito líquido e certo, guarda relação com a impossibilidade de produção de provas no decorrer do processamento do mandado de segurança, que exige prova pré-constituída. Os fatos alegados na inicial estão suficientemente comprovados, sendo desnecessária a realização de outras provas.

Segundo a Lei Complementar n. 38/1989 (Estatuto Policial Civil do MS), se o candidato participante do Curso de Formação viesse a ser nomeado, seria contabilizado o período correspondente à duração do curso para todos os efeitos legais.

À luz da legislação vigente à época dos fatos e das provas constantes nos autos, tem-se que o indeferimento do pedido administrativo feito pelo impetrante viola o seu direito líquido e certo, pois o tempo correspondente ao curso de formação policial (Academia) e o período prestado como delegado estagiário deve ser computado como tempo de serviço estritamente policial prestado ao Estado de Mato Grosso do Sul, para todos os efeitos, incluindo para a aposentadoria especial.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, afastaram as preliminares de decadência e inadequação da via eleita e concederam a ordem, nos termos do voto do Relator, com o parecer.

Campo Grande, 26 de abril de 2021.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por L. T. de P. R. contra suposto ato coator praticado pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública do Mato Grosso do Sul.

Em apertada síntese, alega que:

I - através do requerimento de fls. 2/4, dos autos do Processo Administrativo n. 31/000063/2020, solicitou junto à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul o reconhecimento e inclusão do tempo correspondente ao Curso de Formação Policial (Academia), e do período

em que atuou como Delegado Estagiário, ao tempo de serviço policial prestado ao Estado de Mato Grosso do Sul, para todos os efeitos, incluindo para a aposentadoria;

II - ao tempo em que o impetrante frequentou a Academia de Polícia, vigia o antigo Estatuto da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul - Lei Complementar Estadual n. 38/1989 -, o qual previa em seu art 16, *caput* e §1º, que o recolhimento previdenciário sobre os vencimentos percebidos durante o curso de formação era reconhecido para efeitos de aposentadoria especial policial, além de garantir, em seu § 2º, que qualquer aluno considerado inválido em caráter permanente, por acidente de atividade de instrução, seria nomeado no cargo que ocorreria a investidura e automaticamente aposentado, com provento equivalente ao vencimento da classe inicial e demais vantagens;

III - a alteração trazida pela LC n. 086/1.999, que reduziu o valor da bolsa da academia para R$ 800,00, não atinge o direito do Impetrante, já que disciplina, em seu art. 2º, que os funcionários do estado matriculados no curso de formação poderiam optar entre seu vencimento ou a bolsa ali estabelecida;

IV - como consta na ficha funcional do impetrante, o próprio Estado averbou que o tempo de Academia deveria ser considerado para todos os efeitos, não havendo falar, neste ponto, em inaplicabilidade do art. 17, parágrafo único, da LC 038/1989;

V - o Impetrante teve reconhecido seu Adicional de Tempo de Serviço previsto no art. 111, da Lei n.º 1.102/1990, por ter completado 5 (cinco) anos no exercício do cargo de delegado de polícia (serviço policial), conforme constata-se da ficha funcional anexada ao processo administrativo;

VI - o impetrante frequentou o curso de formação entre 01/10/1999 e 22/02/2000, e atuou como delegado estagiário entre 23/02/2000 até 13/04/2000, sendo que em tais períodos vigorava a Lei Complementar n. 38/89; assim, se havia previsão legal autorizando que o tempo frequentado na academia de polícia fosse contabilizado para todos os fins (art. 17, par. único, da LC 38/89), não há justificativa para deixá-lo de fora neste átimo;

Ao final, pleiteia a concessão da segurança para que seja reconhecido como tempo de efetivo exercício de natureza policial, o período em que frequentou a Academia de Polícia (1/10/1999 a 22/02/2000), totalizando 144 dias, e também o período prestado como Delegado Estagiário (23/02/2000 a 13/04/2000), totalizando 51 dias, alcançado-se o montante de 195 dias, determinando-se, por fim, respectiva averbação na ficha funcional do impetrante, para que seja adequado o efetivo tempo de serviço na atividade policial.

Juntou documentos de fls. 19-90.

Não houve pedido liminar.

O Estado de Mato Grosso do Sul, à f. 123-148, prestou informações, alegando preliminarmente a decadência para a impetração da segurança, bem como a inadequação da via eleita, e no mérito, pugnou pela denegação da segurança.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição das preliminares e, no mérito, pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por L. T. de P. R. contra suposto ato coator praticado pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública do Mato Grosso do Sul.

Em apertada síntese, alega que:

I - através do requerimento de fls. 2/4, dos autos do Processo Administrativo n. 31/000063/2020, solicitou junto à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul o reconhecimento e inclusão do tempo correspondente ao curso de formação policial (Academia), e do período em que atuou como delegado estagiário, ao tempo de serviço policial prestado ao Estado de Mato Grosso do Sul, para todos os efeitos, incluindo para a aposentadoria;

II - ao tempo em que o impetrante frequentou a Academia de Polícia, vigia o antigo Estatuto da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul - Lei Complementar Estadual n. 38/1989 -, o qual previa em seu art. 16, *caput* e §1º, que o recolhimento previdenciário sobre os vencimentos percebidos durante o curso de formação era reconhecido para efeitos de aposentadoria especial policial, além de garantir, em seu § 2º que qualquer aluno considerado inválido em caráter permanente, por acidente de atividade de instrução, seria nomeado no cargo, que ocorreria a investidura e automaticamente aposentado, com provento equivalente ao vencimento da classe inicial e demais vantagens;

III - a alteração trazida pela LC n. 086/1.999, que reduziu o valor da bolsa da academia para R$ 800,00, não atinge o direito do Impetrante, já que disciplina, em seu art. 2º, que os funcionários do estado matriculados no curso de formação poderiam optar entre seu vencimento ou a bolsa ali estabelecida;

IV - como consta na ficha funcional do impetrante, o próprio Estado averbou que o tempo de Academia deveria ser considerado para todos os efeitos, não havendo falar, neste ponto, em inaplicabilidade do art. 17, parágrafo único, da LC 038/1989;

V - o Impetrante teve reconhecido seu adicional de tempo de serviço (ATS), previsto no art. 111, da Lei n.º 1.102/1990, por ter completado 5 (cinco) anos no exercício do cargo de delegado de polícia (serviço policial), conforme constata-se da ficha funcional anexada ao processo administrativo;

VI - o impetrante frequentou o curso de formação entre 01/10/1999 e 22/02/2000, e atuou como delegado estagiário entre 23/02/2000 até 13/04/2000, sendo que em tais períodos vigorava a Lei Complementar n. 38/89. Dessa forma, se havia previsão legal autorizando que o tempo frequentado na academia de polícia fosse contabilizado para todos os fins (art. 17, par. único, da LC 38/89), não há justificativa para deixá-lo de fora neste átimo;

Ao final, pleiteia a concessão da segurança para que seja reconhecido como tempo de efetivo exercício de natureza policial, o período em que frequentou a Academia de Polícia (1/10/1999 a 22/02/2000), totalizando 144 dias, e também o período prestado como delegado estagiário (23/02/2000 a 13/04/2000), totalizando 51 dias, alcançado-se o montante de 195 dias, determinando-se, por fim, respectiva averbação na ficha funcional do impetrante, para que seja adequado o efetivo tempo de serviço na atividade policial.

Juntou documentos de fls. 19-90.

Não houve pedido liminar.

O Estado de Mato Grosso do Sul, à f. 123-148, prestou informações, alegando preliminarmente a decadência para a impetração da segurança, bem como a inadequação da via eleita, e no mérito, pugnou pela denegação da segurança.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição das preliminares e no mérito, pela concessão da segurança.

É o relatório.

Decido.

Da preliminar de decadência.

O Estado de Mato Grosso do Sul suscita, preliminarmente, a decadência para a impetração da segurança, porquanto no dia 16/7/2020 o autor tomou conhecimento da "Decisão PGE/MS/GAB/Nº 072/2020, que concluiu pela impossibilidade de contar o período de curso de Formação e de delegado estagiário como tempo de atividade de natureza estritamente policial." (f. 125), ao passo que a impetração ocorreu somente no dia 8/12/2020, ou seja, após o transcurso do prazo decadencial.

Todavia, sem razão.

Isso porque no dia 16/7/2020 o impetrante tomou ciência apenas do Parecer PGE/MS/CJUR-SEJUSP/Nº 13/2020 (f. 58/69), e da homologação do Parecer PGE/MS/GAB Nº 072/2020 (f. 71/72), que possui apenas caráter consultivo, sendo que a decisão definitiva de indeferimento do pedido administrativo de inclusão do tempo correspondente ao curso de formação policial (Academia) e do período prestado como delegado estagiário foi proferida pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul, no dia 19/8/2020, conforme documento de f. 79.

Logo, não há falar em decadência, como pretende o Estado de Mato Grosso do Sul, razão pela qual rejeito a preliminar.

Da preliminar de inadequação da via eleita.

Não merece prosperar a alegação de inadequação da via eleita por impossibilidade de dilação probatória, pois o *writ* se encontra devidamente instruído, tendo sido carreados diversos documentos à exordial capazes de permitir a aferição da ocorrência ou não da violação do direito e líquido e certo alegada.

Não bastasse isso, esta Corte de Justiça tem reiteradamente decidido que a análise da existência ou não do direito líquido e certo não constitui questão preliminar, mas matéria de mérito.

Nesse sentido:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – APROVAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADA – MÉRITO – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PARA O MOMENTO DA NOMEAÇÃO, OBSERVADO O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME – INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.* ***A análise da existência ou não de direito líquido e certo do impetrante a ser protegido pelo mandado de segurança não constitui questão preliminar, mas matéria de mérito do processo, e com ele deve ser apreciada.*** *A nomeação de servidor para ocupar cargo em comissão com atribuição e denominação distintas, não viola direito líquido e certo de candidato aprovado mas classificado fora do número de vagas previsto no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada pela Administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. (TJMS - Órgão Especial, Mandado de Segurança Cível - Nº 1402383-92.2019.8.12.0000, Rel. Des. Marcelo Câmara Rasslan, DJ 5 de junho de 2019) (g.n.)*

> *"(...)* ***A análise da existência ou não de direito líquido e certo da impetrante a ser protegido pelo mandado de segurança não constitui questão preliminar, mas matéria de mérito do processo, e com ele deve ser apreciada.*** *Apesar de inicialmente aprovada fora do número de vagas, advém direito subjetivo à nomeação se candidato anteriormente nomeado não tomou posse, em virtude de falecimento anterior, havendo vaga pura a ser ocupada. Constatado que a impetrante, aprovada na 7ª colocação, após a nomeação do 1º colocado, que não tomou posse, passou a figurar dentro do número de vagas contidos no certame, ou seja, 06, possuindo, assim, direito líquido e certo à nomeação e posse. (TJMS; MS 1400091-37.2019.8.12.0000; Órgão Especial; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJ 21/05/2019; p. 99). (g.n.)*

> *"(...)* ***A análise da existência ou não de direito líquido e certo do impetrante a ser protegido pelo mandado de segurança não constitui questão preliminar, mas matéria de mérito do processo, e com ele deve ser apreciada****. Os candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, como na hipótese, não possui simples expectativa, mas direito completo à nomeação e posse, é ilegal o ato da autoridade que realiza concurso público para provimento de vagas o que faz pressupor a existência de dotação orçamentária própria e suficiente, e suspende o ato de convocação dos aprovados dentro do número de vagas ofertadas. (TJMS; MS 1414684-08.2018.8.12.0000; Órgão Especial; Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues; DJMS 09/04/2019; p. 94).(g.n.)*

Assim, rejeito a preliminar.

Do mérito.

Consoante artigo 5º, inciso LXIX da Carta Magna, é garantia constitucional a concessão de mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Sobre o remédio constitucional José dos Santos Carvalho Filho[1] elucida seu conceito:

> *"Mandado de segurança é a ação de fundamento constitucional pela qual se torna possível proteger o direito líquido e certo do interessado contra ato do Poder Público ou de agente de pessoa privada no exercício de função delegada. (...) Domina, porém, o entendimento de que direito líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano, ou seja, aquela situação que permite ao autor da ação exibir desde logo os elementos de prova que conduzam à certeza e à liquidez dos fatos que amparam o direito. (...) Tem-se, então, que o mandado de segurança serve para a tutela de todas as categorias de direito líquido e certo, à exceção dos que são protegidos pelos referidos remédios específicos. Essa exclusão, aliás, já é definida no texto constitucional".*

Diante desse contexto, para propositura do remédio constitucional é imprescindível restar demonstrada a existência do ato coator que viola direito líquido e certo.

In casu, o impetrante alega que é Delegado de Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul e que tem direito líquido e certo à contagem como efetivo exercício policial, para todos os efeitos, inclusive para aposentadoria especial, do tempo de serviço que prestou como delegado Estagiário, bem como a participação no curso de formação policial.

Pois bem.

Na época em que o impetrante atuou como delegado estagiário (23/02/2000 a 13/04/2000) e participou da Academia Policial (01/10/1999 a 22/02/2000) vigorava o revogado Estatuto Policial Civil do MS - Lei Complementar n. 38/1989, que dispunha:

> *"Art. 15. O candidato aprovado nas três primeiras fases de seleção será convocado pela Secretaria de Segurança Pública e submetido a curso de formação policial, na Academia Estadual de Segurança Pública, com currículo e duração variáveis, de conformidade com as atribuições e responsabilidades inerentes a cada categoria funcional. [...]*
>
> *Art. 16. O candidato, a ser matriculado no curso de formação policial, fará jus a uma bolsa no valor equivalente a R$ 800,00 (oitocentos reais) para o curso de Delegado de Polícia; R$ 600,00 (seiscentos reais) para Perito Criminal e Médico Legista; R$ 500,00 (quinhentos reais) para Inspetor de Polícia e Escrivão de Polícia e R$ 400,00 (quatrocentos reais) para Agente de Polícia e demais categorias.*

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28º edição, 2015. São Paulo: Editora Atlas S.A., p. 1071.

§ 1º O aluno contribuirá para o sistema de Previdência do Estado, para efeito de aposentadoria, pensão e demais benefícios. [...]

Art. 17. O candidato que for servidor do Estado ficará afastado do exercício do respectivo cargo, durante o curso, caso em que poderá optar pela bolsa ou pelo vencimento e vantagens do seu cargo, emprego ou função.

Parágrafo único. O candidato que vier a ser nomeado, em face de aprovação nas fases de seleção, contará, para todos os efeitos legais, o tempo correspondente à duração do curso."

Da leitura acima, verifica-se que a legislação é clara ao dispor que o candidato participante do curso de formação contribuía para o sistema previdenciário estadual e, caso viesse a ser nomeado, o período cursado seria considerado para todos os efeitos legais.

Não há, repito, dúvidas de que o impetrante adquiriu o direito ao cômputo do tempo que participou no curso de formação de policial e estagiou como delegado para fins de aposentadoria e todos os demais efeitos legais, até porque ele já ostentava a condição de contribuinte da Previdência Estadual, bem como de proteção caso sofressem acidente permanentemente incapacitante em atividades de instrução.

Insta consignar que não prospera a alegação do Estado de que os §§ 1º e 2º do art. 16 teriam sido revogados em momento anterior ao ingresso do impetrante no curso de formação, pois ao contrário do informado, não houve qualquer alteração nos parágrafos citados, mas apenas houve a inclusão do § 3º.

Caso a intenção da LC n. 86/1999 fosse de revogar os §§1º e 2º, nos termos da Lei Complementar Federal n. 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, deveria constar a expressão "revogado", o que inequivocamente não se vislumbra.

De meridiana clareza que o tempo da participação no curso de formação policial (de 1º/10/1999 à 22/02/2000), e em sua atuação como delegado estagiário (de 23/2/2000 à 13/4/2000), estava vigente a previsão contida no artigo 16, §§1º e 2º, da LC n. 38/1989, que assegurava ao aluno a condição de contribuinte da Previdência do Estado, para todos os efeitos.

A propósito, colaciono julgados desta Corte Estadual sobre a mesma questão:

MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - REJEITADA - MÉRITO - ***CONTAGEM DE TEMPO DE EFETIVO SERVIÇO POLICIAL - CURSO DE FORMAÇÃO POLICIAL E ATUAÇÃO COMO DELEGADO ESTAGIÁRIO - POSSIBILIDADE -*** *DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A impossibilidade de dilação probatória no rito especial do mandado de segurança nada tem a ver com insuficiência ou ausência de provas dos fatos alegados na inicial. Exige-se, na estreita via do mandamus, prova pré-constituída, assim entendida a prova documental, sendo inviável a produção de prova pericial ou mesmo em audiência. No caso dos autos o autor sequer pretende a produção de outras provas, pelo que não há falar em inadequação da via eleita. 2.* ***Em conformidade com o disposto no art. 17, parágrafo único, da Lei Complementar n. 38/1989 (Estatuto Policial Civil do MS), vigente à época dos fatos, se o candidato participante do Curso de Formação vier a ser nomeado será contabilizado o período correspondente à duração do curso para todos os efeitos legais, inclusive para fins de aposentadoria especial. O mesmo raciocínio se aplica, com mais razão, ao período de desempenho da função de Delegado Estagiário.*** *3. Segurança concedida. (TJMS. Mandado de Segurança Cível n. 1404511-51.2020.8.12.0000, Foro Unificado, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 28/07/2020, p: 03/08/2020) (g.n.)*

MANDADO DE SEGURANÇA - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO ***- PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POLICIAL E ATUAÇÃO COMO DELEGADO ESTAGIÁRIO - EFETIVO SERVIÇO POLICIAL - CÔMPUTO DO TEMPO DE FREQUÊNCIA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS - POSSIBILIDADE*** *- LEI*

COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 38/1989 - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONCESSÃO DA ORDEM COM O PARECER. A partir do que disciplinam os artigos 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e 1º da Lei nº 12.016/2009, tem-se que o mandado de segurança não comporta produção de provas, certo que entre os requisitos específicos desta ação está a comprovação, de plano, da violação do direito líquido e certo. O presente mandamus não demanda a produção de nenhuma prova, basta analisar os documentos encartados aos autos, sendo assim, não há falar em inadequação da via eleita. ***Segundo Lei Complementar n. 38/1989 (Estatuto Policial Civil do MS), se o candidato participante do Curso de Formação viesse a ser nomeado, seria contabilizado o período correspondente à duração do curso para todos os efeitos legais. À luz da legislação vigente à época dos fatos e das provas constantes nos autos, tem-se que o indeferimento do pedido administrativo feito pelo impetrante viola o seu direito líquido e certo, pois o tempo correspondente ao Curso de Formação Policial (Academia) e o período prestado como Delegado Estagiário deve ser computado como tempo de serviço estritamente policial prestado ao Estado de Mato Grosso do Sul, para todos os efeitos, incluindo para a aposentadoria especial.*** *(TJMS. Mandado de Segurança Cível n. 1408950-42.2019.8.12.0000, Foro Unificado, 1ª Seção Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 09/10/2019, p: 15/10/2019)(g.n.)*

"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO AÇÃO DECLARATÓRIA DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL PRESCRIÇÃO NÃO OCORRÊNCIA PRETENSÃO DECLARATÓRIA IMPRESCRITÍVEL PREJUDICIAL REJEITADA MÉRITO CONTAGEM DO TEMPO DO CURSO DE FORMAÇÃO POLICIAL PARA FINS DE APOSENTADORIA PERÍODO DE 2001 A 2002 POSSIBILIDADE LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 38/1989 EXPRESSA PREVISÃO LEGAL DE QUE O ALUNO CONTRIBUIRIA PARA A PREVIDÊNCIA E O PERÍODO DO CURSO SERIA CONTADO PARA TODOS OS EFEITOS EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/1998 - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 40, § 10, DA CONSTITUCIONAL FEDERAL TEMPO DE SERVIÇO COM A DEVIDA CONTRIBUIÇÃO SENTENÇA MANTIDA RECURSOS NÃO PROVIDOS. As ações que visam à obtenção de declaração de tempo de serviço são declaratórias e, portanto, imprescritíveis. ***Conforme expressamente previsto na Lei Complementar n. 38/1989 (Estatuto do Policial Civil do MS), vigente à época do curso de formação policial (2001/2002), o aluno seria convocado para participar o referido curso, receberia bolsa, contribuiria para o sistema de Previdência do Estado, além de contar o tempo corresponde à duração do curso para todos os efeitos legais****. No caso, o autor tem direito à averbação em sua ficha funcional do tempo em que participou do curso de formação policial, especialmente porque devida a contribuição previdenciária, não havendo se falar em violação ao disposto no artigo 40, § 10, da Constitucional Federal." (TJMS. Apelação Cível n. 0822549-07.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 26/06/2019, p: 28/06/2019) (g.n.)*

Por fim, importa ressaltar que ficou demonstrado nos autos de que a participação no curso de formação policial e atuação como delegado estagiário configuravam exercício de atividade de natureza estritamente policial, primeiro porque ambas possuem o objetivo de preparar o candidato a desempenhar atividades do cotidiano policial e, segundo, pois o holerite acostado à fl. 81 comprova que estes recebiam adicional de risco de vida.

Da mesma forma, consoante anotado pela Procuradoria de Justiça, *"decorre da natureza do Curso de Formação Policial e Estágio Supervisionado a preparação do candidato para desempenhar as funções inerentes ao cargo pretendido, como in casu Delegado de Polícia Civil, de forma que neste período de preparação executa atividades do cotidiano policial."*

Diante das razões esposadas e da suficiência dos documentos constantes dos autos para comprovação do direito líquido e certo perseguido, o *writ* há de ser concedido.

Ex positis, com o parecer, rejeito as preliminares arguidas e concedo a segurança para declarar como efetivo exercício de natureza policial o período em que o impetrante frequentou o Curso de Formação

Policial (01/10/1999 a 22/02/2000) e atuou como Delegado Estagiário (23/02/2000 a 13/04/2000), bem como determinar a averbação na sua ficha funcional, para todos os efeitos, incluindo para a aposentadoria especial.

Sem taxas judiciárias, em virtude da isenção concedida por lei ao ente público (art. 24, I, da Lei Estadual n. 3.779/2009, Regimento de Custas Judiciais). Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016, de 7.8.2009, da Súmula n. 512 do STF e da Súmula n. 105 do STJ.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares de decadência e inadequação da via eleita e concederam a ordem, nos termos do voto do Relator, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Vladimir Abreu da Silva e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 26 de abril de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Remessa Necessária Cível n.º 0800006-22.2020.8.12.0047 - Terenos

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CONTRATAÇÃO PRECÁRIA – IDENTIDADE DE FUNÇÕES – DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – COM O PARECER DA PGJ – REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

De acordo com o posicionamento firmado pela Corte Superior, tem-se que a mera expectativa de direito será transformada em direito subjetivo, se o candidato comprovar que houve contratação de pessoal em caráter precário ou temporário para as mesmas funções do cargo público em disputa, situação ocorrente nos presentes autos. Com o parecer da PGJ, sentença do juízo a quo confirmada em reexame necessário.

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, 31 de março de 2021

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de Remessa Necessária da sentença proferida pelo Juízo da Vara única da Comarca de Terenos/MS que, em sede de Mandado de Segurança impetrado por A. C. D. dos S. contra ato do Prefeito Municipal de Terenos/MS, concedeu a ordem para o fim de determinar a nomeação da impetrante em cargo para o qual foi aprovada em concurso.

Infere-se dos autos que a autora impetrou a ação mandamental apontando como ato coator a omissão da autoridade coatora em proceder à sua convocação para o cargo de auxiliar de serviços gerais.

Relata, para tanto, que foi aprovada na 27ª colocação no concurso público realizado pelo Município de Terenos/MS, especificamente quanto ao cargo de auxiliar de serviços gerais.

Aduziu que a Administração convocou os candidatos aprovados até a 26ª (vigésima sexta) colocação, e contratou candidatos aprovados na 71ª (septuagésima primeira) e na 73ª (septuagésima terceira) colocações, além de pessoas que não foram classificadas no concurso público, havendo nítida preterição à sua classificação, o que lhe dá o direito à imediata nomeação.

Em decisão interlocutória de fls. 83/88, o Juízo *a quo* deferiu a medida liminar requestada.

A autoridade coatora foi intimada e notificada (fls. 97).

Na sequência, o juízo de primeiro grau proferiu sentença às fls. 108/113, por meio da qual a segurança foi concedida para *determinar à autoridade coatora que promova a nomeação da impetrante para o cargo de auxiliar de serviços diversos, em razão do concurso público no qual foi aprovado.*

Parecer da 3ª Procuradoria de Justiça Cível, fls. 142/7, manifestando-se pela manutenção integral da sentença de primeiro grau, ao tempo em que informa não se opor a inclusão do feito na pauta de julgamento virtual.

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator(a))

Trata-se de Remessa Necessária da sentença proferida pelo Juízo da Vara única da Comarca de Terenos/MS que, em sede de Mandado de Segurança impetrado por A. C. D. dos S. contra ato do Prefeito Municipal de Terenos/MS, concedeu a ordem para o fim de determinar a nomeação da impetrante em cargo para o qual foi aprovada em concurso.

Conforme relatado, a impetrante busca a sua nomeação e posse no cargo público de auxiliar de serviços diversos, diante da existência do direito líquido e certo em seu favor.

Pois bem.

Acerca do direito líquido e certo, segundo o art. 5º, inc. LXIX, da CF/88, conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Desta feita, a Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo), em seu art. 1º, também prevê que o Mandado de Segurança será concedido apenas para proteger direito líquido e certo, não amparado por Habeas Corpus ou Habeas Data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Sobre o tema, o STF decidiu, em sede de repercussão geral que o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:

1 – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;

3 – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. STF. Plenário. RE 837311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2015 (repercussão geral).

Ainda, importa salientar que, embora o candidato aprovado dentro do número de vagas tenha direito subjetivo à nomeação, a Administração Pública tem discricionariedade para definir o momento em que a nomeação deverá ocorrer.

No caso dos autos, a impetrante foi aprovada na 27ª colocação em Concurso Público realizado pelo Município de Terenos, especificamente para o cargo de "auxiliar de serviços diversos", entretanto, resta incontroverso e comprovado nos autos que em julho/2019 a Administração Pública firmou contrato por prazo determinado com L. F. de P. e I. B. da C., para desempenharem a função de auxiliar de serviços diversos (fls. 75), em detrimento a nomeação e posse da autora.

Essa situação demonstra a conveniência e a oportunidade do provimento *incontinenti* do cargo efetivo para o qual foi aprovada a impetrante, considerando a contratação precária de duas outras pessoas para o exercício das mesmas atribuições do referido cargo.

Nesse sentido:

> *RECURSOS VOLUNTÁRIOS. REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE CÔNEGO MARINHO. EDITAL N. 01/2012. CARGO DE FISIOTERAPEUTA II. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS. DEMONSTRAÇÃO. DIREITO À NOMEAÇÃO IMEDIATA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. I. A aprovação em concurso público gera para o candidato aprovado o direito subjetivo à nomeação se tiver sido classificado dentro do número de vagas previsto no Edital e que não tenha sido convocado no prazo de sua validade, ou, na mesma condição, se a ordem de classificação dos aprovados é desrespeitada ou, ainda, se as vagas previstas são preenchidas mediante contratações precárias para o exercício das funções dos cargos públicos. II. Em tendo sido o candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas pelo Município de Cônego Marinho, faz jus à nomeação pela Municipalidade, se demonstrar a existência de contratação precária para o exercício das funções do cargo público. (TJ-MG - AC: 10352140063822002 MG, Relator: W. F., Data de Julgamento: 06/10/2016, Câmaras Cíveis / 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 10/10/2016)*

Como se vê, o ato administrativo apontado como coator está em desacordo com o entendimento da jurisprudência sedimentada nos Tribunais Superiores, tendo agido com acerto o magistrado a quo ao conceder a segurança.

No mesmo sentido, como bem posto no parecer da Procuradoria Geral de Justiça, o qual adoto como razão de decidir:

> *"(...)*
>
> *In casu, perscrutando as informações constantes dos autos, tenho comigo que está configurado o direito líquido e certo da impetrante.*
>
> *Como cediço, o Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral[1], e o Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento no sentido de que o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas do edital, quando houver preterição na nomeação, por não observância da ordem de classificação, quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior e, por fim, quando ocorrer a preterição de candidatos, de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.*
>
> *Denota-se dos autos que a impetrante foi aprovada no Concurso Público do Município de Terenos, na 27ª (vigésima sétima) posição, para o cargo de Auxiliar de Serviços Diversos, com convocação, até o momento, do 26º (vigésimo sexto) classificado.*
>
> *Extrai-se, ainda, que o prazo de validade do certame foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, mediante o Decreto n.º 4.677, de 8 de janeiro de 2018 (fl. 32).*
>
> *Todavia, em julho de 2019 a Administração Pública firmou contrato por prazo determinado com L. F. de P. e I. B. da C., classificadas, respectivamente, na 71ª (septuagésima primeira) e na 73ª (septuagésima terceira) colocações, para desempenharem a função de Auxiliar de Serviços Diversos, cargo almejado pela impetrante.*
>
> *Não bastasse isso, cumpre salientar que a autoridade coatora, embora notificada para prestar informações, quedou-se inerte, de maneira que, conforme pontuado pelo magistrado*

1 RE 837.311/PI, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 15/12/2015.

singular, "nada foi comprovado a respeito e tampouco prestado qualquer esclarecimento acerca das referidas contratações em caráter temporário." (fl. 111).

Desse modo, não se pode olvidar que as mencionadas contratações se deram de modo precário, e não em caráter excepcional.

Assim, tem-se que os documentos coligidos ao feito demonstram, de maneira insofismável, que o candidato preencheu os requisitos exigidos para que se configurasse o direito à nomeação.

Diante disso, de acordo com o posicionamento firmado pela Corte Superior, tem-se que a mera expectativa de direito será transformada em direito subjetivo, se o candidato comprovar que houve contratação de pessoal em caráter precário ou temporário para as mesmas funções do cargo público em disputa, situação ocorrente nos presentes autos.

(...)"

Desta feita, encontra-se preenchido o pressuposto do *mandamus*, qual seja, o direito líquido e certo, demonstrado por prova pré-constituída, apto a ensejar a convocação e nomeação, como requerido pela impetrante, e concedido pelo juízo.

Assim, dado o contexto fático ora verificado, impõe-se a concessão da segurança, conforme o *decisum* proferido.

Diante do exposto, com o parecer da 3ª Procuradoria de Justiça Cível, nego provimento à Remessa Necessária, mantendo incólume a decisão do juízo de primeira instância.

É como voto.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Geraldo de Almeida Santiago

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 31 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Apelação / Remessa Necessária n.º 0820055-04.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS – REALIZAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DE AUXILIAR JUDICIÁRIO – NÃO VERIFICADA – ATIVIDADE COMPATÍVEL COM O CARGO QUE OCUPA – RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E PROVIDO – REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA

I. Na nova sistemática do Código de Processo Civil, não se conhece da remessa necessária quando interposto recurso voluntário pelo órgão da Fazenda Pública, nos termos do art. 496,§ 1º. do CPC.

II. As atividades desempenhadas pelos auxiliares judiciários são mais abrangentes que aquelas atribuídas aos agentes de serviços gerais, tanto que a atuação dos agentes de serviços gerais limita-se ao apoio básico, enquanto que para o auxiliar judiciário é prevista a atuação no âmbito do apoio logístico e operacional, de modo que, não há que se falar em identidade de atribuições entre os cargos.

III. A prova produzida nos autos não aponta que a autora desempenhou atividade incompatível com o cargo para o qual foi contratada, tornando-se imperiosa a reforma da sentença. Recurso provido.

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 voluntário e não conheceram da remessa, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de março de 2021

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, contra a sentença proferida nos autos da Ação declaratória c/c cobrança, ajuizada por M. das D. de A.

Suscita, preliminarmente, nulidade da sentença, ao argumento de que o juízo *a quo* proferiu decisão surpresa, violando assim, o princípio do contraditório e ampla defesa.

No mérito, alega que inexiste desvio de função na hipótese, seja em razão da impossibilidade de equiparação do vencimento da apelada ao vencimento de auxiliar judiciário I, seja em razão da impossibilidade de enquadramento para fins remuneratórios.

Sustenta que a lotação e relotação constituem prerrogativas do executivo, contra as quais não se podem opor os servidores, sendo que estes não gozam de inamovibilidade funcional.

Aduz que a existência de desvio de função exige prova da ausência de correlação entre as atividades exercidas e a função registrada, o que não ocorre, vez que a apelada não exerce e nunca exerceu as mesmas funções de um analista judiciário; e que a procedência do pedido da apelada, nos termos determinado na sentença, gera transposição de cargos, que é vedado pela sumula 685 do STF.

Defende, ainda, que o artigo 13 e 26 da Lei nº 3.687/2009, lançados como fundamento para decidir, são de regras, cujo conteúdo normativo contém natureza jurídica de enquadramento, e, sendo enquadramento, necessário se faz reconhecer a prescrição, pois não se trata de relação continuada, ou de trato sucessivo, mas sim prescrição do próprio fundo de direito, pois se trata de leis de efeitos concretos.

Por fim, enfatiza que a pretensão da autora esbarra no art. 37, XIII, da CF, que veda a equiparação salarial, assim como na súmula vinculante 37 do STF que proíbe ao Poder Judiciário conceder aumento salarial.

Em contrarrazões (fls. 307/315), a apelada pugna pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

Determinou-se a Remessa Necessária dos autos ao TJMS, consoante enunciado na Súmula nº 490, do STJ (fl. 264).

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator(a))

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, contra a sentença proferida nos autos da Ação declaratória c/c cobrança ajuizada por M. das D. de A.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo a analisar a sentença objeto deste recurso que, na parte dispositiva, restou assim redigida, *in verbis*:

> *"(...) Ante todo o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para declarar o direito da autora a ter seu vencimento-base equiparado ao de Auxiliar Judiciário I, em situação jurídica correspondente. Condeno o réu ao pagamento das diferenças salariais, a serem aferidas em liquidação de sentença, observado o prazo prescricional de cinco anos (09.06.2010), atualizados pela TR até 25/03/2015, e pelo IPCA-E a partir de 26/03/2015. Os valores corrigidos devem ser acrescidos de juros de mora, na forma simples, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.*
>
> *Condeno o réu ao pagamento de honorários de advogado, que arbitro em um percentual sobre o valor da causa, a ser definido na liquidação do crédito, nos termos do art. 85, § 4º, do Código de Processo Civil. Sem custas ante a sua isenção legal."*

Da remessa necessária

Nos termos do art. 496, § 1º do CPC: *"Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; (...) § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á."*

Assim, de acordo com a nova temática trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, a interposição de recurso de apelação pela própria Fazenda Pública, de forma voluntária, obsta a apreciação, de ofício, da remessa necessária.

Logo, não conheço da remessa necessária, passando à análise do recurso voluntário.

Do recurso voluntário

Pois bem. Conforme relatado, o recorrente insurge-se contra a decisão proferida pelo juízo *a quo,* suscitando preliminar de nulidade da sentença, por violação ao contraditório e ampla defesa e, no mérito, pugna pela reforma da decisão, por ausência de desvio de função.

Da preliminar de violação ao contraditório - vedação à decisão surpresa.

Aduz o recorrente que a decisão recorrida não é congruente com o diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais, devendo ser anulada, com retorno à origem, com fulcro no artigo 10, 492 e 493 do CPC, pois nítida é a inovação da decisão quando adota fundamento de direito sem anterior oportunização de contraditório prévio, com possibilidade efetiva de influenciar na formação da convicção do juízo.

A preliminar deve ser afastada. Explico.

A vedação à decisão surpresa consagra o princípio do contraditório ao exigir que, antes de o juiz decidir, deve dar oportunidade às partes de se manifestarem sobre o tema.

No caso em apreço, é possível observar que desde a inicial a autora sustenta que recebia a remuneração de agente de serviços gerais, porém, exercia a função correlata ao cargo de auxiliar judiciário I.

Além disso, ressaltou que a partir de 2007 o Tribunal de Justiça passou a terceirizar os serviços de limpeza e de copa, e por força de Portarias alterou a lei em vigor, modificando as atribuições do cargo, em total desrespeito à hierarquia das normas, ferindo o princípio republicano de repartição dos Poderes. Ou seja, através de Portaria, foram alteradas as atribuições dos cargos cuja espécie legislativa deveria ser por meio da lei.

Alegou, também, que a Portaria não é o meio jurídico adequado para definir as atribuições do cargo público e que embora ilícita, a Portaria nº 1.169/2010 alterou completamente as atribuições do cargo de agente de serviços gerais, contrariando totalmente o artigo 145 da Lei Estadual n. 1.511/94, passando os agentes de serviços gerais a exercerem funções correlatas ao cargo de auxiliar judiciário I e de analista judiciário, entretanto, com menor vencimento.

Assim, resta evidente que o ponto discutido durante toda a instrução processual foi a diferença remuneratória entre o cargo de agente de serviços gerais e o de auxiliar judiciário I, que, segundo a autora, exerciam idênticas atribuições, sendo a questão amplamente debatida nos autos, eis que, desde a inicial, a autora questiona o "reaproveitamento" levado a efeito pela Portaria nº 1.169/2010, tendo o estado a oportunidade de manifestar-se sobre o tema.

Portanto, em que pese a insurgência do ente estatal, após análise do feito, não constato a alegada violação ao contraditório, razão pela qual rejeito a preliminar de nulidade da decisão.

Da prescrição.

Por ordem de prejudicialidade passo a enfrentar a preliminar de mérito referente a prescrição.

O recorrente argui a ocorrência da prescrição quinquenal, ao argumento de que como a Lei nº 3.687/2009 entrou em vigor no dia 09/05/2009 e a presente ação somente foi ajuizada em 09/06/2015 a pretensão da autora encontra-se fulminada pela prescrição.

A insurgência não merece guarida, eis que, ao contrário do que restou alegado pelo recorrente, não vislumbro a ocorrência da prescrição do fundo de direito, uma vez que os efeitos financeiros da declaração pleiteada se protrai no tempo, ou seja, continua surtindo efeitos, tratando-se pois de natureza de trato sucessivo.

Veja que a pretensão inicial diz respeito a valores mensais cujo pagamento não foi realizado, logo, não há que se falar em prescrição do próprio direito material, mas apenas das verbas relativas ao período anterior aos cinco anos que antecedem o ajuizamento da ação.

A contagem do prazo prescricional, renova-se todo mês, não se podendo extinguir o processo, como pretende o recorrente, uma vez que o direito de percebimento dos valores relativos à diferença salarial que menciona renasce cada vez que esta é devida, e, por isto, restringe-se às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos do que dispõe a Súmula n. 85 do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Súmula n. 85. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação".*
>
> *A respeito, vejamos o seguinte julgado do nosso Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SERVIDOR PÚBLICO. PARCELA AUTÔNOMA DO MAGISTÉRIO - PAM. REAJUSTES. LEI ESTADUAL 10.395/1995. POSTERIOR INCORPORAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INTERESSE DE AGIR. ART. 267, VI, DO CPC. VERIFICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL E DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS DOS AUTOS. SÚMULAS 7/STJ E 280/STF.* **PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. NÃO OCORRÊNCIA. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ.** *1. Cuida-se, na origem, de ação com intuito de impor ao Estado do Rio Grande do Sul reajustes da chamada Parcela Autônoma do Magistério - PAM, previstos na Lei estadual 10.395/1995. Tal parcela foi posteriormente incorporada aos vencimentos dos servidores por força da Lei estadual 11.662/2001. 2. O recorrente almeja, em seu Recurso Especial, configurar violação do art. 535 do CPC, demonstrar a falta de interesse processual (art. 267, VI, do CPC) e obter a declaração da prescrição do fundo de direito em razão de a PAM ter sido incorporada aos vencimentos dos servidores. 3. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Nesse sentido: REsp 1.343.065/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 4.12.2012; e REsp 1.104.184/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 8.3.2012. 4. A pretensão de caracterizar a inexistência de interesse de agir da recorrida, com amparo no art. 267, IV, do CPC, requer a análise da legislação estadual que tratou da parcela autônoma dos vencimentos básicos dos professores (Leis estaduais 10.395/1995, 11.662/2001 e 12.961/2008), o que culmina na inadmissibilidade do Recurso Especial, nos termos da Súmula 280/STF. 5. Também carece de admissibilidade o tópico recursal concernente à ausência de interesse de agir por conta de eventuais e inespecíficos pagamentos judiciais do objeto controvertido, pois demanda revolvimento fático-probatório dos autos. Aplicação da Súmula 7/STJ. 6. Incorporar parcela remuneratória, no caso a PAM, aos vencimentos não constitui, por si só, negativa inequívoca do próprio direito para fins de prescrição do direito de revisão da verba incorporada.* **7. A incorporação da PAM aos vencimentos dos servidores continua a gerar efeitos financeiros de trato sucessivo, de forma que a revisão daquela parcela repercute continuamente na esfera jurídico-patrimonial do servidor. 8. Incide no caso a regra geral da Súmula 85/STJ, segundo a qual "nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação."** *9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (STJ. REsp nº 1.336.213/RS. Órgão Julgador: 1ª Seção. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento: 12.06.2013). (Destaquei).*

Nesse mesmo diapasão já se posicionou este Egrégio Tribunal de Justiça, senão vejamos:

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESVIO DE FUNÇÃO CUMULADA COM COBRANÇA - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE ALEGADA EM CONTRARRAZÕES - AFASTADA - OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - SERVIDORA DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL - DESVIO DE FUNÇÃO CONFIGURADO - DIREITO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA SALARIAL ENTRE OS CARGOS DE AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS E ANALISTA JUDICIÁRIO - RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO - REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Não há ofensa ao princípio da dialeticidade quando o recorrente expõe em seu recurso as razões de fato e de direito pelas quais não se conforma com o resultado do julgamento. 2 - Nas ações indenizatórias propostas contra a Fazenda Pública aplica-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no Decreto nº 20.910/32. Tratando-se de obrigação de trato sucessivo a prescrição atinge apenas as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação. 3 - Reconhecido o desvio de função, o servido público faz jus a receber as diferenças remuneratórias apuradas entre o cargo efetivamente exercido e aquele que foi efetivamente nomeado, com incidência sobre seus reflexos. APELAÇÃO CÍVEL DA PARTE AUTORA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESVIO DE FUNÇÃO CUMULADA COM COBRANÇA - JUROS MORATÓRIOS - ART 1º-F DA LEI 9.494/97, COM REDAÇÃO DA LEI 11.960/2009 - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - FIXAÇÃO NA FORMA DO ARTIGO 20, § 3º, DO CPC - PREQUESTIONAMENTO - RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Os juros de mora aplicáveis até 29.06.2009 devem ser no patamar de 6% ao ano, conforme dispunha o artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/1997 antes da inovação ocorrida em junho de 2009, devendo após aquela data ser observada a alteração introduzida pela Lei n.º 11.960/2009, aplicando juros da caderneta de poupança. 2 - Nas causas em que haja condenação, os honorários devem ser arbitrados na forma do artigo 20, § 3º, do CPC. 3 - É dispensável, para fins de prequestionamento, a manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados, vez que todas as questões levantadas nos recursos foram apreciadas. (TJMS. *Apelação / Remessa Necessária n. 0800331-73.2014.8.12.0025, Bandeirantes, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 19/07/2016, p: 20/07/2016)*

Rejeito, pois, a prejudicial de prescrição suscitada pelo apelante.

Do Mérito.

A autora, ora apelada, afirma que exerce o cargo de agente de serviços gerais desde 23 de maio de 2005, quando ingressou no Poder Judiciário. Sustenta que de acordo com o art. 145, da Lei. 1.511/94, incumbe aos Agentes de Serviços Gerais a execução de serviços de limpeza e zelar pela manutenção das instalações do Fórum.

Alega que a partir de 17/06/2010 passou a ser lotada na Secretaria Judiciária, Coordenadoria de Protocolo e Autuação, exercendo a função de Auxiliar Judiciário I, e que desempenhava várias atividades, conforme Portaria n. 1.169/2010, dentre elas, também emitia certidão e prestava informações processuais aos interessados e advogados, realizava o protocolo das petições e providenciava a autuação e materialização de processos.

Aduz que desde 01/03/2010 até 30/11/2012, trabalhou em desvio de função, na Secretaria Judiciária, exercendo a função de Auxiliar Judiciário I, e que a partir de 01/12/2012 até a presente data, passou a trabalhar no Departamento de Administração dos Juizados da Capital, Coordenadoria de Apoio aos Juizados da Capital, na recepção e no cartório, exercendo a função de Auxiliar Judiciário I, em especial, expedindo certidão de comparecimento à audiência e movimentação dos documentos processuais, assim como formalizava a expedição de mandados e cartas de citação e intimação, bem como de penhora, sempre com acesso ao SAJ – Sistema Informatizado do TJMS.

Pois bem.

De fato, a Lei nº 1.511/94 previa como atribuições do cargo de Agente de Serviços Gerais os serviços de limpeza e manutenção das instalações do Fórum.

Entretanto, diante da evolução legislativa e a necessidade de reestruturação dos cargos e atribuições no Poder Judiciário do Estado, editou se o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração do Quadro de Pessoal do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, atualmente Lei nº 3.687/2009, sendo que as atribuições dos servidores passaram a ser regulamentadas por meio de portaria, conforme determinação expressa do art. 33 da mencionada Lei.

> *Art. 33. **A atribuição** e a escolaridade dos cargos efetivos, dos cargos em comissão e das funções de confiança da estrutura de pessoal do Poder Judiciário constarão no Regimento da Secretaria **ou no Manual de Atribuição Funcional, a ser editado por portaria do Presidente do Tribunal de Justiça,** observados, quanto ao analista judiciário, a natureza da função, se área fim ou se área meio e o desdobramento em serviço interno ou em serviço externo. (destaquei)*

Assim, foi editada a Portaria nº 1.169/2010, que dispôs sobre o "Manual de atribuições funcionais dos cargos e das funções da estrutura das comarcas e dos juizados especiais do Poder Judiciário MS".

Aqui, abre-se um parêntese para esclarecer que a transcrição das atribuições dos agentes de serviços gerais e auxiliar judiciário I, ainda que extensa, é de suma importância para a compreensão do feito.

A menciona Portaria nº 1.169/2010 passou a prever as seguintes atribuições para os Agentes de Serviços Gerais (redação atualizada):

> *17 – Função: AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS*
>
> **Quadro II: Apoio Básico**
>
> *Regime Jurídico: Estatutário*
>
> *Provimento: Efetivo*
>
> **Escolaridade: Nível Fundamental**
>
> *Símbolo: PJSG-3*
>
> *Superior Hierárquico: Juiz Diretor do Foro, Diretor de Departamento, Chefe de Seção (Campo Grande), Escrivão/Chefe de Cartório, Secretário do Foro, Distribuidor, Contador e Partidor.*
>
> *Área de Lotação: em todas as áreas que integram a comarca*
>
> *Jornada de trabalho: 6 horas diárias, com 30 horas semanais*
>
> *Atribuições: A – Nas atividades administrativas:*
>
> *1. atender na portaria e no PAC-Pronto Atendimento ao Cidadão;*
>
> *2. auxiliar na Secretaria da Direção do Fórum, no Cartório Distribuidor, Contador e Partidor e outras áreas, executando serviços burocráticos auxiliares, tais como:*
>
> *a) emitir e receber fac-símile;*
>
> *b) protocolar, receber e entregar correspondências, processos e pequenos volumes;*
>
> *c) digitar, fotocopiar e digitalizar documentos; (alterada pela Portaria nº 797, de 28.9.2015 - DJMS, de 29.9.2015.)*

d) arquivar e desarquivar documentos e autos; (alterada pela Portaria nº 797, de 28.9.2015 - DJMS, de 29.9.2015.)

e) atender ao telefone;

f) atender ao público com presteza e urbanidade;

g) consultar, cadastrar, movimentar e digitalizar processos arquivados; (acrescentada pela Portaria n. 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

h) operar equipamento de videoconferência estabelecendo conexão que permita a utilização do recurso entre as comarcas conectadas; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

i) permanecer a disposição durante todo o período de funcionamento e conexão de videoconferência; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

j) manter o controle de lançamentos de reservas de data para uso das dependências ou equipamento de videoconferência; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

k) cadastrar previamente no sistema de controle de videoconferência as datas e horários da indisponibilidade de utilização; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

l) participar de treinamento quando convocado; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

m) administrar com diligência o manuseio do equipamento de videoconferência. (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

n) movimentar documentos no SCDPA e no sistema de malote digital; (acrescentada pela Portaria nº 797, de 28.9.2015 - DJMS, de 29.9.2015.)

3. auxiliar nos Cartórios, executando os seguintes serviços:

a) atender aos usuários no balcão;

b) atender ao telefone;

c) autuar autos processuais;

d) fotocopiar e digitalizar autos do processo e documentos; (alterada pela Portaria nº 797, de 28.9.2015 - DJMS, de 29.9.2015.)

e) entregar e receber os mandados a cumprir e os cumpridos;

f) ordenar os documentos destinados à juntada, com a localização dos respectivos autos;

g) localizar os autos, quando solicitados, inclusive os de audiência;

h) efetuar remessa e recebimento de autos no sistema;

i) encaminhar pedidos de desarquivamento de autos;

j) perfurar, numerar, rubricar e encartar documentos nos autos;

4. exercer outras atribuições compatíveis com sua área de atuação determinadas pelo superior hierárquico;

Enquanto que as atribuições do Auxiliar Judiciário I, são assim delineadas:

14 – Cargo: AUXILIAR JUDICIÁRIO I (Operador Judiciário e Agente de Apoio Operacional)

Quadro I: Apoio logístico e Operacional

Regime Jurídico: Estatutário

Provimento: Efetivo

Escolaridade: Ensino Médio

Habilitação específica para a atividade de motorista: Carteira Nacional de Habilitação categoria B

Símbolo: PJSA-1

Superior Hierárquico: Juiz Diretor do Foro, Escrivão/Chefe de Cartório, Controlador, Coordenador, Distribuidor, Contador e Partidor, Secretário da Direção do Foro, Diretor de Departamento e Chefe de Seção.

Área de Lotação: Fórum das comarcas e Juizados Especiais

Jornada de trabalho: 6 horas diárias, com 30 horas semanais

A - Na atividade de auxiliar administrativo: Superior Hierárquico: Coordenador, Chefe da Seção, Secretário do Foro, Chefe ou Diretor de Cartório, Diretor de Departamento Atribuições:

1. auxiliar na Secretaria da Direção do Fórum e em outras áreas, executando serviços burocráticos auxiliares:

a) atender a portaria e o PAC-Pronto Atendimento ao Cidadão;

b) emitir e receber fac símile;

c) protocolar, receber e entregar correspondências, processos e pequenos volumes;

d) digitar, fotocopiar e digitalizar documentos; e) arquivar e desarquivar documentos e autos;

f) movimentar documentos no SCDPA e no sistema de malote digital;

g) atender ao telefone; h) atender ao público com presteza e urbanidade;

i) consultar, cadastrar, movimentar e digitalizar processos arquivados; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

j) operar equipamento de videoconferência estabelecendo conexão que permita a utilização do recurso entre as comarcas conectadas; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

k) permanecer a disposição durante todo o período de funcionamento e conexão de videoconferência; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

l) manter o controle de lançamentos de reservas de data para uso das dependências ou equipamento de videoconferência; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

m) cadastrar previamente no sistema de controle de videoconferência as datas e horários da indisponibilidade de utilização; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

n) participar de treinamento quando convocado; (acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

o) administrar com diligência o manuseio do equipamento de videoconferência. (Acrescentada pela Portaria nº 650, de 9.12.2014 – DJMS, de 15.12.2014.)

2. auxiliar nos Cartórios, nas seguintes atividades:

a) atender aos usuários no balcão;

b) atender ao telefone;

c) autuar autos processuais;

d) fotocopiar e digitalizar autos do processo e documentos;

e) entregar e receber os mandados a cumprir e os cumpridos;

f) ordenar os documentos destinados à juntada, com a localização dos respectivos autos;

g) proceder à juntada de documentos nos autos, fisicamente e no sistema;

h) localizar autos processuais, quando solicitados, inclusive os de audiência;

i) efetuar remessa e recebimento de autos no sistema;

j) encaminhar pedidos de desarquivamento de autos;

k) agendar audiência, perícia e hasta pública no sistema;

l) perfurar, numerar, rubricar e encartar documentos nos autos;

m) movimentar documentos no SCDPA e no sistema de malote digital;

n) proceder a intimação e a certificação pelo sistema SITRA;

o) organizar em lote os autos previamente movimentados para o arquivo, com a respectiva remessa.

3. auxiliar no Cartório Distribuidor, Contador e Partidor, nas seguintes atividades:

a) atender ao público com presteza e urbanidade;

b) atender ao telefone;

c) receber pedido de emissão de certidão;

d) realizar remessa e recebimento de autos no sistema;

e) movimentar documentos no SCDPA e no sistema de malote digital;

4. auxiliar na Controladoria de Mandados, nas seguintes atividades:

a) atender ao público com presteza e urbanidade;

b) atender ao telefone;

c) receber, conferir, registrar, distribuir os mandados e as diligências;

d) conferir e arquivar o relatório das guias de recolhimento de despesas de diligências;

e) realizar a contagem dos atos dos mandados cumpridos para efeito de ressarcimento de despesas;

f) registrar a baixa e devolver os mandados aos respectivos cartórios;

g) separar os mandados com cumprimentos incorretos, incompletos ou com reclamações dos jurisdicionados, para efeito de supervisão;

h) conciliar a movimentação financeira das guias de recolhimento de despesas de diligências;

i) verificar, diariamente, o cumprimento das escalas de plantão dos Analistas Judiciários que exercem as atividades de serviço externo;

j) movimentar documentos no SCDPA e sistema de malote digital;

5. exercer outras atribuições compatíveis com sua área de atuação determinadas pelo superior hierárquico.

De uma leitura ao disposto no Manual de atribuições é possível observar que as atribuições dos agentes de serviços gerais não são idênticas ao auxiliar judiciário I, sendo que cada qual possui contorno próprio, e a Portaria 1.169/2010 cuidou de fazer essa diferenciação.

Perceba que, em que pesem algumas congruências entre ambas, as atividades desempenhadas pelos auxiliares judiciários são mais abrangentes que aquelas atribuídas aos agentes de serviços gerais, tanto que a atuação dos agentes de serviços gerais limita-se ao apoio básico, enquanto que para o auxiliar judiciário é prevista a atuação no âmbito do apoio logístico e operacional.

Além disso, para o cargo de agente de serviços gerais não é atribuída a função junto à Controladoria de Mandados e, enquanto auxiliar no cartório, não há o desempenho de atividade como juntada de documentos nos autos, fisicamente e no sistema; agendamento de audiências, perícias e hasta pública no sistema; movimentação de documentos no SCDPA e no sistema de malote digital; intimação e a certificação pelo sistema SITRA; organização em lote os autos previamente movimentados para o arquivo, com a respectiva remessa.

Assim, é evidente as atribuições não se confundem, tanto que o nível de escolaridade exigido para ambos os cargos se distinguem, na medida em que para ser *"agente de serviços gerais"* é necessário que o servidor possua *"nível fundamental",* ao passo que para ser *"auxiliar judiciário I"* o servidor precisa possuir *"ensino médio"*.

Como se vislumbra dos comandos normativos acima transcritos, a função dos agentes de serviços gerais não se limita aos serviços de limpeza ou manutenção do prédio do Fórum.

Ao contrário, o rol das atribuições do cargo de agente de serviços gerais não é taxativo, podendo abranger outras atividades compatíveis com a qualificação técnica e com a escolaridade.

Soma-se a isso o fato de que as três testemunhas ouvidas em juízo apenas confirmam que a autora realizava o serviço de digitalização de processos[1], porém, tal atribuição reveste-se de baixa complexidade,

1 "Não sabe quanto tempo a autora ficou no protocolo, sendo transferida após para a digitalização de processos remetidos aos Tribunais Superiores e de lá foi transferida novamente para o CIJUS, onde trabalha com os mandados no Cartório" (R. P. de S. - fl. 243);
"A autora trabalhou com a depoente na remessa de processos aos Tribunais Superiores, fazendo a digitalização de processos e gerando arquivo em formato PDF, que era remetidos pelo malote digital pela Chefe" (A. B. - fl. 244);
"Quando houve a terceirização do serviço de Copa, houve uma determinação da Administração do Tribunal, para que os servidores lá lotados fossem encaminhados para realizar o serviço de digitalização de autos de processos, que era um serviço em fase inicial no Tribunal. Foi o caso da autora, ao que se recorda." (C. S. G. - fl. 245).

inserida no grau de instrução exigida para o cargo da autora, não podendo ser considerada como atribuição idêntica ao do auxiliar judiciário.

Outrossim, as demais alegações, "de que emitia certidões, prestava informações processuais, formalizava e expedia mandados, cartas de citação, intimação, bem como penhora", não restam demonstradas.

Destarte, inexistindo provas nos autos de que a autora realizava funções incompatíveis com o cargo ocupado de agente de serviços gerais, e sendo impossível ao Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia, nos termos do enunciado sumular vinculante nº 37[2], a reforma da sentença proferida pelo juízo *a quo* é medida que se impõe.

Em demandas semelhantes a presente, o egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul tem assim se posicionado:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESVIO DE FUNÇÃO CUMULADA COM COBRANÇA – ALTERAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO SERVIDOR POR MEIO DE PORTARIA – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À LEGALIDADE – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DESVIO FUNCIONAL ENTRE OS CARGOS DE AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS (ATUAL AUXILIAR JUDICIÁRIO II) E DE AUXILIAR JUDICIÁRIO I – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DAS DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS ENTRE OS CARGOS – DESVIO DE FUNÇÃO NÃO CONFIGURADO – PROVAS INSUFICIENTES PARA AMPARAR A PRETENSÃO – APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. A modificação das atribuições do servidor, embora realizadas por meio de portaria, não ensejam ofensa ao princípio da legalidade, isto porque editadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça, no uso de atribuições que lhe foram conferidas por lei. Não restando comprovado nos autos o alegado desvio de função, não há que se falar na procedência do pedido inicial, já que o recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe competia, na forma do art. 373, I, do CPC. (***TJMS**. Apelação Cível n. 0812238-17.2014.8.12.0002, Dourados, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 10/05/2017, p: 11/05/2017)*

> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESVIO DE FUNÇÃO CUMULADA COM COBRANÇA - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DESVIO FUNCIONAL ENTRE OS CARGOS DE AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS E DE AUXILIAR JUDICIÁRIO I DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL - PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DAS DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS ENTRE OS CARGOS DESVIO DE FUNÇÃO NÃO CONFIGURADO - PROVAS INSUFICIENTES PARA COMPROVAR O ALEGADO DESVIO - ALTERAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO SERVIDOR POR MEIO DE PORTARIA - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - RECURSO IMPROVIDO A modificação das atribuições do servidor, embora realizadas por meio de portaria, não ensejam ofensa ao princípio da legalidade, isto porque editadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça, no uso de atribuições que lhe foram conferidas por lei. No que tange à alegada comprovação de que o apelante exerceu o cargo em desvio de função, tenho que o mesmo não cumpriu com o disposto no Art.333, inciso I, do CPC de 1973 que encontra correspondência no Art.373 do atual Código de Processo Civil, já que não restou demonstrada a caracterização do desvio funcional. (**TJMS**. Apelação Cível n. 0806895-40.2014.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 24/05/2016, p: 03/06/2016)*

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESVIO DE FUNÇÃO CUMULADA COM COBRANÇA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ALEGADO DESVIO. EXISTÊNCIA DE GRAU DE RESPONSABILIDADE DIVERSO ENTRE AS FUNÇÕES DE AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS E DE ANALISTA JUDICIÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. Ainda quando ocorra desvio de função (e no caso não ocorreu), o direito do servidor nesta situação é o de retornar ao feixe de atribuições do seu cargo, e nada mais, isto porque é assente na doutrina e na jurisprudência que deferir o pagamento de diferenças abre portas para o apadrinhamento e para a possibilidade de,*

2 "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia".

*por vias transversas, melhorar-se a posição de escolhidos, à custa do erário, da isonomia e do acesso igualitário ao serviço público através de concurso. (***TJMS***. Apelação Cível n. 0808264-69.2014.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 01/03/2016, p: 08/03/2016)*

*EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESVIO DE FUNÇÃO c/c COBRANÇA – "AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS" QUE EXERCE A FUNÇÃO DE "AUXILIAR JUDICIÁRIO I" – INOCORRÊNCIA – ATRIBUIÇÕES E GRAU DE ESCOLARIDADE DISTINTOS – PORTARIA QUE NÃO TEVE O CONDÃO DE ALTERAR AS ATRIBUIÇÕES DE CARGOS PÚBLICOS, MAS, AO CONTRÁRIO, DE REGULAMENTAR LEI ESTADUAL – AUSÊNCIA DE PROVAS DO ALEGADO DESVIO – AÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO – SENTENÇA RETIFICADA 1. A recorrente não logrou comprovar que possui o nível de escolaridade exigido para o cargo cujas funções alega exercer ("auxiliar judiciário I"), não se podendo presumir que desempenhe ela função para qual não possua qualificação técnica para exercer. 2. As testemunhas ouvidas em juízo esclareceram e delimitaram as atividades desenvolvidas pela apelante em seu dia-a-dia, sendo que ao analisar tais atribuições verifica-se, sem maiores dificuldades, que as funções da recorrente são compatíveis com o cargo de "agente de serviços gerais". 3. A hipótese veiculada não trata de Portaria alterando atribuições de cargos públicos, mas, ao contrário, de Portaria regulamentando Lei Estadual responsável pela delimitação de atividades inerentes e caracterizadoras de cargo público. (***TJMS***. Apelação / Remessa Necessária n. 0801929-02.2017.8.12.0011, Coxim, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 05/12/2018, p: 06/12/2018)*

Diante do exposto, necessária a reforma da sentença.

Assim, dou provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de julgar improcedente a ação. Não conheço da remessa necessária.

Inverto a sucumbência, condenando a autora ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência que fixo em 10% sobre o valor da causa, com fulcro nos §§ 2º, 3º, I e 19, do art. 85, do CPC, devendo ser observado, contudo, o disposto no §3º do art. 98, do CPC.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso voluntário e não conheceram da remessa, 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. Geraldo de Almeida Santiago

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 31 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Apelação Cível n.º 0834726-66.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA – SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – INEXISTÊNCIA DE LEI REGULAMENTANDO A MATÉRIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I. Diante da inexistência de Lei específica regulamentando o pagamento do adicional de insalubridade, não há como concedê-lo, em obediência ao princípio da legalidade, ao qual a Administração Pública está vinculada, conforme disposto no art. 37 da Constituição Federal.

II. Recurso improvido.

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, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator..

Campo Grande, 31 de março de 2021

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Geraldo de Almeida Santiago.

S. K., inconformada com a sentença proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Campo Grande/3 ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos, nos autos da Ação declaratória c/c cobrança, movida em face do Município de Campo Grande, interpõe o presente recurso.

Alega, em síntese, que há previsão Constitucional e infraconstitucional garantindo a gratificação de insalubridade ao servidor público, e que na atividade como odontóloga e radiologista está constantemente exposta às radiações ionizantes, agentes nocivos à saúde, além de diversos focos de doenças, fazendo jus ao recebimento da "gratificação de Insalubridade".

Sustenta que o art. 95, inciso XIV e o art. 120 do estatuto do servidor público municipal, mencionam ser a gratificação de insalubridade uma vantagem de serviço, sendo cabível indenização aos servidores expostos a essas condições penosas, insalubres e perigosas.

Aduz, ainda, não há como ficar indefinidamente aguardando uma simples regulamentação do executivo que nunca tem interesse em editá-la, e verificando que na lei há previsão da base de cálculo, é devida a gratificação.

Diante disso, requer o provimento do recurso, ao tempo em que prequestiona dispositivos legais (fls. 274/295).

Contrarrazões apresentadas às fls. 304/318, nas quais o apelado pugna pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator(a))

Trata-se de apelação cível interposta por S. K., inconformada com a sentença proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Campo Grande/3ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos, nos autos da Ação declaratória c/c cobrança, movida em face do Município de Campo Grande.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade passo a analisar a sentença objeto deste recurso, a qual restou assim redigida, *in verbis*:

> *"(...)*
>
> *Considerando que inexiste nesta municipalidade qualquer lei que regulamente o adicional de insalubridade para servidores públicos municipais que exerçam as atividades de odontólogo e radiologista, não há que se falar em procedência dos pedidos lançados na inicial.*
>
> *Insta salientar que o período em que a autora recebeu adicional de insalubridade como odontóloga desse município, vigia lei distinta da presente, ou seja, Lei Complementar nº 07/1996, que restou revogada pela LC nº 190/2011.*
>
> *Além do mais, o fato da autora ter percebido adicional de insalubridade enquanto laborava em município distinto do presente não lhe concede o direito pretendido, em razão da autonomia política, financeira e administrativa dos entes públicos, nos termos do artigo 18 da Constituição Federal, sendo que, havendo omissão dos Poderes Executivos ou Legislativos, a medida cabível é aquela prevista no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal.*
>
> *Diante do exposto e tudo o mais que dos autos consta, julgo improcedentes os pedidos desta Ação Declaratória c/c Ordinária de Cobrança com Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela promovida por S. K. em face do MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE.*
>
> *(...)"*

Pois bem. Em que pesem os argumentos trazidos aos autos, não merece reforma a sentença recorrida. Explico.

Quanto ao adicional de insalubridade, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 7º, inciso XXIII, o seguinte:

> *"Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIII adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; (...)".*

Entretanto, a atual redação da Constituição Federal não prevê o pagamento do referido adicional aos servidores públicos, conforme se observa do § 3º do artigo 39 da CF, vejamos:

> *"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.*

(...)

§3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quanto a natureza do cargo o exigir."

Porém, o fato de não restar previsto na Carta Magna não impede que o adicional seja pago aos servidores, no entanto, para que seja devido o pagamento do adicional é imprescindível que haja previsão legal e regulamentação para sua aplicação.

Isso porque a Administração Pública encontra-se jungida ao princípio da legalidade, previsto expressamente no artigo 37, *caput,* da Constituição Federal, que assim estabelece:

"A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)."

No caso dos autos, em análise à legislação colacionada ao presente feito, verifica-se que a Lei complementar nº 190/2011, que dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Município de Campo Grande, previu o pagamento do benefício pleiteado na forma da Lei, nos seguintes termos:

"Das Gratificações de Periculosidade, de Insalubridade e de Penosidade

(...)

Art. 120. Aos servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas, com risco de vida ou em posturas que imponha cansaço físico elevado ao final da jornada de trabalho poderá ser concedida vantagem que indenize essas condições de trabalho, identificadas como:

(...)

II - gratificação de insalubridade - atribuída pelo exercício das atribuições, em caráter contínuo, em condições que exponha o servidor a agentes nocivos à saúde, considerada a natureza e a intensidade dos agentes e do tempo de exposição aos seus efeitos;

(...)

Art. 122. As gratificações de penosidade, insalubridade ou periculosidade serão concedidas em **obediência a critérios e situações definidas em regulamento específico,** *aprovado pelo Prefeito Municipal, elaborado com base em normas do Ministério do Trabalho sobre a matéria. (destaquei)*

Assim, o recebimento do adicional de insalubridade está sujeito à regulamentação, a fim de estabelecer os critérios e as situações passíveis de serem contempladas com a gratificação, de tal modo que não se faz possível a sua concessão automática, consoante requer a apelante.

Logo, em razão da ausência de regulamentação no âmbito do Município de Campo Grande, não há como compelir o Município recorrido a pagar a referida gratificação à recorrente, uma vez que obedeceu ao princípio da estrita legalidade ao deixar de conceder o adicional em comento.

Nesse mesmo sentido tem se posicionado o e. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme se extrai dos arestos abaixo colacionados.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – PRODUÇÃO DE PROVAS - MATÉRIA RESOLVIDA EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO RECORRIDA – PRECLUSÃO - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO PELO ENTE MUNICIPAL – PRINCÍPIO DE LEGALIDADE – RECURSO NÃO DESPROVIDO. A arguição

*de cerceamento de defesa, por indeferimento de produção de prova, não enseja acolhimento em sede de apelação, quando resolvida a matéria em decisão não impugnada oportunamente, por meio do recurso próprio, ocorrendo a preclusão do direito da parte em produzir as provas requeridas. O adicional de insalubridade somente será devido se houver regulamento específico, aprovado pelo Prefeito Municipal, elaborado com base em normas do Ministério do Trabalho sobre a matéria. (***TJMS***. Apelação Cível n. 0812346-44.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 12/02/2021, p: 18/02/2021)*

*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA – OMISSÃO DO LEGISLATIVO – NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A previsão constitucional ao direito ao adicional de remuneração (gratificação), para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 7º, XXIII), não se aplica aos servidores públicos, conquanto não mencionado no § 3º, do art. 39, também da CF. A Constituição Federal não proíbe, por outro lado, que o legislador estabeleça tal direito, ficando ao seu arbítrio. Assim, o pagamento do adicional de insalubridade somente será devido ao servidor público se houver lei local que o preveja. 2. No caso em tela, apesar da Lei Complementar nº 190 do Município de Campo Grande/MS ter instituído o adicional de insalubridade ao servidor público municipal, também estabeleceu em seu art. 122, a necessidade de regulamentação, o que efetivamente ainda não ocorreu. Portanto, havendo necessidade da regulamentação para fins de concessão da referida gratificação, o deferimento da pretensão recursal ensejaria violação ao princípio da legalidade, o qual norteia os atos da Administração Pública. 3. No que se refere-se a omissão do ente municipal, necessário se faz destacar que a autora deverá socorrer-se do meio próprio (art. 5º, LXXI, da Constituição Federal). (***TJMS***. Apelação Cível n. 0818345-46.2015.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 26/11/2018, p: 27/11/2018)*

*APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E COBRANÇA – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL – PROVA DESNECESSÁRIA PARA O DESLINDE DA QUESTÃO - PRELIMINAR AFASTADA. 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 como in casu. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE – VÍNCULO DE NATUREZA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA – PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – INEXISTÊNCIA DE NORMA LOCAL REGULAMENTADORA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE USURPAÇÃO PELO JUDICIÁRIO DA COMPETÊNCIA DO EXECUTIVO NO EXERCÍCIO DO PODER REGULAMENTAR. Em se tratando de vínculo de caráter jurídico-administrativo, o pagamento do adicional de insalubridade somente será devido ao servidor público se houver lei local que o preveja, bem como a devida regulamentação, sendo inaplicável à espécie as normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, e sendo vedado ao Judiciário a usurpação da competência do Poder Executivo no que tange ao exercício do poder regulamentar. CARGA HORÁRIA DE ASSISTENTE SOCIAL MUNICIPAL – REDUÇÃO DE 40 PARA 30 HORAS SEMANAIS – INAPLICABILIDADE DA LEI FEDERAL N. 12.317/2010 AOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS – JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS MANTIDOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. A redução da jornada de trabalho dos assistentes sociais prevista na Lei Federal n.º 12.317/2010 se aplica apenas aos servidores celetistas, segundo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça. Os honorários sucumbenciais devem ser arbitrados entre o mínimo de 10 e o máximo de 20% sobre o proveito econômico ou valor da causa. Havendo o juízo a quo arbitrado os honorários em 10%, não há que se falar em redução do quantum, haja vista que já fixado no menor patamar possível. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. (***TJMS***. Apelação Cível n. 0806644-83.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 29/10/2020, p: 04/11/2020)*

Assim, não há reparos a serem feitos na sentença proferida pelo juízo *a quo*.

Do prequestionamento

Quanto ao prequestionamento, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados no recurso, eis que toda a matéria foi satisfatoriamente apreciada, além do que o magistrado não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado.

Dispositivo.

Ante o exposto, afasto a preliminar de cerceamento de defesa, e no mérito, nego provimento ao recurso interposto por S. K., mantendo-se incólume a sentença recorrida.

Outrossim, majoro os honorários advocatícios para o importe de 11% (onze por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e 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. Geraldo de Almeida Santiago

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 31 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Apelação Cível n.º 0800054-82.2014.8.12.0049 - Agua Clara

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DPVAT – INVALIDEZ PERMANENTE – PERÍCIA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE AUTORA PARA COMPARECIMENTO NA PERÍCIA – CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO – INSUBSISTÊNCIA DA SENTENÇA – RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos do verbete da Súmula 474, do Superior Tribunal de Justiça, a realização de perícia médica é indispensável para o arbitramento do valor da indenização do seguro DPVAT.

2. Tratando-se de perícia médica que exige o comparecimento da própria parte para a realização do exame, mostra-se imprescindível a sua intimação pessoal acerca da data, horário e local designados, não bastando a intimação do advogado através de nota de expediente.

3. Não tendo o autor sido intimado pessoalmente sobre a perícia agendada, impositiva a insubsistência da sentença que julgou improcedente a ação ante a ausência de provas de sua invalidez em razão do não comparecimento para a perícia aprazada.

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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de junho de 2021

Des. João Maria Lós

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto contra sentença proferida, nos autos da Ação de Cobrança de Seguro Dpvat.

Em síntese, alega que houve cerceamento de defesa que enseja a nulidade da sentença, pelos seguintes motivos:

I - Não compareceu à perícia médica em razão de não ter sido intimado pessoalmente da data da realização do exame e sequer foi concedida oportunidade para justificar sua ausência;

II - O não comparecimento à perícia sem oportunidade de justificação não poderia ter a grave punição de sentença de improcedência, pois a prova pericial mostra-se necessária ao deslinde do feito, já que é a única maneira de comprovar o grau de incapacidade;

II – Diante da natureza personalíssima do exame pericial, necessária se faz a intimação pessoal da periciando.

Pugna pela nulidade da sentença para que os autos sejam devolvidos ao juízo de origem para reabertura da instrução e efetivação da notificação pessoal das partes para a realização da referida prova.

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo.

O(A) Sr(a). Des. João Maria Lós.

VOTO

Defende o apelante que a perícia é ato personalíssimo, impondo-se a intimação pessoal para comparecimento, o que não ocorreu nos autos, motivo pelo qual a sentença cerceou seu direito de defesa, devendo ser tornada insubsistente.

A pretensão do autor na presente demanda é o recebimento de indenização decorrente do seguro obrigatório DPVAT, em razão de acidente de trânsito.

Incide na hipótese sub judice a regra do artigo 5º, caput, da Lei n.º 6.194/74, que exige do autor a prova do acidente e do dano dele decorrente.

A respeito do valor da indenização, consoante entendimento firmado pela Segunda Seção do c. STJ, no REsp 1246432, em sede de Recurso Repetitivo, nos moldes do art. 543-C, do CPC, será calculado de acordo de forma proporcional ao grau da invalidez:

> *"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DPVAT. SEGURO OBRIGATÓRIO. INVALIDEZ PARCIAL. INDENIZAÇÃO A SER FIXADA DE ACORDO COM A PROPORCIONALIDADE DA INVALIDEZ. SÚMULA N.º 474/STJ. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial permanente do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez (Súmula n.º 474/STJ).2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO." (REsp 1246432/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 27/05/2013).*

Também nesse sentido a Súmula n.º 474 do Superior Tribunal de Justiça:

> *"A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez." (Súmula 474, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 19/06/2012).*

Assim, imprescindível a realização de perícia técnica para definir se o autor possui invalidez permanente e em qual grau, a fim de que se possa definir o valor indenizatório a que faz jus.

No caso, a ação foi julgada improcedente ante a ausência de prova do fato constitutivo do direito alegado, uma vez que a requerente não compareceu ao exame pericial agendado.

Ocorre que ela não foi intimada pessoalmente sobre a perícia designada.

Tratando-se de perícia médica que exige o comparecimento pessoal da própria parte para a realização do exame, a jurisprudência pátria se posicionou pela imprescindibilidade da intimação pessoal do periciando acerca da data, horário e local designados, não bastando a nota de expediente em nome de seu advogado, sob pena de cerceamento de defesa.

Nessa linha, os precedentes:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE AUTORA PARA COMPARECIMENTO À PERÍCIA MÉDICA – INTIMAÇÃO*

SOMENTE DO CAUSÍDICO – PRELIMINAR ACOLHIDA – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

01. Ocorre o cerceamento de defesa, quando não há produção de provas de uma das partes, sendo que, em função disso, a parte que a requereu, sofre prejuízo em relação à sua pretensão.

02. É necessária a intimação pessoal do autor acerca da perícia médica designada, não sendo suficiente a intimação do seu patrono através do Diário Oficial. 03. Recurso conhecido e provido." (Apelação - Nº 0800399-58.2015.8.12.0002 - Dourados Relator – Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva - 5ª Câmara Cível - 10 de novembro de 2015).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA – DPVAT – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – ACOLHIDA – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA – IMPOSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO APENAS PELO DIÁRIO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "(Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Apelação n; 0800134-56.2015.8.12.0002 - Comarca: Dourados; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/09/2015; Data de registro: 23/09/2015).

Assim, resta configurado o cerceamento de defesa que impõe a renovação do ato através da intimação prévia e pessoal da periciando.

Ex positis, dou provimento ao apelo para tornar insubsistente a sentença, determinando o prosseguimento regular do feito com a intimação pessoal do autor para comparecer à perícia a ser novamente designada.

O(A) Sr(a). Des. João Maria Lós. (Relator(a))

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento, 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. João Maria Lós

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 16 de junho de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Apelação Cível n.º 0802083-13.2018.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PREVIDENCIÁRIA – ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS – RESSARCIMENTO AO INSS – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Embora tenha sido deferido o benefício da justiça gratuita para o autor da ação, este fato não enseja a obrigação do Estado em arcar com os honorários periciais, porque o deferimento da benesse não sobrepõe o direito do segurado de isenção das custas e despesas processuais, inclusive dos honorários de perito e de advogado, consoante art. 129, II, da Lei n. 8.213/91. Sentença mantida. Apelo improvido.

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, 30 de março de 2021

Des. João Maria Lós

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. João Maria Lós.

INSS - Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpõe recurso de apelação em face da sentença de fls. 227/231 que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da Ação de Concessão de Benefício Previdenciário movida em desfavor de R. N. DA S. E OUTROS, determinando-se a extinção do feito com resolução do mérito, com esteio no art. 487, inciso I, do CPC.

Sustenta a autarquia que *"tendo antecipado parte do pagamento das despesas com os honorários periciais, o que o fez em razão do disposto no art. 8º, § 2º da Lei Federal 8.620/93, entende o INSS que a sentença deve ser reformada para expressamente consignar a responsabilidade do Estado de Mato Grosso do Sul pelo ressarcimento desta despesa".*

Pleiteia o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, condenando a parte recorrida a ressarcir à autarquia as despesas com os honorários periciais que foram adiantados pela autarquia.

A autora não apresentou contrarrazões.

É o relatório. Passo ao julgamento.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. João Maria Lós. (Relator(a))

Trata-se de ação proposta por R. N. DA S. em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS em que pleiteia a concessão do benefício Auxílio-doença acidentário e sua conversão em Aposentadoria por invalidez e/ou Auxílio-acidente, com a percepção das prestações vencidas desde a data da cessação administrativa.

Sobre os honorários periciais, mas demandas acidentárias propostas em face do INSS não cabe a exigência do recolhimento de quaisquer custas e/ou verbas relativas à sucumbência, por força da isenção expressamente prevista no parágrafo único do artigo 129 da Lei 8.213/91 que disciplina a matéria:

> *"Art. 129. Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados: [...] II - na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho CAT.*
>
> *Parágrafo único. O procedimento judicial de que trata o inciso II deste artigo é isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas à sucumbência".*

Nota-se, então, que o deferimento da justiça gratuita em ação acidentária nada importa, pois, na realidade, é garantido ao segurando isenção legal, dada a imposição da legislação previdenciária, dispensando, por consequência, a parte autora da comprovação de situação de pobreza ou do pagamento de quaisquer despesas.

A legislação não prevê a restituição dos valores pagos pelo INSS nesta seara, ao contrário, a Lei n. 8.620/93, art. 8º, § 2º, determina que a autarquia federal antecipará os honorários periciais nas ações de acidente do trabalho.

Portanto, embora tenha sido deferido o benefício da justiça gratuita para o autor da ação, este fato não enseja a obrigação do Estado em arcar com os honorários periciais, porque o deferimento da benesse não sobrepõe o direito do segurado de isenção das custas e despesas processuais, inclusive dos honorários de perito e de advogado, consoante art. 129, II, da Lei n. 8.213/91.

A propósito, colaciono julgados desta Corte Estadual no mesmo sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL AÇÃO PREVIDENCIÁRIA ACIDENTE DE TRABALHO HONORÁRIOS PERICIAIS ADIANTAMENTO PELA AUTARQUIA RESTITUIÇÃO PELO ESTADO IMPOSSIBILIDADE SEGURADO ISENTO DAS CUSTAS DE SUCUMBÊNCIA NA FORMA DO ART. 129, § ÚNICO, DA LEI N. 8.213/91 AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO ESTATAL RECURSO PROVIDO. Não é possível atribuir ao Estado o dever de reembolsar despesas de perícias realizadas em beneficiário da previdência social, ao qual se concedeu as benesses da justiça gratuita, ante a obrigação da autarquia federal antecipar os honorários periciais, conforme art. 8.º, § 2.º, da Lei n. 8.620/1993. O art. 129, parágrafo único, da Lei n. 8.213/1991, assegura a isenção do pagamento de quaisquer custas e verbas em relação à sucumbência. O Estado presta assistência judiciária à parte e não a substitui, de tal sorte que não se transfere os ônus pessoais de eventual derrota judicial. (TJMS. Apelação n. 0070460-58.2007.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 06/12/2016, p: 07/12/2016)*
>
> *APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO PREVIDENCIÁRIA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE CERCEAMENTO DE DEFESA HONORÁRIOS PERICIAIS ADIANTAMENTO PELA AUTARQUIA RESTITUIÇÃO PELO ESTADO IMPOSSIBILIDADE SEGURADO ISENTO DAS CUSTAS DE SUCUMBÊNCIA NA FORMA DO ART. 129, § ÚNICO, DA LEI N. 8.213/91 PRELIMINARES REJEITADAS AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REDUÇÃO*

DA CAPACIDADE LABORAL BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO RECURSO NÃO PROVIDO. I Não é possível atribuir ao Estado o dever de reembolsar despesas de perícias realizadas em beneficiário da previdência social, ao qual se concedeu as benesses da justiça gratuita, ante a obrigação da autarquia federal antecipar os honorários periciais, conforme art. 8.º, § 2.º, da Lei n. 8.620/1993. O art. 129, parágrafo único, da Lei n. 8.213/1991, assegura a isenção do pagamento de quaisquer custas e verbas em relação à sucumbência. O Estado presta assistência judiciária à parte e não a substitui, de tal sorte que não se transfere os ônus pessoais de eventual derrota judicial. [...]. (TJMS. Apelação n. 0830709-50.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 20/03/2018, p: 21/03/2018)(g.n.)

Logo, a hipótese de assistência judiciária, anteriormente prevista na Lei n. 1.060/50 e atualmente nos arts. 98 e seguintes do CPC/15, não se confunde com a isenção legal atribuída pela Lei n. 8.213/91 aos segurados em litígios relativos a acidentes do trabalho.

Destarte, não há razão para que o reembolso dos honorários periciais adiantados pelo INSS seja de responsabilidade do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

Des. João Maria Lós

Relator

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. João Maria Lós

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 30 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Embargos de Declaração Cível n.º 0812555-39.2019.8.12.0002/50000 - Dourados

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – NÃO CABIMENTO – CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO – EMBARGOS REJEITADOS.

1. A teor do disposto no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, o escopo dos embargos de declaração é tornar claro o que era obscuro, desfazer a contradição, suprimir a omissão ou corrigir erro material, não podendo o embargante fazer uso de recurso desta natureza para obter o a rediscussão da matéria.

2. Prevalece o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 421 no sentido de que os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

3. Diante da ausência de quaisquer vícios no acórdão, os embargos declaratórios devem ser rejeitados.

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, não acolheram os embargos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de março de 2021

Des. João Maria Lós

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. João Maria Lós.

Cuida-se de embargos de declaração interposta por J. N. DE S. C. E Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul em face do acórdão de fls. 186/192 que, nos autos da obrigação de fazer c/c tutela antecipada de urgência promovida em face de Estado de Mato Grosso do Sul, em que esta Eg. Primeira Câmara Cível, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado pelo autor na presente ação de obrigação de fazer consubstanciada na disponibilização de "vaga para realização do procedimento de hemodiálise ambulatorial", conforme prescrição médica, no prazo de 72 horas, em rede pública preferencialmente, ou particular, ratificando a tutela de urgência.

Alega a Defensoria Pública que "*nas razões recursais a apelante pré-questionou os dispositivos legais e constitucionais violados, art. 4º, inciso XXI, da LC n. 80/1994 e art. 134, §2º, da Constituição Federal em razão do não reconhecimento da autonomia e independência orçamentária da Defensoria Pública em relação*

ao ente federativo que integra, neste caso o Estado de Mato Grosso do Sul, sob o argumento de que, entre ambos, ocorre a confusão patrimonial".

Afirma que a referida decisão é fundamentada na Emenda Constitucional 80/2014, porquanto a Defensoria Pública passou a ser a única indivisível e independente funcionalmente, ou seja, não está vinculada ao Poder Judiciário.

Pede que seja o Estado condenado ao pagamento de honorários em seu favor. Prequestiona a matéria arguida.

Contrarrazões às fls.20/24.

É a síntese do necessário. Passo ao julgamento.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. João Maria Lós. (Relator(a))

Cuida-se de embargos de declaração interposto por J. N. DE S. C. E Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul em face do acórdão de fls. 186/192 que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c tutela antecipada de urgência que promove em face de Estado de Mato Grosso do Sul, em que esta Corte, por unanimidade, manteve a sentença que julgou procedente o pedido formulado pelo autor na presente ação de obrigação de fazer consubstanciada na disponibilização de "*vaga para realização do procedimento de hemodiálise ambulatorial*", conforme prescrição médica, no prazo de 72 horas, em rede pública preferencialmente, ou particular, ratificando a tutela de Urgência e não condenou o Estado em honorários.

Afirma a Defensoria que "*nas razões recursais a apelante pré-questionou os dispositivos legais e constitucionais violados, art. 4º, inciso XXI, da LC n. 80/1994 e art. 134, §2º, da Constituição Federal em razão do não reconhecimento da autonomia e independência orçamentária da Defensoria Pública em relação ao ente federativo que integra, neste caso o Estado de Mato Grosso do Sul, sob o argumento de que, entre ambos, ocorre a confusão patrimonial*".

Alega que o acórdão é omisso em relação ao pré-questionamento suscitado pela apelante, havendo necessidade de opor os presentes embargos com fundamento no art. 1025 do CPC, para atender ao requisito essencial para o conhecimento do Rec. Extraordinário e Especial.

Prequestiona a respeito da negativa de vigência do art. 4º, XXI, da lei Complementar Federal n. 80/1994 e art. 134, §2º da CF.

Pois bem.

Verifica-se que a Defensoria Pública, no caso, atuou contra o Estado de Mato Grosso do Sul, pessoa jurídica de direito público à qual pertence a entidade, tendo a pretensão inicial sido julgada procedente, em desfavor do ente federativo.

Neste caso, não pode haver condenação ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública, nos termos da súmula 421, publicada em março de 2010. Nesse sentido é também a jurisprudência deste e de outros Tribunais pátrios:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – JULGAMENTO ULTRA PETITA – AFASTADO- MÉRITO – CIRURGIA DE CÁLCULO RENAL – NECESSIDADE COMPROVADAS ATRAVÉS DE LAUDO DE MÉDICO CONVENIADO AO SUS – IMPOSSIBILIDADE DO ENTE PÚBLICO FURTAR-SE À RESPONSABILIDADE DE ASSEGURAR SAÚDE AOS CIDADÃOS – GARANTIA CONSTITUCIONAL – HONORÁRIOS DEFENSORIA – INSTITUTO DA CONFUSÃO*

*- RECURSOS VOLUNTÁRIOS E REMESSA NECESSÁRIA AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. (**TJMS**. Apelação Cível n. 0803207-07.2019.8.12.0031, Caarapó, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 12/02/2021, p: 18/02/2021)"*

REMESSA NECESSÁRIA E Apelação CÍVEL DO ESTADO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DIREITO À SAÚDE – PACIENTE COM GONARTROSE DE JOELHO DIREITO – FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – DEMONSTRAÇÃO DA AUSÊNCIA/INEFICÁCIA DA PRESTAÇÃO ADMINISTRATIVA E COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE TERAPÊUTICA – JUSTA CAUSA PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 421/STJ – CUSTAS PROCESSUAIS – ISENÇÃO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Discute-se no presente recurso a necessidade e a urgência do tratamento pleiteado (realização de procedimento cirúrgico), a justificar a intervenção judicial para obrigar o Poder Público à sua dispensação. 2. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF/88). Assim, o Estado e o Município não podem se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 3. A dispensa judicial de medicamentos, materiais, procedimentos e tratamentos pressupõe: a) ausência ou ineficácia da prestação administrativa, e b) a comprovada necessidade (RE 855.178-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, DJe-090 de 15/04/2020, Repercussão Geral – Mérito) 4. No caso dos autos, embora tenha constado no parecer do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) que "a paciente está sendo atendida pelo SUS", do laudo médico que acompanhou a inicial consta que a autora aguardava tal procedimento cirúrgico desde 19/10/2018. Contra tal documento, não produziu o réu qualquer prova, devendo prevalecer, portanto, em favor da autora-apelada, a conclusão de que restou devidamente demonstrada a ausência/ineficácia da prestação administrativa. Também restou satisfatoriamente comprovada a necessidade do procedimento cirúrgico, pois, na sua falta, a doença se agravará. 5. Acerca da urgência do procedimento, "é recomendável levar em consideração não apenas a indicação do caráter urgente ou eletivo do procedimento, mas também o conjunto da condição clínica do demandante, bem como as repercussões negativas do longo tempo de espera para a saúde e bem-estar do paciente" (Enunciado nº 92, da III Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça). 6. Além disso, nas demandas de usuários do Sistema Único de Saúde – SUS por acesso a ações e serviços de saúde eletivos previstos nas políticas públicas, considera-se excessiva a espera do paciente por tempo superior a 100 (cem) dias "para consultas e exames", e de 180 (cento e oitenta) dias para "cirurgias e tratamentos" (Enunciado nº 93, da III Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça). 7. A Fazenda Pública Estadual é isenta do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779, de 11 de novembro de 2009 (Regimento de Custas Judiciais Estadual). 8. No caso em comento, a parte autora, assistida pela Defensoria Pública Estadual, obteve sentença de procedência do pedido para o fornecimento de tratamento pelo ente público, contudo não é devido o pagamento dos honorários sucumbenciais em razão do entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença (Súmula nº 421). 9. Apelação Cível do Estado de Mato Grosso do Sul conhecida e não provida. EMENTA – ApelaçÃO CÍVEL DO MUNICÍPIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DIREITO À SAÚDE – PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO – REJEITADO – MÉRITO – PACIENTE COM GONARTROSE DE JOELHO DIREITO – FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – DEMONSTRAÇÃO DA AUSÊNCIA/INEFICÁCIA DA PRESTAÇÃO ADMINISTRATIVA E COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE TERAPÊUTICA – JUSTA CAUSA PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO MUNICÍPIO – POSSIBILIDADE – FIXAÇÃO POR EQUIDADE – PRAZO RAZOÁVEL PARA O CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Discute-se no presente recurso: a) a possibilidade de concessão de efeito suspensivo; b) a necessidade e a urgência do tratamento pleiteado (realização de procedimento cirúrgico), a justificar a intervenção judicial para obrigar o Poder Público à sua dispensação; c) a possibilidade

*da condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios e o parâmetro utilizado; e d) a dilação de prazo para fornecimento do tratamento. 2. Incabível a concessão de efeito suspensivo à Apelação, pois ausente verossimilhança das argumentações constantes no apelo, bem como seria ineficaz, nesta oportunidade, agregar efeito suspensivo a recurso que está sendo julgado. 3. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF/88). Assim, o Estado e o Município não podem se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 4. No caso dos autos, embora tenha constado no parecer do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) que "a paciente está sendo atendida pelo SUS", do laudo médico que acompanhou a inicial consta que a autora aguardava tal procedimento cirúrgico desde 19/10/2018. Contra tal documento, não produziu o réu qualquer prova, devendo prevalecer, portanto, em favor da autora-apelada, a conclusão de que restou devidamente demonstrada a ausência/ineficácia da prestação administrativa. Também restou satisfatoriamente comprovada a necessidade do procedimento cirúrgico, pois, na sua falta, a doença se agravará. 5. Após a edição da Lei Complementar Estadual n. 94/2001, a Defensoria Pública passou a ser credora dos honorários advocatícios, podendo pleitear tutela jurisdicional para recebimento desta verba, que deve ser revertida ao FUNADEP (Fundo Especial para o Aperfeiçoamento e o Desenvolvimento das atividades da Defensoria Pública). Assim, o Município tem o dever de pagar honorários advocatícios à Defensoria Pública Estadual, via FUNADEP. 6. Por se tratar de demanda objetivando o direito indisponível à saúde, a hipótese se enquadra em causa de valor inestimável, sendo possível ser observado o critério de equidade na fixação da verba honorária. 7. Prazo razoável para o cumprimento da decisão, não sendo apresentado motivo razoável para a dilação de prazo pretendida pelo recorrente. 8. Apelação Cível do Município conhecida e parcialmente provida. Sentença parcialmente reformada em sede de Remessa Necessária. (**TJMS**. Apelação / Remessa Necessária n. 0806953-70.2019.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 10/02/2021, p: 11/02/2021)".*

A Defensoria Pública é órgão integrante do Poder Executivo. Embora receba dotação orçamentária própria, não tem como receber honorários advocatícios quando a parte contrária é o próprio Estado de Mato Grosso do Sul, gerando confusão entre credor e devedor, nos termos da Súmula citada, o que impõe a manutenção da sentença que deixou de condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários advocatícios.

Veja-se o que o Supremo Tribunal Federal decidiu na ação rescisória n. 1937 AgR/DF sobre a condenação do ente público ao pagamento de honorários à Defensoria Pública em razão das alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 80/2014, conforme aresto que transcrevo a seguir:

"Agravo Regimental em Ação Rescisória. 2. Administrativo. Extensão a servidor civil do índice de 28,86%, concedido aos militares. 3. Juizado Especial Federal. Cabimento de ação rescisória. Preclusão. Competência e disciplina previstas constitucionalmente. Aplicação analógica da Lei 9.099/95. Inviabilidade. Rejeição. 4. Matéria com repercussão geral reconhecida e decidida após o julgamento da decisão rescindenda. Súmula 343 STF. Inaplicabilidade. Inovação em sede recursal. Descabimento. 5. Juros moratórios. Matéria não arguida, em sede de recurso extraordinário, no processo de origem rescindido. Limites do Juízo rescisório. 6. Honorários em favor da Defensoria Pública da União. Mesmo ente público. Condenação. Possibilidade após EC 80/2014. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo a que se nega provimento. 8. Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC). 9. Agravo interno manifestamente improcedente em votação unânime. Multa do art. 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 5% do valor atualizado da causa". (AR 1937 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 08-08-2017 PUBLIC 09-08-2017).

Porém, a questão ainda não foi decidida em sede de Recurso Representativo da Controvérsia, em que pese o reconhecimento do tema como de repercussão geral no RE n. 1.140.005/RJ, de modo que até que a

matéria seja novamente discutida e definida pelo referido órgão de superposição, permanece o entendimento já sedimentado perante o Superior Tribunal de Justiça.

As questões levantadas não são suficientes a modificar o entendimento externado pois segue o entendimento adotado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores; além disso, os embargos declaratórios não são o meio adequado para rediscutir a matéria, somente sendo passíveis de acolhimento quando verifica a presença de omissão, contradição ou obscuridade.

Salienta-se que o julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos levantados pelas partes para solucionar as questões que lhe são submetidas, não havendo, portanto, necessidade de manifestação expressa dos artigos invocados, eis que a matéria foi examinada à luz dos pontos alegados.

A propósito, sobre o prequestionamento, vejamos escólio do professor Marcos Vinicius Rios Gonçalves:

> *"Não há necessidade de que o juiz se pronuncie sobre todas as questões suscitadas pelas partes, mas apenas sobre as que tenham alguma relevância para o julgamento. Pode ocorrer que ele deixe de examinar algum fundamento do pedido ou da defesa, por ter admitido outro que, por si só, é suficiente para seu acolhimento ou sua rejeição."*[1].

Diante de tais considerações, não havendo vício no julgado apto a ensejar o aclaramento por meio destes embargos, a sua rejeição é medida que se impõe, mormente porque a discordância da parte sobre o entendimento de determinada matéria não se enquadra no rol previsto no Código Processual Civil.

Ante o exposto, rejeito os embargos declaratórios.

Por tais razões,

É como voto.

Des. João Maria Lós

Relator

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não acolheram os embargos, 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. João Maria Lós

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 30 de março de 2021.

***

1 Gonçalves, Marcos Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. Volume 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 136

4ª Câmara Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Apelação Cível n.º 0806104-04.2020.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE ARRESTO – OBRIGAÇÃO ESTABELECIDA EM ACORDO DE DIVÓRCIO – OCORRÊNCIA PRESCRIÇÃO – PRAZO QUINQUENAL – VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO EM 2001 – APLICAÇÃO CC/02 – USUFRUTO NÃO IMPEDE LAVRATURA DE TERMO DE DOAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 4ª 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, 29 de março de 2021

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

M. A. V. dos S. C. interpõe recurso de apelação em face de sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas que, nos autos de cautelar de arresto proposta em desfavor de J. C. B. dos S., julgou liminarmente improcedente o pedido, ante a ocorrência de prescrição.

Relata que teria desistido do pedido quanto a obrigação em relação a escritura da área doada, mantendo apenas o pedido em relação à obrigação do Apelado em arcar com o pagamento de 60% (sessenta por cento) do imposto de doação ITCMD).

Afirma que o imposto de doação (ITCMD), só começará contar a prescrição, no momento do fato gerador, ou seja, no caso em tela, o fato gerador ocorreu após o falecimento do último usufrutuário da área (Fazenda Santa Terezinha), o que ocorreu em 2020.

Pugna pelo provimento do recurso a fim de anular a sentença proferida, devolvendo os autos ao juízo de origem para que seja dado prosseguimento ao feito.

Contrarrazões às fls. 130-133.

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator(a))

M. A. V. dos S. C. interpõe recurso de apelação em face de sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas que, nos autos de cautelar de arresto proposta em desfavor de J. C. B. dos S., julgou liminarmente improcedente o pedido, ante a ocorrência de prescrição.

Conforme se depreende dos autos as partes entabularam acordo em ação de divórcio no qual restou acordado que o Apelado arcaria com as custas no percentual de 60% (sessenta) do valor das despesas para lavratura da escritura de doação e consequente averbação da matricula da propriedade rural de nº 9093 do CRI da Comarca de Chapadão do Sul/MS, propriedade esta, que foi doada para suas filhas G. C. B. dos S., K. C. B. dos S. e sua meia irmã, filha apenas do Apelado a I. B. B. dos S.

Neste mesmo Termo de Assentada, foi determinado, que o usufruto da propriedade acima citada, ficaria com os pais do varão.

A recorrente defende que como os pais do Apelado possuía usufruto sobre a área, este foi baixado com o falecimento dos mesmos em janeiro de 2020, data esta que ocorreu o fato gerador do ITDC, não havendo prescrição.

Sem razão a recorrente.

O usufruto não é óbice a doação acordada pelos demandantes, sendo que não pode ser utilizado como impeditivo para a fruição do prazo prescricional.

Veja que em Nota de Devolução expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos às fls. 14-16, datada de 2016, constou a impossibilidade de ser realizado registro da Carta de Sentença extraída dos autos da ação de Divórcio e ante a ausência de exigências legais necessárias, dentre essas, não há nenhuma menção à impossibilidade de se averbar a doação do imóvel ante a existência de usufruto.

Ademais, conforme jurisprudência do STJ a lavratura de escritura de doação é dispensável quando se tem homologação judicial sobre a doação, fato que pesa ainda mais contra a Recorrente, que poderia dentro do prazo de estabelecido já ter levado em diante a averbação da doação na matricula, e por ato continuo gerado a obrigação para o Recorrido.

A lavratura do termo de doação e o pagamento estabelecido não foram condicionados à extinção do usufruto estipulado, não havendo qualquer razão para que se tenha postergado o registro da doação para momento posterior a sua extinção.

Assim, diferente do alegado pela recorrente, o termo *a quo* da prescrição do direito à cobrança (e arresto de valores) acordados pelo requerido é o do momento da expiração do prazo de um ano para a lavratura do termo de doação e pagamento das despesas, sem que se tenha que aferir o fato gerador do imposto.

Não resta dúvida de que a lesão ao direito da autora se deu no momento da expiração do prazo de um ano para a lavratura do termo de doação e pagamento das despesas.

O instituto da prescrição é regido pelo princípio da *actio nata*, ou seja, o curso do prazo prescricional tem início com a efetiva lesão ou ameaça do direito tutelado, momento em que nasce a pretensão a ser deduzida em juízo.

Quanto à norma a ser aplicada ao caso, peço vênia para transcrever trecho da sentença singular que com esmero detalhou a matéria:

> *"Portanto, o termo inicial do prazo prescricional para a execução dos valores referentes ao registro da doação foi 11/05/2001.*
>
> *Anoto que não se aplica à espécie a norma de transição contida no art. 2.0282 do Código Civil/2002, que estabelece que os prazos previstos no Código Civil de 1916 continuarão*

em vigor, mesmo que reduzidos pelo Código Civil de 2002, acaso tenha transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Pois, se ao entrar em vigor o Novo Código Civil, já tiver transcorrido mais da metade do prazo previsto no Código atual (1916), o prazo que foi reduzido pelo CC de 2002 não será aplicado, mas prevalecerá o prazo do Código Civil de 1916; e, por outro lado, se ainda não houver transcorrido mais da metade do prazo previsto no Código Civil de 1916, o prazo a ser aplicado será o do Código Civil de 2002.

Portanto, se no dia 11/01/03 (data da entrada em vigor do CC/2002) já tiver transcorrido mais da metade dos prazos previstos no Código Civil de 1916, aplica-se o prazo do Código revogado.

É certo que nos termos do art. 177 do Código Civil de 1916, o prazo prescricional para as ações pessoais era de 20 (vinte) anos e, iniciando a contagem a partir de 11/05/2001 – tem-se que na data da entrada em vigor do Novo Código Civil (11/01/2003) não havia decorrido mais da metade do prazo de 20 anos, ou seja mais de 10 anos. Assim, ao caso em apreço tem aplicação o prazo prescricional de 05 anos, previsto no art. 206, §5º, I do CC/2002."

Deste modo, irretocável a sentença.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso interposto. Sem honorários recursais, ante a ausência de fixação no primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 29 de março de 2021.

***

4ª Câmara Cível
Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Agravo de Instrumento n.º 1401404-62.2021.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL – PENHORA SOBRE BEM IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO FIADOR – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL – BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA PELO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90 – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF – PENHORABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 4ª 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, 29 de março de 2021

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por A. C. V. em face da decisão proferida pelo juízo da 8ª Vara da Comarca de Dourados que no Cumprimento de Sentença n° 0811339-82.2015.8.12.0002, ajuizada por M. B. P., rejeitou exceção de pré-executividade, afastando a impenhorabilidade do bem de família e determinou o prosseguimento do feito.

Sustenta, em síntese, que por se tratar de locação comercial não se admite a penhora de bem de família do fiador, uma vez que não se tutela o direito a moradia do locatário, mas sim à livre iniciativa e o princípio geral da atividade econômica (art. 1º, caput e art. 170, ambos da CF), não se deve conferir um tratamento mais benéfico a ele (devedor principal) do que o dado ao fiador (garante).

Ressalta que o direito à moradia faz parte do mínimo existencial que o fiador possui e admitir a penhora do seu bem de família para satisfazer o debito decorrente de locação comercial, aniquilaria todo arcabouço jurídico construído para preservar a dignidade humana em face de dívidas civis.

Requer a concessão do efeito suspensivo ao cumprimento de sentença e ao final o provimento do recurso para reformar a decisão, reconhecendo a impenhorabilidade do bem e, consequentemente, cancelar a penhora realizada no imóvel matrícula n. 39.235, no 1º CRI de Dourados-MS.

Pediu também a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

Foi determinado a juntada de documentos para comprovar a hipossuficiência (fls. 49-50), o que foi feito às fls. 52-54.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo às fls. 56-59.

Contraminuta às fls. 61-72.

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator(a))

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Alessandro Coutinho Vila em face da decisão proferida pelo juízo da 8ª Vara da Comarca de Dourados que no Cumprimento de Sentença n° 0811339-82.2015.8.12.0002, ajuizada por M. B. P., rejeitou exceção de pré-executividade, afastando a impenhorabilidade do bem de família e determinou o prosseguimento do feito.

O presente recurso é tempestivo e satisfaz todos os requisitos formais de admissibilidade, dessa forma, passo ao exame do agravo de instrumento interposto.

Cinge-se a controvérsia na questão da impenhorabilidade do imóvel do fiador, à arguição de ser bem de família.

Os argumentos expostos pelo agravante não devem prosperar, tendo em vista que a impenhorabilidade não é oponível em processo movido por obrigação decorrente de fiança prestada em contrato locatício, nos termos da Súmula 549, do C. STJ, *in verbis*: "*É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação*", e do art. 3.º, VII, da Lei 8009/90, que não representa afronta alguma ao art.6.º da Constituição Federal.

Deveras, o artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8009/90 exclui da impenhorabilidade do bem de família a "*obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação*", de modo que é penhorável o imóvel em que os fiadores residem, ainda que destinado à moradia.

O artigo 6º da Constituição Federal, com a redação trazida pela Emenda Constitucional n.º 26/2000, que dispõe sobre o direito social à moradia, não afasta a penhorabilidade do bem de família, devendo ser interpretado como norma meramente programática, razão pela qual persiste a exceção contida no inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, sob o rito da repercussão geral (Tema 295), firmou a tese de que a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação (Lei n. 8.009/90, art. 3º, inciso VII) não afronta o direito constitucional à moradia (CF, art. 6º). Confira-se:

> *"1. A hipótese dos autos versa sobre a* ***validade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação****. O acórdão recorrido possui a seguinte ementa: "Embargos à execução. Penhora de bens do fiador em contrato de locação. Impenhorabilidade afastada. Inconstitucionalidade em face da Emenda Constitucional 26 não reconhecida. Honorários arbitrados equitativamente. Recurso desprovido". 2.* ***Este Tribunal, ao apreciar este recurso extraordinário, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria*** *para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados.* ***Esta Corte firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador, mesmo após a EC 26/2000****.*

Nesse sentido:

> *RE 407.688, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 6.10.2006; RE 477.953-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 2.2.2007; RE 493.738-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 5.2.2009; AI 584.436-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe 12.3.2009; AI 693.554, rel.*

> *Min. Gilmar Mendes, DJe 11.2.2008; RE 591.568, rel. Min. Ayres Britto, DJe 18.9.2008; RE 598.036, rel. Min. Celso de Mello, DJe 6.4.2009; AI 642.307, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.6.2009; RE 419.161, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 9.11.2009; AI 718.860, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 19.4.2010; e RE 607.505, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 5.3.2010. O acórdão recorrido não divergiu desse entendimento. 3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 14 de setembro de 2010. Ministra Ellen Gracie Relatora" (RE 612360, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 14/09/2010, publicado em DJe-178 DIVULG 22/09/2010 PUBLIC 23/09/2010). (destaquei)*

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

Outrossim, a Colenda Corte Superior, ao julgar o REsp nº 1.363.368/MS, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 708), também firmou a tese de que é legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, vejamos:

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

Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha excepcionado, **de forma isolada o caso analisado no julgamento do RE 605.709/SP**, de relatoria do Ministro Dias Tóffoli, o qual, por maioria de votos, fez prevalecer o voto divergente da Ministra Rosa Weber, de modo a afastar a penhorabilidade de bem de família em execução fundada em fiança prestada em contrato de locação comercial, tal julgado não possui efeito vinculante em relação aos Tribunais inferiores, pois não fora julgado sob o regime de repercussão geral.

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

> *RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – **DIREITO À MORADIA (CF, ART. 6º, NA REDAÇÃO DA EC Nº 26/200) – PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO (LEI Nº 8.009/90, ART. 3º, VII, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.245/91) – CONSTITUCIONALIDADE – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECEU NO JULGAMENTO DO RE 612.360-RG/SP** – **REAFIRMAÇÃO, QUANDO DA APRECIAÇÃO DE MENCIONADO RECURSO, DA JURISPRUDÊNCIA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU NO EXAME DESSA CONTROVÉRSIA** – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC – A EVENTUAL CONCESSÃO DA GRATUIDADE NÃO EXONERA O BENEFICIÁRIO DOS ENCARGOS FINANCEIROS DECORRENTES DE SUA SUCUMBÊNCIA (CPC, ART. 98, § 2º) – INCIDÊNCIA, NO ENTANTO, QUANTO À EXIGIBILIDADE DE TAIS VERBAS, DA CONDIÇÃO SUSPENSIVA A QUE SE REFERE O § 3º DO ART. 98 DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.* (ARE 1128251 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-272 DIVULG 18-12-2018 PUBLIC 19-12-2018). (grifei).

Assim, tem-se que as teses firmadas nos julgados afetados sob os regimes de repercussão geral (STF) e de recursos repetitivos (STJ) devem prevalecer por força do que dispõe o artigo 927, inciso II e IV, do Código de Processo Civil. Destarte, correta a decisão recorrida.

Outro não é o entendimento adotado por esta Corte:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL – FIADOR – IMÓVEL DADO EM GARANTIA – BEM DE FAMÍLIA – PENHORABILIDADE – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. É legítima a penhora de bem de família dado como garantia pelo fiador de contrato de locação, nos termos do que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990. Precedentes dos Tribunais Superiores. 2. Agravo de instrumento provido. (**TJMS**. Agravo de Instrumento n. 1415015-53.2019.8.12.0000, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 30/03/2020, p: 02/04/2020)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL – EXECUÇÃO EM FACE DA EMPRESA LOCATÁRIA E SEUS FIADORES – INEXISTÊNCIA DE BENS DA EMPRESA – PENHORA SOBRE BEM IMÓVEL DE PROPRIEDADE DOS FIADORES – BEM DE FAMÍLIA – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL – DECISÃO PRIMÁRIA QUE ACOLHE A TESE DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – DECISÃO REFORMADA – BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA PELO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90 – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF – PENHORABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (**TJMS**. Agravo de Instrumento n. 1409192-98.2019.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 30/09/2019, p: 02/10/2019)*

*AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL – ACÓRDÃO CONVERGENTE COM TESE FIRMADA EM SEDE DE RECURSOS REPETITIVOS – TEMA 708 PLENAMENTE APLICADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – NÃO PROVIMENTO. **Acórdão local em conformidade com tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 708, onde se reconhece como legítima a penhora de bem de família de fiador de contrato de locação**. O julgamento de questão semelhante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, fora do regime de repercussão geral, não torna superada tese já sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça na sistemática de recurso repetitivo. Agravo interno a que se nega provimento. (TJMS. Agravo Interno Cível n. 1406720-61.2018.8.12.0000, Dourados, Vice-Presidência, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 15/05/2019, p: 21/05/2019). (destaquei)*

*EMENTA – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL – BEM DE FAMÍLIA – FIADOR – GARANTIA DADA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90 – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF – PENHORABILIDADE – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. **O bem dado em garantia pelo fiador, em contrato de locação, conquanto seja seu único imóvel, pode ser penhorado pela dívida relativa à locação,** consoante previsto no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação dada pela Lei nº 8.245/91, tendo em vista que essa hipótese não viola o direito à moradia. **O julgamento proferido em um caso concreto, perante o STF, com relação à hipótese de impenhorabilidade de bem de família de fiador, em locação comercial, ainda não é considerado um precedente obrigatório**, a afastar o entendimento consolidado sobre o tema, em sentido contrário. (TJMS. Agravo Interno Cível n. 1408590-44.2018.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 15/05/2019, p: 17/05/2019). (destaquei)*

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e nego-lhe provimento, para manter a penhora sobre o imóvel de propriedade do agravante.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 29 de março de 2021.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Agravo de Instrumento n.º 1402862-51.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – ACOLHIMENTO PARCIAL DE OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTOS PARA OPOSIÇÃO DA OBJEÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO QUANTO AO INCIDENTE – MATÉRIAS EXCLUSIVAS DE DIREITO – COISA JULGADA EM RELAÇÃO A PARCELAS QUE FORAM DECLARADAS PRESCRITAS EM AÇÃO MONITÓRIA – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA NOVAMENTE DA AÇÃO DE EXECUÇÃO – JUROS DEVEM SER COBRADOS DE ACORDO COM O QUE CONSTA DO INSTRUMENTO CELEBRADO ENTRE AS PARTES – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE JUROS A MAIOR OU CAPITALIZAÇÃO NÃO CONTRATADA – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CAPAZES DE ALICERÇAR O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR, PREVISTA NO ARTIGO 404, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL – MANTIDA CONDENAÇÃO EM MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – COBRANÇA DE PARCELAS JÁ DECLARADAS PRESCRITAS EM AÇÃO MONITÓRIA E ENCARGOS MORATÓRIOS NÃO PREVISTOS NO CONTRATO – EXCESSO NA EXECUÇÃO DEVIDAMENTE RECONHECIDO – NECESSIDADE DE CÁLCULO PELA CONTADORIA JUDICIAL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de março de 2021.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

E. T. B. U. e outros interpõem agravo de instrumento contra a decisão de 1° Grau que acolheu em parte a objeção de pré-executividade oposta por A. E. Ltda.

Aduzem os agravantes que não é possível a oposição de objeção de pré-executividade no caso dos autos, eis que só pode ser alegada que seja conhecível de ofício, o executado tenha prova pré-constituída de sua alegação e não haja necessidade de instrução probatória para o juiz decidir seu pedido de extinção da execução, o que afirmam não ser o caso dos autos, bem como que a objeção ou exceção de pré-executividade ocorre logo após a citação do executado e antes da constrição patrimonial do mesmo e, no caso em tela, a penhora do imóvel Fazenda Guarujá, objeto da matrícula 3.425, (fls. 199 do processo eletrônico; 152 do processo físico) já ocorreu e foi antes da apresentação da objeção de pré-executividade da Agravada, pois data de 13/10/2005, o que comprova, ainda mais, que se trata de manifestação preclusa e inviável da parte agravada.

Fundamentam que apesar do insucesso na ação monitória, resta claro que as três últimas parcelas do contrato em tela não foram atingidas pela prescrição, podendo ser incluídas na presente execução, eis que, além de outros motivos, referida ação monitória decidiu apenas que a ação anulatória projetada contra o contrato não era causa de interrupção do fluxo prescricional, sendo evidente que o prazo prescricional não se consumou, uma vez que fora atingido pelo ajuizamento de embargos à execução.

Seguem alegando que o artigo 503 do CPC/15 dispõe que a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida, enquanto que o artigo 504 prevê que não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; e, II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença. Assim, entendem que somente a parte dispositiva da sentença é alcançada pela coisa julgada material, não incidindo tal instituto nos fundamentos de fato e de direito em que se baseou a sentença. Isso significa que tais fundamentos de fato e de direito podem ser reapreciados, não se podendo dar alcance ampliativo à coisa julgada.

Ao final, pedem o afastamento da multa por litigância de má-fé, além da manutenção dos juros cobrados e o pagamento da indenização suplementar por eles requerida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

E. T. B. U. e outros interpõem agravo de instrumento contra a decisão de 1° Grau que acolheu em parte a objeção de pré-executividade oposta por A. E. Ltda.

Do cabimento da objeção de pré-executividade:

Aduzem os agravantes que não é possível a oposição de objeção de pré-executividade no caso dos autos, eis que só pode ser alegada que seja conhecível de ofício, o executado tenha prova pré-constituída de sua alegação e não haja necessidade de instrução probatória para o juiz decidir seu pedido de extinção da execução, o que afirmam não ser o caso dos autos, bem como que a objeção ou exceção de pré-executividade ocorre logo após a citação do executado e antes da constrição patrimonial do mesmo e, no caso em tela, a penhora do imóvel Fazenda Guarujá, objeto da matrícula 3.425, (fls. 199 do processo eletrônico; 152 do processo físico) já ocorreu e foi antes da apresentação da objeção de pré-executividade da Agravada, pois data de 13/10/2005, o que comprova, ainda mais, que se trata de manifestação preclusa e inviável da parte agravada.

Primeiramente, tenho que não há que se falar em preclusão da exceção de pré-executividade, eis que conforme o disposto no artigo 803 do CPC, as nulidades previstas no referido artigo podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte, independentemente de oposição de embargos à execução, além do fato de que a exceção de pré-executividade não possui prazo para ser oposta, não estando sujeita a preclusão.

No que diz respeito aos requisitos da exceção em sim, é imperioso observar as hipóteses de cabimento do referido instituto, uma vez que, diferentemente dos embargos, a exceção de pré-executividade abrange apenas questões relacionadas aos pressupostos processuais, às condições da ação, **bem como aos vícios objetivos do título, referentes à sua certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demande dilação probatória**.

Nessa esteira, as matérias discutidas em sede de pré-executividade devem ser cristalinas, facilmente demonstradas, pois se assim não fosse, seria necessário o oferecimento de embargos à execução.

Oportuno reproduzir teor da súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça:

"Súmula nº 393. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

No caso em análise, a exceção de pré-executividade é instrumento adequado, eis que diz respeito ao erro de cálculo e execução ilegal, ou seja, matérias que não são abrangidas pela preclusão e como muito bem observou o juiz primeiro, "*o objetivo do processo é dar a cada um o que é seu, dentro dos parâmetros legais, sendo que a inclusão de parcela indevida do crédito no curso da execução não é atingida por preclusão*".

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul já se manifestou sobre o tema:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXECUÇÃO FISCAL – PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO – REJEITADA.

Se a arguição refere-se à flagrante nulidade, capaz de atingir o aspecto da exigibilidade do título, bastando, ademais, as provas documentais pré-constituídas para respectiva apreciação, a exceção de pré-executividade revela-se como instrumento adequado. Preliminar rejeitada." (Apelação nº 0801338-09.2013.8.12.0002; Órgão Julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL; Relator: Des. DORIVAL RENATO PAVAN; Data do Julgamento: 19.04.2017; Data da Publicação: 26.04.2017)

Da impossibilidade de exclusão das três primeiras parcelas:

Fundamentam que apesar do insucesso na ação monitória, resta claro que as três últimas parcelas do contrato em tela não foram atingidas pela prescrição, podendo ser incluídas na presente execução, eis que, além de outros motivos, referida ação monitória decidiu apenas que a ação anulatória projetada contra o contrato não era causa de interrupção do fluxo prescricional, sendo evidente que o prazo prescricional não se consumou, uma vez que fora atingido pelo ajuizamento de embargos à execução.

Seguem alegando que o artigo 503 do CPC/15 dispõe que a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida, enquanto que o artigo 504 prevê que não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; e, II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença. Assim, entendem que somente a parte dispositiva da sentença é alcançada pela coisa julgada material, não incidindo tal instituto nos fundamentos de fato e de direito em que se baseou a sentença. Isso significa que tais fundamentos de fato e de direito podem ser reapreciados, não se podendo dar alcance ampliativo à coisa julgada.

Em que pesem os argumentos apresentados pelos agravantes, tenho que o recurso não merece ser provido neste ponto, tendo em vista que, de fato, como reconheceu o julgador de piso, tais parcelas já foram objeto de pedido e apreciação quando do ajuizamento de ação monitória, a qual foi extinta em pelo acolhimento da prejudicial de prescrição (fls. 1.086/1.098) e, havendo decisão transitada em julgada sobre a matéria, o pedido, por óbvio, encontra-se fulminado pela coisa julgada, nos termos do artigo 337, § 4° do CPC.

Aliás, como bem observou o magistrado *a quo* a parte não pode, após o insucesso na ação monitória, simplesmente buscar novamente, através da presente demanda, a cobrança das parcelas já reconhecidas como prescritas, em evidente desrespeito a coisa julgada decorrente da demanda anterior.

Dos juros cobrados:

Asseveram os agravantes que devem ser autorizados os juros previstos no contrato e cobrados na presente demanda.

Contudo, conforme consta da escritura de fls. 12/13 dos autos principais, há previsão de juros de mora de 12% ao ano, sem que haja qualquer menção a juros compostos ou capitalização mensal de juros, devendo esses serem os critérios adotados pelos exequentes.

Ora, não se discute a legalidade ou não de juros capitalizáveis ou a forma de capitalização, o que acontece no caso dos autos é que os exequentes/agravantes inseriram no cálculo da demanda executória

juros superiores ao percentual contratado, com base em percentuais e forma de capitalização que não haviam previsão no instrumento celebrado entre as partes, o que pode vir até a acarretar enriquecimento sem causa dos agravantes, caso admitido por este relator.

Assim, igualmente deve ser mantida a decisão de 1° Grau que determinou a realização de cálculo pela Contadoria Judicial para apuração do *quantum* devido, nos termos do contrato celebrado, a fim de dirimir dúvidas e evitar prejuízo a qualquer uma das partes.

Da indenização suplementar:

Ainda, pedem o pagamento de indenização suplementar, a ser somada ao valor do crédito até atingir o valor do imóvel dado em hipoteca, eis que ele equivale ao valor atual da dívida, já que na época da contratação o valor do mútuo era igual ao valor da terra hipotecada.

Sobre o tema dispõem os referidos artigos do Código Civil:

> *"Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.*
>
> *Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar".*
>
> *"Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.*
>
> *Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente".*

Conforme se vê, o pedido de indenização suplementar não se fundamenta em pena convencional (art. 416 do CC), mas sim em perdas e danos que teriam excedido os juros legais, inexistindo de fato contratação de pena convencional para tal fim., conforme o disposto no parágrafo único do artigo 404 acima citado.

Contudo, no caso dos autos tenho que não restou demonstrado efetivo prejuízo a justificar a indenização suplementar pleiteada, limitando-se os exequentes/agravantes a dizer que tinham o valor do seu crédito igual ao valor do imóvel em 1997, e até a presente data, vinte e um anos depois, não conseguiram receber nada, parece natural que, considerando que a agravada, tendo obtido rendimentos anuais nesse período inteiro, deve indenizar aos agravantes pelo menos em valor igual ao da terra, atualmente, sem trazer nenhuma prova das diferenças e prejuízos por eles alegados.

Da litigância de má-fé:

Ao final, pugnam pelo afastamento da multa por litigância de má-fé e, prequestionam.

Segundo disposição do artigo 80 do CPC/2015, considera-se litigante de má-fé, dentre outras condutas, aquele que:

> *"Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:*
>
> *I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;*
>
> *II - alterar a verdade dos fatos;*
>
> *III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;*
>
> *IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;*

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Por sua vez, o art. 77, do mesmo diploma processual civil, prevê:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

José Miguel Garcia Medina (p. 172) faz o seguinte apontamento:

"O direito processual civil brasileiro adotou o critério objetivo, funcional ou finalístico para a caracterização do exercício abusivo de direitos processuais (cf. comentário ao art. 5º do CPC/2015). Na interpretação da regra prevista no art. 80 do CPC/2015, deve-se observar que "a busca pela tutela jurisdicional não pode se caracterizar como litigância de má-fé, já que se reveste na efetivação do direito fundamental à proteção judiciária dos direitos" (STJ, EDcl no RMS 27.759/SP, rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 26.10.2010). Assim, o mero erro não caracteriza litigância de má-fé: Não há de se confundir má-fé, dolo, com erro processual ou falta de técnica jurídica" (STJ, REsp 1177878/SP, rel. Min. Castro Meira, 2ª T. J. 06.04.2010). De igual modo, o fato de a parte valer-se de argumentos fracos ou improcedentes em suas manifestações processuais não pode significar, por si só, litigância de má-fé (STJ, REsp 556929/SC, rel. Min. Aldir Passarinha Júnior, 4ª T., j. 28.09.2010). É o que ocorre, p. ex., se a parte apresenta "sucessivos embargos com a mesma linha de argumentação, desvinculada da orientação traçada no CPC" (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg na ExSusp 87/GO, rel. Min. Raul Araújo, 2.ª Seção, j. 25.08.2010)."

Acerca da alteração da verdade dos fatos, Daniel Amorim Assumpção Neves[1] esclarece:

"Trata-se de ofensa ao dever consagrado no art. 77, I, do Novo CPC. A exposição dos fatos conforme a verdade é dever de todos que postulam em juízo, seja o autor em sua causa de pedir, seja o réu em seus fundamentos de defesa e dos terceiros que participaram do processo como testemunhas. O dever de veracidade veda que as partes e seus procuradores litiguem conscientemente contra a verdade, fazendo alegações que sabem serem falsas ou enganosas, com o objetivo de induzir o julgador a erro."

Na hipótese, entendo que a conduta dos demandantes/agravantes, se enquadra nas hipóteses previstas e acima mencionadas, eis que pleitearam o recebimento de valores cuja cobrança não era mais possível por ocorrência de coisa julgada de decisão que reconheceu a prescrição das três primeiras parcelas, o que poderia vir a causar grandes prejuízos à agravada.

1 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Podivm, Salvador, 2016, P. 121.

Assim, tenho que deve ser mantida a multa por litigância de má-fé imposta pelo julgador singular.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso interposto por E. T. B. U. e outros, contudo nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 30 de março de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação Cível n.º 0804207-95.2020.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – INDENIZAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO PRETENDIDO – SUCUMBÊNCIA INTEGRAL DA SEGURADORA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS – RECURSO PROVIDO.

A condenação no seguro DPVAT em valor inferior ao pleiteado na inicial não enseja sucumbência recíproca (princípio da causalidade).

Honorários de sucumbência devem ser arbitrados por equidade em quantia suficiente para atender aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

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, 31 de março de 2021

Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

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

M. R. L. C. dos S. interpõe apelação contra sentença que, na ação de cobrança de seguro movida em face de S. L. do C. do S. DPVAT S.A., julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a seguradora ao pagamento do valor de R$ 675,00 (seiscentos e setenta e cinco reais), corrigido pelo IGPM desde o evento danoso e juros de mora de 1% a contar da citação.

Sucumbência recíproca na proporção de 94% a cargo da apelante e 6% para a Seguradora, com honorários advocatícios fixados em R$ 400,00 (art. 85 § 8º do CPC), suspensa a exigibilidade em relação a autora por ser beneficiária da justiça gratuita (f. 240)..

Sustenta que a sucumbência deve ser integralmente da seguradora porque obteve êxito em seu pedido de condenação e o ônus deve ser suportado por quem deu causa ao ajuizamento da ação, bem como que os honorários devem ser majorados para R$ 1.000,00 (mil reais).

Contrarrazões às fls. 269/279.

VOTO

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

- juízo de admissibilidade

O recurso é *tempestivo* (art. 1.003, § 5º c/c 219, *caput,* do CPC) e está em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma. Sem preparo por ser beneficiária da assistência judiciária (f. 240).

- do recurso

A insurgência prospera.

A respeito da distribuição dos ônus da sucumbência, o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento que deve ser pautado pelo número de pedidos formulados e da proporcionalidade do decaimento de cada uma das partes em relação a eles.

No caso em tela, verifica-se o acolhimento do pedido principal formulado na inicial consistente no reconhecimento da obrigação de pagar a indenização do Seguro DPVAT, decaindo apenas em relação ao valor, que foi fixado conforme a tabela e de acordo com o grau de lesão.

Este Sodalício já julgou a questão e fixou o entendimento de que a seguradora deve arcar integralmente com a sucumbência nos casos de o segurado decair apenas em relação ao valor indenizatório.

Veja-se, a propósito, recente decisão:

> *APELAÇÕES CÍVEIS – **AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO DPVAT -** FALTA DE PAGAMENTO DO PRÊMIO – IRRELEVÂNCIA – SÚMULA Nº 257 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA** – RECURSO DA SEGURADORA DESPROVIDO – RECURSO DA AUTORA PROVIDO. 1- Nos termos do enunciado da Súmula nº 257 do Superior Tribunal de Justiça, "a falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização", ainda que a vítima seja a proprietária inadimplente do veículo envolvido no sinistro. 2 - **Ainda que o valor do seguro DPVAT tenha sido fixado em montante inferior ao postulado inicialmente pela vítima, deve a seguradora arcar com a totalidade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, por força do princípio da causalidade.** 3 – Recurso da seguradora desprovido. Recurso da autora provido. (**TJMS**. Apelação Cível n. 0827691-79.2019.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, **j: 19/10/2020**, p: 20/10/2020). Destacado.*

Nesse sentido é o teor da Súmula 326 do STJ, que se aplica analogicamente ao caso: *Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.*

Logo, o ônus de sucumbência deve ser suportado em sua integralidade pela seguradora, uma vez que decaiu do pedido principal de pagar a indenização, nos termos do art. 86, paragrafo único, do CPC[1].

- do *quantum* fixado

Em relação ao valor dos honorários advocatícios, a regra a ser aplicada seria a da primeira parte do § 2º do artigo 85 do CPC, ou seja, entre dez ou vinte por cento sobre a condenação.

No entanto, quando esse valor ou o proveito econômico for irrisório a ponto de os honorários não remunerarem condignamente o trabalho do causídico, o § 8º[2] do referido dispositivo prevê sua fixação por apreciação equitativa.

1 Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.
Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

2 § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2o.

Na hipótese, o magistrado *a quo* arbitrou os honorário em R$ 400,00 (quatrocentos reais) quantia que, a despeito da baixa complexidade da causa, não se revela condizente com o trabalho desenvolvido pelo causídico, o qual manifestou-se por três vezes nos autos, instruindo-o com os documentos necessários, além de participar de audiência.

Desse modo, com base no artigo 85, §§ 2º e 8º, do CPC, tem-se que a condenação deve ser fixada em **R$ 1.000,00** (um mil reais), quantia capaz de remunerar de forma justa o trabalho realizado pelo profissional.

Nesse sentido, recente julgado deste Tribunal de Justiça:

> *APELAÇÃO CÍVEL – **AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR IRRISÓRIO - APLICAÇÃO DO § 8º DO ART. 85, CPC – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS – FIXAÇÃO POR EQUIDADE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO**. (TJMS. Apelação Cível n. 0836041-56.2019.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câm., Rel. Des. Alexandre Bastos,* **j: 27/01/2021***). Destacado.*

Conclusão

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso para determinar que a Seguradora Líder arque integralmente com o ônus de sucumbência e majorar os honorários advocatícios para R$ 1.000,00 (um mil reais).

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. Vilson Bertelli

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 e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 31 de março de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação Cível n.º 0807073-76.2020.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE CONCORRENTE - ACOLHIDA – SUCUMBÊNCIA INTEGRAL DA SEGURADORA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – EQUIDADE - APLICAÇÃO DO ART. 85, 8º, DO CPC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A parte possui legitimidade concorrente para pleitear a majoração dos honorários sucumbenciais.

Quando a causa versar sobre valor irrisório, os honorários de sucumbência devem ser arbitrados por equidade, em quantia suficiente para atender aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

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, 31 de março de 2021

Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

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

L. M. M., L. M. M. e V. L. da S. N., na qualidade de advogados, e T. E. G. I., interpõem apelação contra sentença que, na ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT movida em face da Seguradora Líder do Consórcio do Seguro DPVAT S.A., julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou a seguradora ao pagamento de R$ 843,75, corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV desde o evento danoso e juros de mora em 1% ao mês contados da citação.

Sucumbência integral pela seguradora, com honorários em 12% sobre o valor atualizado da condenação.

Arguem, preliminarmente, legitimidade recursal concorrente e, no mérito, sustentam que a sucumbência deve ser integralmente da seguradora porque obteve êxito em seu pedido de condenação e o ônus deve ser suportado por quem deu causa ao ajuizamento da ação, bem como que a fixação se dê por apreciação equitativa.

Contrarrazões às fls. 212-17.

VOTO

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

- juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo (art. 1.003, § 5º c/c 219, *caput,* do CPC) e está em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma. Sem preparo da parte, por ser beneficiária da assistência judiciária.

- da preliminar - legitimidade concorrente dos advogados

Razão assiste aos recorrentes.

É assente o entendimento da jurisprudência no sentido de que tanto a parte quanto o advogado têm legitimidade e interesse para discutir acerca dos honorários advocatícios em sede de recurso.

A propósito:

> *PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLEITO RECURSAL DE MAJORAÇÃO. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. RECURSO EM NOME DA PARTE. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 23 DA LEI 8.906/1994. 1. A controvérsia devolvida no Recurso Especial cinge-se à legitimidade da parte que titulariza o direito material discutido na ação para postular, em recurso de Apelação, a majoração dos honorários sucumbenciais fixados na sentença.*
>
> *2. O Tribunal de origem entendeu que o art. 23 da Lei 8.906/1994 estabelece que os honorários pertencem ao advogado, não à parte, razão pela qual faltaria a esta interesse em recorrer para elevá-lo, uma vez ser defeso postular em nome próprio direito alheio (art. 6º do CPC/1973).*
>
> ***3. A jurisprudência do STJ é tranquila no sentido de que, apesar de os honorários advocatícios constituírem direito autônomo do advogado, não se exclui da parte a legitimidade concorrente para discuti-los, ante a ratio essendi do art. 23 da Lei nº 8.906/94*** *(REsp 828.300/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 24/4/2008). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.644.878/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 24/5/2017; REsp 1.596.062/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª REGIÃO), Segunda Turma, julgado em 7/6/2016, DJe 14/6/2016; AgRg no REsp 1.466.005/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 29/9/2015; AgRg no REsp 1.378.162/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 4/2/2014, DJe 10/2/2014. 4. Recurso Especial provido. (REsp 1689307/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017)*
>
> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM PERCENTUAL DO VALOR DA CONDENAÇÃO – CRITÉRIOS DO ART. 85, § 2°, DO CPC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* ***1. A parte possui legitimidade concorrente para recorrer da decisão que fixa os honorários sucumbenciais, a despeito de referida verba constituir direito autônomo do advogado, inocorrendo deserção se ela litiga sob o pálio da gratuidade da justiça.*** *3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1466005 / SP, Terceira Turma, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJe 29/09/2015). 2. A verba honorária deve remunerar o procurador da parte dignamente, sem causar enriquecimento da outra parte, assim considerando o que prevê a norma processual, devendo ser analisado o grau de zelo profissional, bem como trabalho e tempo dispendido na demanda, contudo, devendo ser tal verba relativizada. 3. O percentual de 10% sobre o valor atualizado da condenação, tal qual inicialmente proposto pelo magistrado singular, é condizente com a complexidade da causa e suficiente para remunerar o trabalho desenvolvido nos autos, nos termos do art. 85, do CPC. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1401644-90.2017.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 25/02/2019, p: 26/02/2019).*

Logo possuem legitimidade para o pleito recursal.

- da sucumbência integral pela seguradora

Neste tópico, falta lhes interesse recursal, pois a sentença está de acordo com a pretensão, veja:

> *(...) Pediu a parte autora a condenação da parte ré ao pagamento de até R$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), de modo que não houve sucumbência de sua parte.*
>
> *Condeno a parte requerida ao pagamento das custas processuais, e honorários advocatícios, que arbitro no percentual de 12% (doze por cento), a ser calculado sobre o valor atualizado da condenação.*

- dos honorários advocatícios

Na sentença, julgou-se procedente o pedido para condenar a seguradora ao pagamento da indenização no montante de R$ 843,75 (oitocentos e quarenta e três reais e setenta e cinco centavos), bem como na verba honorária fixada em 12% sobre a condenação.

Os recorrentes pretendem que os honorários sejam apreciados por equidade.

Com razão.

O legislador, ao estabelecer no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil que a apreciação equitativa dos honorários ocorreria nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, fê-lo para evitar que o arbitramento resultasse em valores irrisórios.

No caso, considerando que os honorários foram fixados em 12%, e serão calculados sobre o valor da condenação (R$ 843,75), corresponderá a R$ 101,25 (cento e um reais e vinte e cinco centavos) revelando-se ínfimo e não condizente com o trabalho desenvolvido pelos causídicos.

Logo, levando-se em conta a indenização, a complexidade da causa e a sua atuação, tenho que o valor deve ser majorado para R$ 1.000,00 (um mil reais), por ser razoável e adequado em casos dessa natureza.

Nesse sentido:

> *EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – AFASTADA - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA AFASTADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS – RECURSO DA AUTORA PROVIDO. 1 - Não há falar em deserção quando a parte recorrente é beneficiária da justiça gratuita. Ainda que um dos pedidos seja de majoração da verba honorária, não se trata de pretensão exclusiva do advogado, quando há também requerimentos relativos a interesse da parte autora, para quem foi concedida a gratuidade da justiça. 2. A condenação ao pagamento da indenização securitária em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca. Assim, tendo a seguradora sucumbido na demanda cabe a ela suportar na integralidade o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios 3.* ***Nas causas de pequeno valor, os honorários são fixados por equidade, conforme dispõe o artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil. Necessário majorar o valor dos honorários quando a quantia fixada na sentença não remunera de forma digna o trabalho do advogado.*** **(TJMS.** *Apelação n. 0800058-77.2017.8.12.0029, Naviraí, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 10/12/2018, p: 11/12/2018). (destacado)*

Conclusão

Diante do exposto, **voto por se dar parcial provimento ao recurso** para fixar os honorários advocatícios R$ 1.000,00- (um mil reais).

Sem honorários recursais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Vilson Bertelli

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 e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 31 de março de 2021.

***

Órgão Especial
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Ação Rescisória n.º 1403230-60.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – RESCISÓRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROMOÇÃO VERTICAL – AGENTE DE SEGURANÇA PATRIMONIAL – ERRO DE FATO – VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA – PROVA NOVA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DAS HIPÓTESES RESCINDENDAS PREVISTAS NO ARTIGO 966 DO CPC – IMPROCEDENTE.

De acordo com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, para caracterizar o erro de fato é necessário a presença dos seguintes requisitos: i) o *decisum* esteja embasado em erro de fato, que se verifica quando admitido fato inexistente, ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido; ii) que sobre ele não tenha havido controvérsia entre as partes e nem pronunciamento judicial e seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos originários.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o cabimento da ação rescisória com amparo na violação manifesta de norma jurídica, pressupõe a demonstração clara e inequívoca de que a decisão de mérito impugnada contrariou a literalidade do dispositivo legal.

O diploma processual civil admite a rescisão de decisão de mérito tendo como fundamento prova nova preexistente à época do juízo de cognição do processo originário, cuja existência o autor ignorava ou não pôde fazer uso.

No caso, as hipóteses indicadas pelo autor não se configuram porque, o erro de fato, a despeito de a matéria apontada não ter sido controvertida e não haver pronunciamento judicial a respeito, não é aferível pelo exame das provas já constantes dos autos originários; a violação da norma jurídica, em razão da ausência de discussão quanto ao dispositivo e questão jurídica indicada e a prova nova por não ser o documento apresentado preexistente à época do acórdão rescindendo.

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, julgaram improcedente a ação, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de março de 2021.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Estado de Mato Grosso do Sul ajuíza ação rescisória em face de R. J. B. de O., por meio da qual, com base no artigo 966, incisos V, VII e VIII, do Código de Processo Civil, pretende desconstituir o acórdão proferido pela 3ª Seção Cível no Mandado de Segurança nº 1404392-27.2019.8.12.0000 que concedeu a ordem para determinar a adoção dos atos necessários para efetivar a promoção do impetrante/réu à primeira categoria funcional da carreira de segurança patrimonial, com data retroativa a 1º de julho de 2018.

Alega a existência do erro de fato, a violação direta contra a literalidade da norma jurídica e existência de prova nova que implica no provimento do pedido rescisório.

O erro de fato (VIII) estaria configurado porque a decisão levou em conta apenas os incisos do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05, contendo em seu raciocínio a presunção equivocada sobre a premissa fática de que haveria vaga destinada a essa movimentação na categoria seguinte, que é o requisito do parágrafo único do mesmo dispositivo, e os elementos constantes dos autos às fls. 24/62 demonstraram de forma contrária.

A violação direta contra literalidade da norma jurídica (V) reside no fato de a promoção ter sido concedida em desatendimento ao parágrafo único do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05.

A prova nova (VII) consubstancia-se no conhecimento do Ofício 129/SUPAF/SAD/2019, de 20/08/2019, após o trânsito em julgado do acórdão, o qual informa que o réu/impetrante está fora do número de vagas após o cômputo nos dias da carreira para fins de desempate.

Requereu a antecipação da tutela para suspender os efeitos do acórdão rescindendo até o julgamento final da presente demanda e, no mérito, a rescisão do acórdão invectivado e um novo julgamento para denegar a ordem.

De início, foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos do acórdão (fl. 107), todavia, a decisão foi reformada por este órgão, via agravo interno.

Regularmente citado, o réu apresentou contestação às fls. 127/133, em que requereu a improcedência da ação e a condenação do autor por litigância de má-fé.

O processo foi saneado às fls. 143-4 e, não havendo pedido de produção de provas pelas partes na inicial e na contestação, foi determinado ao réu a correção de vício processual e, de ofício, com base no artigo 370 do CPC, que o autor trouxesse aos autos lista em ordem crescente dos agentes patrimoniais aptos e inaptos para a promoção.

As diligências foram cumpridas às fls. 149/150 e 156/167.

Alegações finais do autor às fls. 174/180 e do réu às fls. 182/186.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela improcedência da ação.

VOTO (EM 03/03/2021)

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

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de R. J. B. de O., por meio da qual, com base no artigo 966, incisos V, VII e VIII, do Código de Processo Civil, pretende desconstituir o acórdão proferido pela 3ª Seção Cível no Mandado de Segurança nº 1404392-27.2019.8.12.0000 que, concedeu a ordem para determinar a adoção dos atos necessários para efetivar a promoção do réu à primeira categoria funcional da carreira de segurança patrimonial, com data retroativa a 1º de julho de 2018.

O autor fundamenta seu pedido na existência de erro de fato (VIII, § 1º), violação de norma jurídica e (V) e existência de prova nova que implica no provimento do pedido rescisório.

O erro de fato (VIII. § 1º) estaria configurado porque a decisão levou em conta apenas os incisos do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05, contendo em seu raciocínio a presunção equivocada sobre a premissa fática de que haveria vaga destinada a essa movimentação na categoria seguinte, que é o requisito do parágrafo único do mesmo dispositivo, e os elementos constantes dos autos às fls. 24/62 demonstraram de forma contrária.

A violação direta contra literalidade da norma jurídica (V) reside no fato de a promoção ter sido concedida em desatendimento ao parágrafo único do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05.

A prova nova (VII) consubstancia-se no conhecimento do Ofício 129/SUPAF/SAD/2019, de 20/08/2019, após o trânsito em julgado do acórdão, o qual informa que o réu/impetrante está fora do número de vagas após o cômputo nos dias da carreira para fins de desempate.

Analisando detidamente a questão, tem-se que a presente rescisória revela-se improcedente, tendo em vista não se enquadrar o caso apresentado nas hipóteses indicadas no artigo 966 do Código de Processo Civil, caracterizando a pretensão do autor como sucedâneo recursal para corrigir vício de defesa nos autos originários, identificado por ocasião do cumprimento de sentença, o que é inadmissível.

- erro e fato

O autor defende a sua ocorrência (VIII. § 1º, art. 966, CPC) ao argumento de que a decisão levou em conta apenas os incisos do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05, contendo em seu raciocínio a presunção equivocada sobre a premissa fática de que haveria vaga destinada a essa movimentação na categoria seguinte, que é o requisito do parágrafo único do mesmo dispositivo, e os elementos constantes dos autos às fls. 24/62 (dos autos originários) demonstraram de forma contrária.

Consoante ensinamento do professor Flávio Luiz Yarshell[1], *são requisitos para que a decisão de mérito seja rescindida por erro de fato: a) que esse seja determinante para a conclusão contida no julgamento do mérito; b)* ***que não tenha havido controvérsia sobre o ponto de fato****; c) que* ***não tenha havido pronunciamento judicial sobre o aludido ponto de fato****. Esse último requisito tornou-se explícito no CPC de 2015, quando estabeleceu ser indispensável que "o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado".* (destacado)

Na lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha[2]:

> *O erro de fato leva a uma sentença injusta. Realmente, para que a sentença seja justa, faz-se necessário que aprecie ou suponha corretamente os fatos, "pois", caso contrário emprestará consequências jurídicas que não ocorreram, pois deu como existentes fatos que não se verificaram, ou, em outras palavras, aplicará uma lei que não incidiu, tendo havido erro de fato.*
>
> *Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido (art. 966, § 1º, primeira parte, CPC). Trata-se, enfim, de uma suposição inexata, de um erro de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz, ao compulsar os autos do processo, relativo a um ponto incontroverso. O erro de fato constitui um erro de percepção, e não um critério interpretativo do juiz.*
>
> ***A configuração dessa hipótese de rescindibilidade exige a conjugação de vários pressupostos.***
>
> *a) É preciso que a decisão seja fundada no erro de fato, isto é, que sem o erro de fato a conclusão do juiz houvesse de ser diferente. É necessário "que a sentença esteja baseada em erro de fato"; ou seja, "o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença"; "é necessária a existência de nexo de causalidade entre o erro de fato e a conclusão do juiz prolator do decisum rescindendo";*
>
> *b)* ***O erro de fato deve ser apurável mediante o simples exame dos documentos e das demais peças dos autos****, não se admitindo, na rescisória, a produção de quaisquer outras*

1 Comentários ao código de processo civil, volume 4 (arts. 926 a 1.072), Cássio Scarpinella Bueno (coordenador), São Paulo, Saraiva, 2017, p. 176

2 Curso de direito processual civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais, 16ª ed., Salvador, JusPodivm, 2.019, p. 611-2.

tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente.

[...]

c) ***O fato sobre o qual recaiu o erro não pode ser ponto controvertido; ou seja, é preciso que em relação ao fato não tenha havido controvérsia (CPC, art. 966, §1º). Se se trata de ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado, não se admite a rescisão da decisão.***

A inexistência de controvérsia pode ser concebida em três hipóteses *segundo a sistematização de Barbosa Moreira:* ***se o fato não foi alegado por nenhuma das partes****; se uma admitiu expressamente a alegação da outra; ou* ***se uma parte simplesmente se absteve de contestar a alegação da outra****.*

"Na primeira hipótese (fato não alegado), o motivo de rescindibilidade só pode configurar-se, é claro, ***se se tratava de fato que o órgão judicial era lícito levar em conta*** **ex officio"**; *logo, fato que, nada obstante não aportado ao processo pela parte, pudesse ser conhecido de ofício pelo juiz.*

A segunda hipótese (fato admitido) – continua Barbosa Moreira – compreende suas possibilidades: ou as partes concordaram quanto à existência do fato, e o juiz, em decisão, ainda assim o supôs inexistente, ou, ao revés, as partes concordaram com a inexistência do fato e o juiz o supôs existente.

Terceira, e última, hipótese consiste no fato não contestado (não impugnado), mas, mesmo assim, por análise dos autos, é verificável sua inexistência. (destacado)

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *Para se rescindir a decisão por erro de fato, necessário estejam presentes os seguintes requisitos: i) o decisum esteja embasado em erro de fato, que se verifica quando admitido fato inexistente, ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido; ii) que sobre ele não tenha havido controvérsia entre as partes; iii) que sobre ele não tenha havido pronunciamento judicial; iv) que seja o erro aferível pelo exame das provas já constantes dos autos originários, não sendo admissível a produção de novas provas no âmbito da rescisória para demonstrá-lo.* (AgInt no AREsp 1677838/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/11/2020, DJe 19/11/2020). (destacado)

Como se verifica, de acordo com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, para caracterizar o erro de fato é necessário que sobre ele (classificação do autor dentre as vagas existentes na categoria) não tenha havido controvérsia, pronunciamento judicial a respeito, **e que é aferível pelo exame das provas constantes dos autos originários**.

Na hipótese, tem-se que não resta preenchido o requisito exigido para a caracterização do erro de fato no julgamento do acórdão.

Isso porque, a despeito de a matéria envolvendo a classificação do autor dentre as vagas existentes na categoria não ter sido controvertida e não haver pronunciamento judicial a respeito, não é o suficiente, por si só, para caracterizar o vício, **eis que o erro apontado não é aferível pelo exame das provas já constantes dos autos originários**, pois o autor deixou de publicar o edital com a classificação geral em ordem crescente dos servidores aptos à promoção.

Ressalte-se que os editais de fls. 57/93 e constantes nos autos originários, limitaram a informar a relação dos 50% mais bem avaliados, a contagem do tempo de serviço e avaliação de desempenho, dias de efetivo exercício na classe e na carreira, todos em ordem alfabética, **o que torna impossível verificar quem estaria dentro do número das vagas previstas**.

- da violação manifesta da norma jurídica

O autor sustenta que a violação direta contra literalidade da norma jurídica (V, do art. 966, CPC) reside no fato de a promoção vertical do servidor ter sido concedida em desatendimento ao parágrafo único do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05.

A respeito da matéria, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha[3] anotam:

> ***O termo manifesta, contido no inciso V do art. 966 do CPC, significa evidente, clara****. Daí se observa que* ***cabe a ação rescisória quando a alegada violação à norma jurídica puder ser demonstrada com a prova pré-constituída juntada pelo autor****. Esse é o sentido que se deve emprestar ao termo "manifesta" violação.*
>
> *Se a alegação de violação puder ser comprovada pela prova juntada aos autos com a petição inicial, cabe ação rescisória com base no inciso V do art. 966; se houver necessidade de dilação probatória, então essa rescisória é inadmissível.*

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o cabimento da ação rescisória com amparo na violação manifesta de norma jurídica, pressupõe a demonstração clara e inequívoca de que a decisão de mérito impugnada contrariou a literalidade do dispositivo legal, atribuindo-lhe interpretação jurídica insustentável.

A propósito:

> *DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE RESTAURAÇÃO DE LANÇAMENTO CONTÁBIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA LITERAL À LEI. AFASTAMENTO. NULIDADE. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL. PERDA DE OBJETO. NÃO RECONHECIMENTO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO VERIFICAÇÃO. ERRO DE FATO. CONSTATAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO.*
>
> *1. (...); 6.* ***É firme a orientação desta Corte Superior de que o cabimento da ação rescisória, com fulcro no art. 485, V, do CPC/1973, pressupõe a demonstração clara e inequívoca de que a decisão de mérito impugnada contrariou a literalidade do dispositivo legal suscitado, atribuindo-lhe interpretação jurídica insustentável, sob pena de perpetuar a discussão acerca da matéria decidida e desrespeitar a segurança jurídica, o que não se verifica na hipótese.***
>
> *7. (...). 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.* (REsp 1812083/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020). (destacado)
>
> *AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NOS INCISOS V E VIII, DO ARTIGO 966, DO CPC. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI OU ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADA. INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL PACIFICADA APTA A ENSEJAR A RESCISÃO DE JULGADO. CONTEMPORANEIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.*
>
> *1.* ***Nos termos da jurisprudência desta Corte, a ação rescisória fundada no artigo 966, incisos V*** *e VIII, do CPC* ***somente deve prosperar quando a interpretação dada pelo acórdão rescindendo for de tal modo flagrante violação do dispositivo legal em sua literalidade****, ou for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos, o que não ocorre na espécie.*
>
> *2. (...). 3. Agravo interno não provido.* (AgInt no AREsp 1683248/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 10/12/2020). (destacado)

3 Curso de Direito Processual Civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais, 16ª ed., Salvador, Jus-Podivm, 2.019, p. 598.

Como se vê, de acordo com entendimento doutrinário e jurisprudencial, para caracterizar violação manifesta de norma jurídica, faz-se necessário demonstrar que a decisão rescindenda contrariou a literalidade do dispositivo legal, sendo comprovada mediante prova pré-constituída juntada pelo autor.

No caso concreto, não se verifica a sua ocorrência, porquanto tanto o parágrafo único do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05 como a matéria envolvendo a classificação do autor dentre as vagas existentes na categoria que a ele se refere, não foi objeto de discussão no acórdão.

Nele consta que o Estado de Mato Grosso do Sul, em suas informações, defendeu apenas a implementação da promoção em decorrência da situação financeira e limites previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal. Veja-se (fl. 30):

> *Ademais, há de se observar que em sede de informações, o Estado de Mato Grosso do Sul sequer impugnou o preenchimento ou não dos requisitos, limitando-se a sustentar a impossibilidade de incrementar a folha de pessoal, sob pena de se agravar a já comprometida situação financeira do Estado, bem como pugnando pela observância ao limite prudencial previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.*

Por corolário, não houve pronunciamento judicial a respeito do enquadramento dentro do número de vagas, mas apenas sobre o preenchimento dos requisitos para o direito à promoção vertical, *in verbis* (fls. 29/30):

> *No caso em tela, ao analisar a documentação apresentada pelo impetrante (p. 27/62), é possível concluir que comprovou todas as exigências legais para a promoção vertical, não existindo qualquer justificativa para que a administração pública não o promova, retroativamente, à primeira categoria funcional na carreira de segurança patrimonial.*
>
> *A propósito, no que tange à satisfação dos requisitos, passo a analisar pontualmente os dispositivos de lei e as provas acostadas nos autos, relembrando que as categorias funcionais de Agente de Segurança Patrimonial são desdobradas em classes identificadas pelas letras maiúsculas A, B, C, D, E, F, G e H (art. 6º).*
>
> *O inciso I, do artigo 31 (estar incluído entre os cinquenta por cento mais bem avaliados na categoria funcional, nos dois últimos anos), restou satisfeito pelos documentos de p. 28/30 e 41/43 – Editais n. 4/2018 e n. 97/2018. Por sua vez, os documentos de páginas 33/40 comprovaram os incisos II (contar setenta por cento ou mais dos pontos totais previstos para a avaliação de desempenho para a respectiva categoria funcional) e IV (estar posicionado na classe B ou acima da respectiva categoria funcional). Ainda, conforme comprovante de rendimentos acostado em páginas 25/26, observa-se o impetrante foi admitido em 01/02/2003, ou seja, conta com, no mínimo, dez anos de efetivo exercício na carreira (inciso III). Além disso, o autor trouxe aos autos o seu certificado de conclusão do curso superior (p. 67), demonstrando, portanto, os requisitos para a pretendida promoção vertical à primeira categoria.*

Nota-se que em nenhum momento foi tratado a questão envolvendo o parágrafo único do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05, e ainda que estivesse, como apontado no tópico anterior "erro de fato", o autor não possuía prova pré-constituída de sua violação, pois os editais não se prestavam para esse fim.

Entendimento diverso seria se o Estado de Mato Grosso do Sul tivesse alegado e comprovado nas informações e defesa no mandado de segurança que originou a presente rescisória, que o réu/impetrante não tinha direito líquido e certo por não estar classificado dentre as vagas existentes na categoria funcional, e essa informação fosse desconsiderada pelo julgador, situação que se enquadraria tanto na violação a norma jurídica como na de erro de fato, o que não ocorreu no caso dos autos.

- da prova nova

Alega que a caracterização de prova nova (VII, art. 966, CPC) consubstancia-se no conhecimento do Ofício 129/SUPAF/SAD/2019, de 20/08/2019, após o trânsito em julgado do acórdão, o qual informa que o réu/impetrante está fora do número de vagas após o cômputo nos dias da carreira para fins de desempate.

O diploma processual civil admite a rescisão de decisão de mérito tendo como fundamento prova nova, aquela obtida após o trânsito em julgado e preexistente à época do juízo de cognição do processo originário, cuja existência o autor ignorava ou não pôde fazer uso, sendo estes requisitos indispensáveis para resguardar seu direito. *In verbis:*

> *Art. 966. **A decisão de mérito**, transitada em julgado, **pode ser rescindida quando**:*
>
> *(...)*
>
> *VII - **obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso**, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;*

A respeito, Fred Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha anotam[4]:

> *A prova nova é aquela estranha à causa, ou sehja, aquela ainda não pertencente à causa. **A prova nova <u>não é</u> aquela constituída, formada ou produzida posteriormente**; é a que não foi apresentada no curso do processo originário, destinada a provar fato já ocorrido. **Prova nova,** em outras palavras, **é aquela que já existia antes do trânsito em julgado, mas não foi apresentada ou produzida oportunamente no processo originário**. **A prova não existente** ou que não poderia ser produzida **durante o curso do processo originário não possibilita a desconstituição do julgado**.*

Na hipótese, o autor pretende rescindir o acórdão ao argumento de que o réu/impetrante está fora do número de vagas para a promoção vertical após o cômputo nos dias da carreira para fins de desempate.

Ocorre que o documento apresentado como prova nova para desconstituir o fundamento do acórdão, trata-se do Ofício 129/SUPAF/SAD/2019 elaborado em **20/08/2019** (fl. 34).

Todavia, o processo que deu origem ao acórdão objurgado tramitou em 2019 (fls. 23/33), cujo julgamento ocorreu em **15/07/2019,** portanto antes de o documento apresentado como prova nova sequer existir, eis que formulado por ocasião do cumprimento de sentença.

Logo, não se trata de prova nova e, portanto, incapaz de ser utilizado para desconstituir o acórdão objurgado.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. **AÇÃO RESCISÓRIA. PROVA NOVA.** REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. FUMUS BONI IURIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. DECISÃO MANTIDA.*
>
> *1. **Segundo a jurisprudência dessa Corte, "o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional**" (AgRg no REsp 1407540/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014).*
>
> *2. (...). 7. Agravo interno a que se nega provimento.* (AgInt no TP 2.858/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/10/2020, DJe 26/10/2020). (destacado)

4 Curso de direito processual civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais, 16ª ed, Salvador, JusPodivm, 2019, p. 607.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ***AÇÃO RESCISÓRIA*** *OBJETIVANDO DESCONSTITUIR SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS.* ***PROVA NOVA.*** *INCAPACIDADE DE ASSEGURAR RESULTADO POSITIVO AO AUTOR DA RESCISÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. ORIENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.*

1. ***Consoante jurisprudência desta Corte, "o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional"*** *(AgRg no REsp 1.407.540/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 19/12/2014). Orientação do acórdão recorrido no mesmo sentido do assentado por esta Corte Superior.*

2. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1241970/AC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 18/05/2018). (destacado)

Outro não é o posicionamento deste Sodalício:

AGRAVO INTERNO EM ***AÇÃO RESCISÓRIA*** *– ACÓRDÃO QUE SE PRETENDE RESCINDIR, OBJETO DE RECURSO EIVADO DE ERRO GROSSEIRO – TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR À CERTIDÃO EXPEDIDA PARA TAL FIM – LAPSO BIENAL EXTRAPOLADO – INICIAL INDEFERIDA E FEITO EXTINTO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO –* ***PROVA NOVA NÃO SUBSISTENTE*** *- ARGUMENTOS DEDUZIDOS POR ENTÃO OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO EM EXORDIAL PROTOCOLADA QUASE TRÊS ANOS DEPOIS DO TRÂNSITO EM JULGADO E SEM ANTERIOR IMPOSSIBILIDADE DE SER PRODUZIDA - DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. I) Nos termos da jurisprudência e doutrina dominantes, "ao não conhecer do recurso, o tribunal afirma (declara) situação preexistente, nada criando ou modificando. A eficácia dessa declaração é retroativa (ex tunc). No caso de não conhecimento por intempestividade, por exemplo, o recurso não ficou intempestivo no momento em que o tribunal assim decidiu, deixando de conhecê-lo, mas já o era no momento em que se verificou o término do prazo para recorrer (por exemplo, no 16º dia [CPC 1003 § 5º], a contar da intimação). Assim, o termo inicial do prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória é o dia em que se verificou a causa que ensejou o não conhecimento do recurso (o 16º do prazo)". Havendo a parte manejado agravo interno contra acórdão que, por unanimidade, havia negado provimento ao recurso de apelação, o qual não foi conhecido por erro grosseiro, ocorreu o trânsito em julgado do acórdão que agora se quer rescindir com o vencimento do prazo para ajuizamento do recurso cabível, em especial quando os recursos extraordinário e especial posteriormente manejados foram declarados intempestivos. Assim sendo, publicado o acórdão de apelação em 27.06.2016, nos quinze dias úteis posteriores se deram o efetivo trânsito em julgado, razão pela qual a propositura da ação rescisória em 28.04.2020 revela-se manifestamente obstaculizada pela supressão do prazo decadencial de dois anos prevista para a ação rescisória. II) Além disso, por prova nova, como fundamento para a ação rescisória fundada no artigo 966, VII, do CPC/15, entende-se como sendo aquela que já era existente ao tempo da prolação do acórdão que se pretende rescindir, cuja existência, todavia, era ignorada pelo autor ou do qual não pode fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento judicial que lhe seria então favorável.* ***Não se configura prova nova, assim, superveniente ajuizamento de ação por terceira pessoa com afirmações que alega o agravante comprovarem seu direito quase três anos após o trânsito em julgado do acórdão rescindendo.*** *III) Inicial indeferida, feito extinto com resolução do mérito. Decisão mantida. IV) Recurso conhecido, e improvido.* (**TJMS**. Agravo Interno Cível n. 1404813-80.2020.8.12.0000, Caarapó, 2ª Seção Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 18/09/2020, p: 22/09/2020). (destacado)

Logo, diante da inexistência de caracterização das hipóteses capaz de sustentar a rescisão do acórdão objurgado, o julgamento de improcedência da presente ação é medida imperativa.

Conclusão

Diante do exposto, em consonância com o parecer da PGJ, voto por ser julgar improcedente o pedido contido na presente rescisória, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Por consequência, condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor atualizado da causa, com fundamento no artigo 85, §§ 3º e 4º, do CPC. Sem custas, por isenção legal.

O Sr. Sérgio Fernandes Martins (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (5º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (7º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (8º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Paschoal Carmello Leandro (10º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Dorival Renato Pavan, após o relator e os Desembargadores Sérgio, Marcos Brito, Luiz Gonzaga, Marcelo Rasslan, Claudionor e Paschoal julgarem improcedente a ação. 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.

Versam os autos sobre Ação Rescisória ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de R. J. B. de O., com fulcro no art. 966, inciso V, VII e VIII, do CPC, objetivando a rescisão do acórdão proferido nos atuos do Mandado de Segurança n. 1404392-27.2019.8.12.0000, prolatado pela 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Extrai-se dos autos que o requerido impetrou o referido Mandado de Segurança contra ato omissivo imputado ao **Secretário de Estado de Administração e Desburocratização**, consistente na falta de aferição do preenchimento dos requisitos para promoção vertical na carreira de Segurança Patrimonial, de acordo com os artigos 31 a 34 da Lei Estadual n. 3.093/2005.

Esclareceu na inicial que preenche os requisitos elencados nos dispositivos legais regulamentadores para a pretendida promoção, inclusive com avaliação de desempenho de 100% nos dois últimos anos e já foi divulgado o número de vagas disponíveis, segundo prevê o artigo 27 da Lei Estadual n. 3.093/2005.

Sustenta, assim, a inércia da Administração em promover sua promoção mesmo diante do seu direito líquido e certo, o que autoriza o Poder Judiciário a fazê-lo, de acordo com a jurisprudência firmada nos tribunais.

Sobreveio o acórdão que concedeu a ordem para determinar a adoção dos atos necessários para efetivar a promoção do impetrante à primeira categoria funcional da carreira de segurança patrimonial, com data retroativa a 1º de julho de 2018 (fls. 23-29), conforme ementa que transcrevo a seguir:

> *"15 de julho de 2019 - 3ª Seção Cível*
>
> *Mandado de Segurança Cível - Nº 1404392-27.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça*
>
> *Relator – Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues*
>
> *Impetrante : R. J. B. de O.*
>
> *Impetrado: Secretário(a) de Estado de Administração e Desburocratização do Estado de Mato Grosso do Sul*
>
> *E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIOS DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO REJEITADA – AUXILIARES DO GOVERNO (ART. 93, III, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL) – ATRIBUIÇÃO CONFERIDA PELA LEI ESTADUAL N. 4.640/2014 – LEGITIMIDADE RECONHECIDA – MÉRITO - AGENTE DE SEGURANÇA PATRIMONIAL – PRETENDIDA PROMOÇÃO VERTICAL - ARTIGOS 31 A 34, DA LEI ESTADUAL N. 3.093/2005 – REQUISITOS PREENCHIDOS – SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO ESTADO QUE NÃO IMPEDE A PROMOÇÃO – DIREITO SUBJETIVO QUE DEVE SER ASSEGURADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.*
>
> *Nos termos do artigo 93, parágrafo único, III, da Constituição Estadual, os Secretários de Estado são auxiliares do Governador e possuem competência para praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Governador do Estado, sendo que, na hipótese dos autos, por força do artigo 16, II, da Lei Estadual n. 4.640/2014, ao Secretário de Estado de Administração compete a definição de políticas e diretrizes relativas ao recrutamento e à seleção, à capacitação, ao desenvolvimento e à avaliação de desempenho dos servidores do Poder Executivo e a articulação com a Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul para o desenvolvimento dessas atividades. Assim, não há se falar em ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Administração para promover os atos necessários à promoção vertical do agente de segurança patrimonial.*
>
> *Comprovado pelo impetrante que preencheu todos os requisitos legais para a promoção vertical, tem direito a ser promovido, não servindo a atual situação econômico-financeira do Estado ou os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal como forma de eximir a Administração Pública à garantia de direitos subjetivos de servidores públicos.*
>
> *A C Ó R D Ã O*
>
> *Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.*
>
> *Campo Grande, 15 de julho de 2019. Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator".*

O Estado fundamenta o seu pedido de rescisão do acórdão em **erro de fato** (VIII. § 1º), pois a decisão levou em conta apenas os incisos do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05, mas nada afirmou a respeito da existência de vaga destinada a essa promoção para a categoria seguinte, que é o requisito do parágrafo único do referido dispositivo e os elementos constantes dos autos às fls. 24/62 demonstraram de forma contrária; na **violação direta contra literalidade da norma jurídica (V),** tendo em vista que a promoção foi concedida em desatendimento ao parágrafo único do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05; e em **prova nova** (VII), qual

seja, o Ofício 129/SUPAF/SAD/2019, de 20/08/2019, expedido após o trânsito em julgado do acórdão, o qual informa que o requerido **está fora do número de vagas após o cômputo nos dias da carreira para fins de desempate.**

O nobre relator, Des. Julizar Barbosa Trindade, julgou **improcedente o pedido formulado na presente Ação Rescisória.**

II.

Como é cediço, o suporte fundamental de todo o ordenamento jurídico se assenta, sem sombra de dúvida, no instituto da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, nos quais, em face de seus propósitos ideológicos, encontra-se a ideia de oferecer segurança jurídica e paz social a todos os jurisdicionados, eis que põe fim, no plano jurídico, ao conflito de interesses submetido à apreciação do Estado.

Todavia, o legislador, atento à possibilidade da existência de contaminantes indesejáveis, por cautela e exceção, criou a possibilidade de se perseguir a anulação da decisão que, embora transitada em julgado, tenha sido inoculada por determinado vício (art. 485/CPC de 1973 e art. 966/NCPC).

Forte neste propósito, foi criada a ação rescisória que, longe de ser recurso, é **ação autônoma de impugnação**, verdadeira ação de invalidação da decisão passada em julgado, desde que fundado em um dos permissivos descritos na lei processual civil.

Impõe-se, nessa extensão, o atendimento não só às exigências pertinentes às ações judiciais em geral, mas, principalmente, aos seus pressupostos específicos de admissibilidade, quais sejam, existência de decisão de mérito transitada em julgado e a configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade elencados no artigo 966[5] do Código de Processo Civil.

In casu, ao que se vê da exposição contida na inicial, a ação foi embasada nos incisos V, VII e VIII do artigo 966, ou seja, com espeque em aventada violação a literal disposição de lei, prova nova e erro de fato, sendo vedado, ao julgador ampliar a causa de pedir deduzida, razão pela qual a rescisão perquirida deve ser examinada tão somente sob o enfoque dos referidos fundamentos, melhor dizendo, se a decisão de mérito

5 Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV - ofender a coisa julgada;
V - violar manifestamente norma jurídica;
VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.
§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.
§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:
I - nova propositura da demanda; ou
II - admissibilidade do recurso correspondente.
§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.
§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.
§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.
§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

transitada em julgado não aplicou a lei ou a aplicou incorretamente, se há prova que era ignorada ou que o requerido não pôde fazer uso, bem como se considerou fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido.

O douto relator bem sintetizou a pretensão do Estado de Mato Grosso do Sul em seu voto:

> *O autor fundamenta seu pedido na existência de erro de fato (VIII, § 1º), violação de norma jurídica e (V) e existência de prova nova que implica no provimento do pedido rescisório.*
>
> *O erro de fato (VIII. § 1º) estaria configurado porque a decisão levou em conta apenas os incisos do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05, contendo em seu raciocínio a presunção equivocada sobre a premissa fática de que haveria vaga destinada a essa movimentação na categoria seguinte, que é o requisito do parágrafo único do mesmo dispositivo, e os elementos constantes dos autos às fls. 24/62 demonstraram de forma contrária.*
>
> *A violação direta contra literalidade da norma jurídica (V) reside no fato de a promoção ter sido concedida em desatendimento ao parágrafo único do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05.*
>
> *A prova nova (VII) consubstancia-se no conhecimento do Ofício 129/SUPAF/SAD/2019, de 20/08/2019, após o trânsito em julgado do acórdão, o qual informa que o réu/impetrante".*

Restringido o âmbito de apreciação da presente demanda, impende esclarecer que "*para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo* ***seja de tal modo aberrante*** *que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se 'recurso' ordinário com prazo de interposição de dois anos*" (REsp 9.086/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 05.08.1996; REsp 168.836/CE, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ de 01.02.1999; AR 464/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 19.12.2003; AR 2.779/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJ de 23.08.2004; REsp 488.512/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004 e AgRg na AR 4.325/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 25/11/2009).

Acresçam-se, ainda, as lições do Professor **Barbosa Moreira,** que dispensa apresentações, todos nós o conhecemos, ao tratar especificamente da ação rescisória, apontou que **quatro** são os pressupostos para verificação no caso de um dos fundamentos desta ação rescisória, que é o **erro de fato**, a saber:

> ***" a)*** *- que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente;*
>
> ***b)*** *- que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;*
>
> ***c)*** *- que "não tenha havido controvérsia" sobre o fato (§ 2º);*
>
> ***d)*** *- que sobre ele tampouco tenha havido "pronunciamento judicial" (§2º)".*[6]

Pois bem.

6 Cfe. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil.* Editora Forense, 14ª. ed., 2008, Volume 5, p.149.

O art. 31, parágrafo único, da Lei n. 3.093/2005, que organiza a carreira Segurança Patrimonial, integrante do Grupo Ocupacional Apoio Técnico Operacional do Plano de Cargos, Empregos e Carreiras do Poder Executivo, dispõe:

> *Subseção II*
>
> ***Da Promoção Vertical***
>
> *Art. 31. Concorrerá à promoção vertical na carreira Segurança Patrimonial o Agente de Segurança Patrimonial que se encontrar, cumulativamente, nas seguintes condições:*
>
> *I - estar incluído entre os cinquenta por cento mais bem avaliados na categoria funcional, nos dois últimos anos;*
>
> *II - contar setenta por cento ou mais dos pontos totais previstos para a avaliação de desempenho para a respectiva categoria funcional;*
>
> *III - contar, no mínimo, dez anos de efetivo exercício na carreira;*
>
> *IV - estar posicionado na classe B ou acima da respectiva categoria funcional. Parágrafo único. A promoção vertical será processada uma vez por ano, desde que exista vaga destinada a essa movimentação na categoria seguinte da carreira Segurança Patrimonial.*

Vejamos os fundamentos do acórdão quanto aos requisitos para a promoção:

> *Logo, conforme estabelecido na legislação, demonstrado que o agente de segurança patrimonial preencheria os requisitos legais, teria então direito à promoção vertical, com vigência a partir do mês de julho do corrente ano.*
>
> *No caso em tela, ao analisar a documentação apresentada pelo impetrante (p. 27/62), é* ***possível concluir que comprovou todas as exigências legais para a promoção vertica****l, não existindo qualquer justificativa para que a administração pública não o promova, retroativamente, à primeira categoria funcional na carreira de segurança patrimonial.*
>
> *A propósito, no que tange à satisfação dos requisitos,* ***passo a analisar pontualmente*** *os dispositivos de lei e as provas acostadas nos autos, relembrando que as categorias funcionais de Agente de Segurança Patrimonial são desdobradas em classes identificadas pelas letras maiúsculas A, B, C, D, E, F, G e H (art. 6º).*
>
> *O inciso I, do artigo 31 (estar incluído entre os cinquenta por cento mais bem avaliados na categoria funcional, nos dois últimos anos), restou satisfeito pelos documentos de p. 28/30 e 41/43 – Editais n. 4/2018 e n. 97/2018. Por sua vez, os documentos de páginas 33/40 comprovaram os incisos II (contar setenta por cento ou mais dos pontos totais previstos para a avaliação de desempenho para a respectiva categoria funcional) e IV (estar posicionado na classe B ou acima da respectiva categoria funcional). Ainda, conforme comprovante de rendimentos acostado em páginas 25/26, observa-se o impetrante foi admitido em 01/02/2003, ou seja, conta com, no mínimo, dez anos de efetivo exercício na carreira (inciso III). Além disso, o autor trouxe aos autos o seu certificado de conclusão do curso superior (p. 67), demonstrando, portanto, os requisitos para a pretendida promoção vertical à primeira categoria."*

O autor realmente demonstrou a existência de vagas para a categoria I e II, de acordo com a publicação no Edital n. 91/2018, Diário Oficial n. 9.755, de 03.10.2018, anexado aos autos do Mandado de Segurança (fl. 32):

EDITAL N. 91/2018

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO E DESBUROCRATIZAÇÃO, no uso de suas atribuições legais, torna público para conhecimento dos interessados, o quantitativo de vagas para fim da concessão do benefício da promoção funcional vertical, exercício 2017, na Carreira Agente de Segurança Patrimonial, pertencente ao Quadro de Pessoal do Estado de Mato Grosso do Sul, da Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização, observadas as proporções de posicionamento nas respectivas classes descritas no art. 30 da Lei n. 3.093, de 1º de novembro de 2005 (Processo n. 55/000801/2018):

Cargo: Agente de Segurança Patrimonial

Categoria	Percentual	Vagas Previstas	Vagas ocupadas	Vagas disponíveis
I	Até 20%	199	164	35
II	Até 40%	398	326	72

CAMPO GRANDE-MS, 1º DE OUTUBRO DE 2018.

Porém, pelos documentos juntados era impossível a conclusão a respeito da classificação do impetrante dentro desse número de vagas, pois, conforme afirmou o relator da presente Ação Rescisória, o Estado deixou de publicar o edital com a classificação geral em ordem crescente dos servidores aptos à promoção.

Ora, a desídia do Estado, ao prestar informações pela autoridade coatora e contestar a ação não pode servir de pretexto para, depois, vir querer rescindir o acórdão com base nesse fato, com o que estaria querendo beneficiar-se da própria torpeza.

Portanto, a prova dos autos indicava a existência de direito líquido e certo à promoção do impetrante à primeira categoria funcional da carreira de segurança patrimonial, como determinado no acórdão rescindendo.

Todo esse contexto ficou demonstrado no acórdão, indene de dúvidas, que o impetrante preencheu os requisitos erigidos na lei regulamentadora para constar como apto na lista de candidatos à promoção vertical a ser encaminhada para o Governador do Estado, à luz dos elementos que existiam nos autos.

E, nesse aspecto, entendo que também que não há que se falar em violação à literal disposição de lei - porque o correto seria que a ordem do Mandado de Segurança tivesse sido restrita à determinação para que a autoridade coatora promovesse o envio do nome do impetrante como candidato apto a concorrer à promoção vertical, de acordo com o número de vagas publicado no Edital n. 91/2018, Diário Oficial n. 9.755, de 03.10.2018).

Sob esse fundamento, adoto aqueles expendidos pelo e. Relator:

> *"(...) No caso concreto, não se verifica a sua ocorrência, porquanto tanto o parágrafo único do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05 como a matéria envolvendo a classificação do autor dentre as vagas existentes na categoria que a ele se refere, não foi objeto de discussão no acórdão.*

Nele consta que o Estado de Mato Grosso do Sul, em suas informações, defendeu apenas a implementação da promoção em decorrência da situação financeira e limites previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal. Veja-se (fl. 30):

> *Ademais, há de se observar que em sede de informações, o Estado de Mato Grosso do Sul sequer impugnou o preenchimento ou não dos requisitos, limitando-se a sustentar a impossibilidade de incrementar a folha de pessoal, sob pena de se agravar a já comprometida situação financeira do Estado, bem como pugnando pela observância ao limite prudencial previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.*
>
> *Por corolário, não houve pronunciamento judicial a respeito do enquadramento dentro do número de vagas, mas apenas sobre o preenchimento dos requisitos para o direito à promoção vertical, in verbis (fls. 29/30):*
>
> *No caso em tela, ao analisar a documentação apresentada pelo impetrante (p. 27/62), é possível concluir que comprovou todas as exigências legais para a promoção vertical,*

não existindo qualquer justificativa para que a administração pública não o promova, retroativamente, à primeira categoria funcional na carreira de segurança patrimonial.

A propósito, no que tange à satisfação dos requisitos, passo a analisar pontualmente os dispositivos de lei e as provas acostadas nos autos, relembrando que as categorias funcionais de Agente de Segurança Patrimonial são desdobradas em classes identificadas pelas letras maiúsculas A, B, C, D, E, F, G e H (art. 6º).

O inciso I, do artigo 31 (estar incluído entre os cinquenta por cento mais bem avaliados na categoria funcional, nos dois últimos anos), restou satisfeito pelos documentos de p. 28/30 e 41/43 – Editais n. 4/2018 e n. 97/2018. Por sua vez, os documentos de páginas 33/40 comprovaram os incisos II (contar setenta por cento ou mais dos pontos totais previstos para a avaliação de desempenho para a respectiva categoria funcional) e IV (estar posicionado na classe B ou acima da respectiva categoria funcional). Ainda, conforme comprovante de rendimentos acostado em páginas 25/26, observa-se o impetrante foi admitido em 01/02/2003, ou seja, conta com, no mínimo, dez anos de efetivo exercício na carreira (inciso III). Além disso, o autor trouxe aos autos o seu certificado de conclusão do curso superior (p. 67), demonstrando, portanto, os requisitos para a pretendida promoção vertical à primeira categoria.

Nota-se que em nenhum momento foi tratado a questão envolvendo o parágrafo único do artigo 31 da Lei Estadual nº 3.093/05, e ainda que estivesse, como apontado no tópico anterior "erro de fato", o autor não possuía prova pré-constituída de sua violação, pois os editais não se prestavam para esse fim.

Entendimento diverso seria se o Estado de Mato Grosso do Sul tivesse alegado e comprovado nas informações e defesa no mandado de segurança que originou a presente rescisória, que o réu/impetrante não tinha direito líquido e certo por não estar classificado dentre as vagas existentes na categoria funcional, e essa informação fosse desconsiderada pelo julgador, situação que se enquadraria tanto na violação a norma jurídica como na de erro de fato, o que não ocorreu no caso dos autos.

Ainda que assim não fosse, por amor à argumentação, a segurança foi concedida "para determinar à autoridade impetrada que adote os atos necessários para efetivar a promoção do impetrante à primeira categoria funcional da carreira de segurança patrimonial, com data retroativa a partir de 1º de julho de 2018" (fls. 31/32 destes autos).

Assim, o requisito previsto no art. 31, parágrafo único, da Lei n. 3.093/2005, consistente na existência "de vaga destinada a essa movimentação na categoria seguinte da carreira Segurança Patrimonial" foi devidamente comprovado, pois é certo que existiam vagas para a categoria do impetrante, ora requerido.

Quanto à prova nova, o Estado autor indica que em sede de cumprimento de sentença, foi constatado que o requerido ficou além do limite de vagas ofertadas para a promoção vertical, após avaliação dos critérios legais de desempate, sendo o Ofício que contem essa informação (n. 129/SUPAF/SAD/2019) considerado prova nova pelo requerente, o que, de fato, não é para fins de rescisão do acórdão, mas elucida o desacerto do julgado rescindendo (fl. 34):

Ofício n. 129/SUPAF/SAD/2019

Campo Grande/MS, 20 de Agosto de 2019.

Senhora Procuradora-Geral

A/C: Nathalia dos Santos Paes de Barros

Em atendimento ao contido no Ofício n.366/PP/PGE/2019, no que se refere ao cumprimento da decisão judicial proferida nos autos 1404392-27.2019.8.12.0000, em que consta como autor o servidor Rafael José Borges de Oliveira, informamos a Vossa Excelência que o mesmo após a avaliação através dos critérios legais de desempate, nos termos do art. 1° , inciso II, letra "a" do Decreto Estadual n. 14.258, de 8/9/2015, ficou além do limite de vagas ofertadas para a promoção vertical, primeira categoria, consoante Edital 91/2018, publicado no Diário Oficial n. 9.755, de 3/10/2018, cópia anexa, portanto, se efetivada a ordem judicial o servidor em tela estará classificado de forma excedente às vagas então delimitadas para o fim em questão.

Esclarecemos, ainda, que o último servidor classificado dentro do limite das vagas ofertadas, edital anexo, constou com 5.560 dias, enquanto que o servidor em referência constou com 5.401 dias na carreira.

Diante desta informação, consultamos Vossa Excelência sobre o pronto cumprimento da decisão judicial em comento, ainda que o servidor não tenha sido classificado dentro das vagas previstas para a concessão da promoção funcional vertical.

Atenciosamente,

CARINE BEATRIZ GIARETTA
SUPERINTENDENTE DE ORÇAMENTO, ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS
Assinado Digitalmente

Trata-se de documento interno oriundo da própria administração pública estadual.

Todavia, se essa situação já existia ao tempo da impetração originária, por que o Estado então não a apontou? Por que não o anexou à ação mandamental primeiramente proposta?

Não há demonstração, no caso, de que o documento não pudesse ter vindo para os autos do mandado de segurança por *motivos estranhos* à vontade da administração e de que não pode fazer uso. Nada indica que não pudesse ter sido produzido antes. Inservível, assim, aos fins objetivados na presente rescisória.

O Estado, ao deflagrar o processo de promoção vertical, que é obrigatório todos os anos, já tem de antemão conhecimento dos candidatos que vão concorrer, de seu histórico e da sua avaliação funcional para fins de cumprimento dos requisitos para a promoção, e em especial do número de vagas disponíveis.

Se alegou a matéria e não fez prova documental de sua ocorrência, não pode se socorrer agora da certidão emitida apenas na fase de cumprimento de sentença para desconstituir o julgado.

Daí as razões pelas quais acompanho o voto do e. Relator.

É como voto.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (6º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (9º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram improcedente a ação, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. 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, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 17 de março de 2021.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Embargos de Declaração Cível n.º 0814309-29.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL – PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA – VÍCIO PROCEDIMENTAL CONSTATADO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO PREJUÍZO – POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO A PARTIR DO CONHECIMENTO DO VÍCIO DE INTIMAÇÃO (ART. 272, § 8º, CPC), O QUE NÃO OCORREU – RECURSO PROVIDO, SEM ALTERAÇÃO NO RESULTADO DO JULGAMENTO.

1. O recorrente ingressou com embargos de declaração contra decisão monocrática do relator. Como a pretensão do recorrente é obter reforma da decisão que negou seguimento ao apelo, em homenagem ao princípio da fungibilidade convertem-se os embargos de declaração em **em agravo interno**, o que se faz com base no art. 1.024, § 3º, CPC, já que não se admite a oposição de embargos de declaração contra despacho ou decisão do relator quando a intenção do recorrente for a reapreciação da matéria.

2. A ausência de intimação do Estado para recorrer da sentença que condenou a fazenda pública ao pagamento dos honorários do perito acarreta o reconhecimento do vício procedimental, e essa nulidade pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição.

3. Ocorre que em matéria de nulidades processuais predomina o princípio da finalidade e do prejuízo. Significa dizer que não há nulidade processual sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Na hipótese específica, o Estado não menciona em que consiste o prejuízo efetivo consectário do vício da intimação, já que, tratando-se de processo digital, *"A parte arguirá a nulidade da intimação em capítulo preliminar do próprio ato que lhe caiba praticar, o qual será tido por tempestivo se o vício for reconhecido"* (art. 272, § 8º, CPC), o que não ocorreu. Logo, o reconhecimento da nulidade da intimação da sentença quando já se operou a preclusão temporal para apresentação do recurso não é capaz de trazer qualquer efeito prático ao Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, acolheram os embargos, sem efeitos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de maio de 2021.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Estado de Mato Grosso do Sul opõe embargos de declaração (convertido de ofício em agravo interno) contra decisão monocrática que negou seguimento ao apelo interposto por I. R. dos S.

Sustenta o recorrente a existência de nulidade, erro material e vício de omissão, *tendo em vista que o Estado de Mato Grosso do Sul não foi intimado da sentença, situação que caracteriza prejuízo à Fazenda Pública e flagrante nulidade no trâmite processual, vez que impediu o Estado de impugnar o valor dos honorários periciais fixados pelo magistrado de primeiro grau.*

Requer provimento do recurso, para que seja reconhecido o vício procedimental apontado e, por conseguinte, declarada a nulidade do julgamento do apelo, com reabertura do prazo recursal ao Estado; supletivamente, seja atribuído ao recurso efeitos infringentes, para que os honorários a serem custeados pelo Estado sejam limitados ao teto previsto na Resolução CNJ 232/2016.

O prazo para resposta dos recorridos transcorreu *in albis*, conforme certidão de f. 15.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

O Estado de Mato Grosso do Sul alegou que a fazenda pública não foi intimada da sentença, apesar de ter requerido expressamente, na fase de conhecimento, que lhe fosse dada a oportunidade de apelar do valor dos honorários periciais homologado pelo juízo, cuja responsabilidade do pagamento lhe recai, por ser o sucumbente beneficiário da gratuidade da justiça.

Como a pretensão do recorrente é obter reforma da decisão que negou seguimento ao apelo, em homenagem ao princípio da fungibilidade converto a presente súplica em agravo interno, o que faço com base no art. 1.024, § 3º, CPC, já que não se admite a oposição de embargos de declaração contra despacho ou decisão do relator quando a intenção do recorrente for a reapreciação da matéria.

Dispensada a intimação das partes para responder ao recurso, tendo em vista que já oportunizado o contraditório (f. 13-14).

À Secretaria para que faça a retificação na autuação do recurso.

Passo à análise da irresignação recursal.

Na hipótese, de fato houve vício relacionado à tramitação do processo, posto que não observada a necessidade de intimação do Estado, pessoa jurídica de direito público condenada ao pagamento dos honorários do perito, consoante dicção da sentença (f. 316).

A discussão é inócua, todavia.

Isto porque, independentemente do vício da intimação, certo é que *"A parte arguirá a nulidade da intimação em capítulo preliminar do próprio ato que lhe caiba praticar, o qual será tido por tempestivo se o vício for reconhecido."* (art. 272, § 8º, CPC).

Deveria, pois, o Estado, já ter ingressado com recurso, a partir do momento que tomou conhecimento da suposta irregularidade, sob pena de preclusão, tendo em vista não se estar diante da exceção prevista pelo § 9º do art. 272).

Como se sabe, em matéria de **nulidades processuais** predomina o princípio da finalidade e do prejuízo. Significa dizer que não há nulidade processual sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja sua finalidade (art. 277, CPC).

No entanto, o Estado não menciona em que consiste o prejuízo efetivo, já que poderia ter interposto recurso de apelação no prazo legal, que se iniciou com o conhecimento do vício.

Logo, o reconhecimento da nulidade da intimação da sentença quando já se operou a preclusão temporal para apresentação do recurso não é capaz de trazer qualquer efeito prático ao Estado.

Compreensão no sentido contrário implica ofensa aos princípios da celeridade, da razoável duração dos processos e da razoabilidade.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reconhecer o vício procedimental apontado, sem que isso implique alteração no resultado do julgamento.

À Secretaria para que retifique a autuação, corrigindo a classe processual, considerando que o presente recurso foi convertido de ofício para agravo interno.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram os embargos, sem efeitos, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 25 de maio de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Apelação Cível n.º 0800648-83.2019.8.12.0029 - Naviraí

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C/C AÇÃO DE COBRANÇA – ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E EMPRESARIAL DE NAVIRAÍ – DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA – ALEGADA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA – DESCABIMENTO – NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA – IMPROCEDÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A declaração de utilidade pública concedida à Associação Comercial e Empresarial de Naviraí não implica, por si só, a isenção tributária, pois tal benefício, além de depender de lei específica, exige a presença de outros requisitos, entre eles a filantropia como objetivo institucional primordial, o que não é o caso dos autos, já que a associação tem por finalidade zela pelos interesses dos comerciários locais.

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, 30 de março de 2021

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

A. C. e E. de N., nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c ação de cobrança de n. 0800648-83.2019.8.12.0029, em que contende com o Município de Naviraí, interpõe recurso de apelação cível.

A recorrente, em resumo, alega que:

1 – faz jus a justiça gratuita;

2 – ao ser reconhecida como uma entidade de utilidade pública, através da Lei municipal n. 1944/2015, faz jus a imunidade tributária;

3 – na cabe ao Poder Judiciário analisar se a entidade exerce finalidade filantrópica e beneficente à sociedade, porquanto tal discussão já foi realizada pelo Poder Público ao conceder o título de utilidade pública;

4 – a Lei Orgânica, em seu artigo 116, § 4º, concede imunidade tributária às entidades filantrópicas, o que, juntamente com o artigo 1º, da Lei 1944/2015, sedimentam o pedido inicial.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento da súplica, conforme arrazoado.

Em resposta, a recorrida bateu-se pelo desprovimento do reclamo.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator(a))

A. C. e E. de N., nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c ação de cobrança de n. 0800648-83.2019.8.12.0029, em que contende com o Município de Naviraí, interpõe recurso de apelação cível.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo, conforme regra do artigo 1.012, do CPC.

Ademais, ainda que a apelante tenha postulado pela concessão da justiça gratuita, observa-se dos autos que a mesma já é beneficiária do instituto, não havendo razões para nova análise do pedido.

No mais, trata-se de recurso interposto contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

E, reanalisando os autos, tenho que a sentença deve ser mantida.

Em síntese, a apelante alega que, por ter recebido o título de utilidade pública, não há qualquer discussão a ser feita quanto à sua natureza filantrópica, fazendo jus à isenção tributária.

Contudo, ainda que a Lei Municipal n. 1944/2015 tenha declarado a utilidade pública da A. C. e E. de N., é certo que a concessão deste título não afasta a incidência do IPTU, tampouco lhe confere imunidade tributária.

A imunidade é concedida pela Constituição Federal enquanto a isenção é concedida pelas leis ordinárias, devendo ser aplicada, uma ou outra, conforme o caso concreto.

O artigo 150, da CF, estabelece:

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *VI - instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*
>
> *c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.*

Ademais, a isenção tributária é modalidade de exclusão do crédito tributário subsumida à edição de lei específica do ente federado titular da exação.

Nesse sentido, eis as claras dicções insertas no art. 150, §6º, da Constituição Federal, e no art. 176, do Código Tributário Nacional:

> *Art. 150. (...)*
>
> *§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.*
>
> *Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.*

Logo, como colocado na sentença, a declaração de utilidade pública sobre a pessoa jurídica não traz implicações relativas à isenção tributária se, repito, não houver legislação que assim estabeleça.

A Lei Orgânica do Município de Naviraí, aliás, não traz hipótese de isenção para todas as instituições declaradas de utilidade pública. Isto porque os arts. 116 e 153 da LOM prescrevem outros requisitos, além da declaração de utilidade pública para tal benesse, senão vejamos:

> *"Art. 116 Compete ao Município instituir impostos sobre:*
>
> *I - Propriedade predial e territorial urbana; [...]*
>
> *§ 4º Aos imóveis de qualquer entidade religiosa e/ou filantrópica, sobre os quais haja a construção de templos e centros comunitários, destinados a cultos, realização de palestras, seminários e outras atividades essenciais e que estejam cumprindo a finalidade a que se propõem não incidirão tributos, desde que declarada de utilidade pública pelo legislativo municipal".*
>
> *Art. 153 São isentas de tributos as entidades que pratiquem beneficência e que não explore atividades com fins lucrativos e ainda, que tenha sido decretada entidade de utilidade pública por esse legislativo, em lei específica, instaladas no município.*
>
> *Parágrafo Único - A isenção compreende a sua sede, seu patrimônio e a sua renda, desde que cumpra as finalidades que se propõem.*

O Código Tributário Municipal, ainda, prevê que "Art. 436 A isenção é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de sua duração".

Em razão de tais dispositivos, para ser beneficiada com a isenção tributária a pessoa jurídica deve se tratar de entidade filantrópica/beneficente, o que não se confunde com a declaração de utilidade pública municipal cujos requisitos estão descritos na Lei Municipal n. 883/19982 e não da Lei Estadual n. 23/1979.

Seguem os requisitos da Lei Municipal n. 883/1998:

> *Art. 1º As Sociedades Civis, as Associações e as Fundações constituídas no Município, com o fim exclusivo de servir des-interessadamente à coletividade, podem ser declaradas de utilidade pública, provados os seguintes requisitos:*
>
> *I - que se constituam no Município;*
>
> *II - que tenham personalidade jurídica;*
>
> *III - que estiveram em efetivo e contínuo funcionamento, nos dois anos imediatamente anteriores, com a exata observância dos estatutos e servem desinteressadamente à coletividade;*

IV - que não são remuneradas, por qualquer forma, os cargos de diretoria e que não distribui lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhu-ma forma ou pretextos;

V - que, comprovadamente, mediante a apresentação de relatórios circunstanciados dos dois anos de exercício anteriores à formulação do pedido, promove a educação ou exerce atividades de pesquisas científicas, de cultura, inclusive artísticas ou filantró-picas, esta de caráter geral indiscriminado, predominantemente;

V - que, comprovadamente, mediante apresentação de relatórios circunstanciados dos dois anos de exercício anteriores à formulação do pedido, promovam constantes ações sociais voltadas às pessoas carentes do município de Naviraí, mesmo que por meio de campanhas solidárias, ou que se dediquem à atividade de educação, pesquisa científica, de cultura, artística ou filantrópica, esta de caráter geral indiscriminado, predominantemente." (Redação dada pela Lei nº 2190/2019)

VI - que se obriga a publicar, anualmente a demonstração da receita e despesa realizada no período anterior, desde que contemplada com subvenção por parte do Município, neste mesmo período.

Portanto, extrai-se que nem toda sociedade civil, associação e fundação pode ser considerada entidade filantrópica/beneficiente para os fins da isenção tributária em discussão, somente porque foi declarada de utilidade pública.

E esta conclusão, em momento algum extrapola os limites do Poder Judiciário, pois, ainda que a tenha sido concedido o título de utilidade pública à recorrente, como visto, tal situação não implica imediata isenção, sendo necessários outros requisitos, os quais não se fazem presentes nos autos.

Ora, o fato de a requerente realizar algumas atividades filantrópicas, não conclui ser esta a sua atividade principal, porquanto atua pelos interesses dos comerciários locais.

E, na hipótese, em vista de a requerente não ter preenchidos os requisitos legais, não há se falar em isenção tributária, devendo ser mantida a sentença conforme proferida.

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso interposto pela A. C. e E. de N.– Acen.

Por consequência, conforme previsto no artigo 85, § 11, do CPC, majoro os honorários sucumbenciais para 11% sobre o valor atualização da ação, sobrestada a cobrança por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR

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

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 30 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Apelação Cível n.º 0810129-96.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – PENHORA SOBRE IMÓVEL PERTENCENTE À TERCEIRO – ALEGADA FRAUDE À EXECUÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO – REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

No caso, restou demonstrado nos autos que quando os embargantes adquiriram o bem por escritura pública de compra e venda não existia nenhuma restrição na matrícula do imóvel referente à execução promovida pela embargante. Ademais, não há evidências de que referida alienação tenha reduzido a empresa devedora à insolvência e, ainda a má-fé na relação negocial não pode ser presumida, devendo ser comprovada pelo embargado a quem incumbe, nos termos do art. 373, II, do CPC a produção de provas capazes de evidenciar a fraude na transação levada a efeito entre o embargante e o terceiro, o que não ocorreu no caso dos autos.

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, 6 de abril de 2021.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Edyp Indústria e Comércio de Máquinas Ltda., nos autos de embargos de terceiros de n. 0810129-96.2015.8.12.0001 em que contende com Guilherme Félix Sória e Denise Maria Palma Pimenta Sória, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1 – insurge-se contra a sentença que julgou procedente o pedido inicial e determinou o afastamento da penhora realizada sobre a unidade imobiliária n. 5, com 121,30 m² de área a ser construída, no empreendimento Spazio Firenze, correspondente a fração ideal de 1/18 do terreno determinado por lote nº. 03, resultante do desmembramento da área "A", da chácara São José, neste município, localizada no Jardim Umuarama, individualizado na matrícula n.º 123.605 do CRI da 1ª Circunscrição desta Comarca, condenando o embargado, ora recorrente, ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários sucumbenciais;

2 – requer seja deferida a justiça gratuita, uma vez que não dispõe de meios suficientes para arcar com o pagamento dos encargos financeiros sem prejuízo de sua manutenção;

3 – o pedido inicial deve ser julgado improcedente, visto que a execução foi proposta em 09/01/2006, enquanto que a transmissão do título dominial ocorreu na data de 22/12/2014, pouco antes do requerimento e deferimento da penhora do dito bem imóvel, os apelados demonstraram sua intenção em burlar a legislação vigente, pois, sabedores da ação executiva e também da penhora determinada pelo MM. Juízo, mesmo assim, utilizaram-se de meios menos louváveis e preferiram o atalho cartorário, com a alegação de que não tinham ciência do procedimento executório;

4 – restou caracterizada a fraude à execução;

5 – a empresa executada foi citada muito antes da transferência do domínio do imóvel em questão, não sendo possível se desfazer de seu patrimônio de forma a prejudicar o direito dos credores;

6 – tem-se que a alienação onerosa do bem, ocorrida em 22/12/2014, é posterior à averbação das diversas restrições constantes do respectivo registro, datadas anteriormente, como se comprova do documento de fls. 15, caracterizando assim, a fraude à execução;

7 – não há como impor ao recorrente a obrigação de comprovar a ocorrência da fraude, cabendo aos autores demonstrarem que tal situação não se verificou.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento da súplica a fim de reformar a sentença e afastar a condenação imposta quanto ao ônus sucumbencial.

O recurso foi respondido, batendo-se a recorrida pelo desprovimento do mesmo.

A parte apelante foi intimada para comprovar a alegada hipossuficiência, ocasião em que trouxe aos autos os documentos de páginas 221/224.

Indeferida a benesse, o recorrente comprovou o recolhimento do preparo recursal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

E. I. e C. de M. Ltda., nos autos de embargos de terceiros de n. 0810129-96.2015.8.12.0001 em que contende com G. F. S. e D. M. P. P. S., oferece recurso de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade da súplica recursal, recebo-a em seus efeitos devolutivo e suspensivo, conforme regra do artigo 1.012, do CPC.

Trata-se de recurso interposto contra a sentença que julgou procedente o pedido inicial e determinou o afastamento da penhora realizada sobre a unidade imobiliária n. 5, com 121,30 m² de área a ser construída, no empreendimento Spazio Firenze, correspondente a fração ideal de 1/18 do terreno determinado por lote nº. 03, resultante do desmembramento da área "A", da chácara São José, neste município, localizada no Jardim Umuarama, individualizado na matrícula n.º 123.605 do CRI da 1ª Circunscrição desta Comarca, condenando o embargado, ora recorrente, ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários sucumbenciais.

Alega o apelante que houve fraude à execução, porquanto os devedores alienaram o imóvel mesmo conhecedores da execução, já que a empresa foi citada antes da transferência do domínio do bem em questão, não sendo possível impor à exequente/embargada o ônus de comprovar a fraude, encargo que deve ser suportado pelos autores/embargantes.

Pois bem. Tenho que o recurso não comporta provimento.

O artigo 792, do CPC, ao tratar da fraude à execução, estabelece:

> *"Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:*
>
> *I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;*
>
> *II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;*
>
> *III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;*
>
> *IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;*
>
> *V - nos demais casos expressos em lei.*
>
> *§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao Exequente.*
>
> *§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.*
>
> *§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.*
>
> *§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias."*

Além disso, é certo que o enunciado n. 375, da Sumula do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que *"O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente"*.

Destarte, somente se cogita de fraude à execução se o bem for alienado após o registro da constrição, ou quando reduzir o devedor à insolvência, e, ainda, quando demonstrada, inequivocamente, a má-fé do adquirente. No caso, nenhuma dessas hipóteses restaram preenchidas.

No caso, os embargantes – G. F. S. e sua esposa, D. M. P. P. S. – adquiriram a unidade imobiliária em construção n 05 – Condomínio Spazio Firenze correspondente à fração ideal de 1/18 avos, no dia 21/09/2004, da empresa RT O. E. I. Ltda, conforme contrato de compra e venda firmado entre as partes, com a escritura pública lavrada em 22/12/2014 e registrada na matricula n. 123.605, de 28/01/2015.

Nota-se, portanto, que o imóvel foi adquirido em setembro de 2004 (compromisso de compra e venda – p. 10/13), com a escritura de compra e venda de 22/12/2014 (p. 14/16) e registrado na matrícula em 28/01/2015, antes da penhora efetivada na execução movida pela embargada em 05/03/2015 (autos n. 0100466-82.2006.8.12.0001 – p. 48).

Os registros e as averbações existentes na matrícula do imóvel anteriores à aquisição do imóvel pelos embargantes não são suficientes para caracterizar a fraude à execução, mormente porque não identificada qualquer vinculação à presente execução, tampouco com a empresa credora. Sequer referidas anotações tinham relação à unidade habitacional n. 05 adquirida pelos recorridos.

Além disso, ainda que a execução já estivesse em andamento e que a devedora tenha sido citada em momento anterior, certo que para o reconhecimento da fraude à execução seria necessário demonstrar que referida alienação resultou na insolvência do devedor (empresa alienante), prova esta que não se faz presente aos autos.

E mais, também não restou comprovada a má-fé dos terceiros adquirentes, ou seja, não há demonstração de que os embargantes agiram em conluio com a empresa devedora para frustrar o processo executivo.

Aliás, neste ponto, era ônus da embargada comprovar os requisitos da fraude à execução, especialmente porque a boa-fé do adquirente é presumida pela inexistência de registros constritivos na matrícula do imóvel.

Por oportuno:

> *EMENTA – APELAÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIROS – ALIENAÇÃO DE MILHO – AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO ADQUIRENTE DO BEM FUNGÍVEL DO PENHOR – PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE – ÔNUS DA PROVA QUANTO À MÁ-FÉ QUE RECAI SOBRE O CREDOR – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DESTA NA ESPÉCIE – INOCORRÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO – RECURSO IMPROVIDO. 1. Discute-se no presente recurso que: a) deve ser reconhecida a fraude à execução perpetrada pelo executado Cristovão Plácido Bezen, porque o milho estava gravado por cédula de produto rural (CPR) e que a embargante-apelada deixou de tomar os cuidados necessários, "como requerer certidão de ações junto ao cartório do distribuidor e certidão no cartório de Registro de Imóveis sobre penhor agrícola", b) "não condiz o magistrado embasar seu convencimento de que a embargante é terceira de boa-fé, haja vista, em sendo o produto alienado com terceiro, mesmo de boa-fé, restará garantido o direito de preferência ao credor da CPR". 2. O reconhecimento de fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula nº 375/STJ). 3.* ***A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, consoante a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. 4. Inexistindo provas da constrição do produto antes da sua alienação, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do Código de Processo Civil/1973.*** *5. Apelação conhecida e improvida. (**TJMS**. Apelação Cível n. 0800170-66.2015.8.12.0045, Sidrolândia, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 04/09/2019, p: 06/09/2019) destacado.*

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – ADQUIRENTE DE BOA-FÉ – MATRÍCULA DO IMÓVEL SEM RESTRIÇÕES – SÚMULA 375 DO STJ – ÔNUS DA PROVA DO REQUERIDO (ARTIGO 373, II, DO CPC) – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Na existência de conjunto probatório que satisfaça a demonstração de procedência do feito, não há se falar em cerceamento de defesa. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ). In casu, restou demonstrado nos autos que quando a empresa embargante adquiriu o bem por escritura pública de compra e venda não existia nenhuma restrição na matrícula do imóvel. Ademais, a má-fé na relação negocial não pode ser presumida, devendo ser comprovada pelo embargado a quem incumbe, nos termos do art. 373, II, do CPC a produção de provas capazes de evidenciar a fraude na transação levada a efeito entre o embargante e o terceiro, o que não ocorreu no caso dos autos. (**TJMS**. Apelação Cível n. 0070352-24.2010.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 11/07/2018, p: 12/07/2018)*

Logo, ausentes os requisitos, não há se falar em fraude à execução.

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso interposto E. I. e C. de M. Ltda., mantendo-se inalterada a sentença objurgada.

Em consequência, conforme estabelece o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios para 11% do valor atualizado da causa.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 6 de abril de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Agravo de Instrumento n.º 1402701-07.2021.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINAR DE CONTRARRAZÕES – PERDA DO OBJETO – NÃO OCORRÊNCIA – AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO – INCOMPETÊNCIA – ALEGAÇÃO DO RECORRIDO – DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA – EQUIVOCADA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Rejeita-se a preliminar de contrarrazões, quanto a perda do objeto, eis que o reclamo foi distribuído e examinado antes da referida redistribuição à uma das varas da comarca de Campo Grande, bem como a decisão de efeito suspensivo ao ser proferida, determinou-se à julgadora singular para que adotasse as respectivas providencias.

Embora a suplicante sustente que a magistrada reconheceu, de ofício, a sua incompetência territorial e que tal fato seria vedado pela disposição da Súmula n. 33, do Superior Tribunal de Justiça, em atenção ao feito, vê-se que após oportunizado às partes dizerem a respeito da citada incompetência, esta foi sustentada pelo recorrido, por meio de embargos de declaração.

Em vista de que por ocasião da distribuição da ação, a requerente e o requerido residiam na Comarca de Dourados/MS e que o feito se estabilizou com a citação do demandado, antes das suas mudanças para Campo Grande, bem como em atenção ao artigo 43, do CPC, não há se falar em declinação de competência.

Conforme se depreende do artigo supracitado, a competência é determinada no momento da propositura da ação. Assim, em observância ao princípio da perpetuação da jurisdição, a modificação do endereço da suplicante, bem como do agravado, posteriormente ao ajuizamento da demanda, que já estava estabilizada, não importa em modificação da competência.

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 contrarrazões e, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator .

Campo Grande, 31 de março de 2021

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Sonia Maria Alencar Vieira Marques, nos autos da ação de divórcio litigioso de n. 0803392-35.2019.8.12.0002 em que contende com J. M. da C. M., oferece agravo de instrumento.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1 – há de ser reformada a decisão que reconheceu a incompetência territorial do Juízo singular e determinou a remessa dos autos à comarca de Campo Grande/MS para processamento e julgamento;

2 – mudou-se para Campo Grande em razão de ameaças constantes feitas pelo recorrido, inclusive com medida protetiva decretada, tendo este, entretanto, em ato contínuo, também se mudado;

3 - diante da alteração de seu endereço, a magistrada de primeiro grau declarou, de ofício, a incompetência relativa, o que não é admitido, tal como previsto na Súmula n. 33, do Superior Tribunal de Justiça; e,

4 - o Juiz natural foi fixado com a análise e decisão sobre os interesses das partes nos autos, sob o crivo do devido processo legal, de forma imparcial e independente, de modo que ele terá melhores condições de disponibilizar a tão almejada tutela jurisdicional estatal.

Ao final, requer o recebimento do agravo de instrumento em ambos os efeitos e, após, o seu provimento com a reforma da decisão atacada, mantendo-se a 1ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Dourados MS, como a competente.

Recebido o agravo de instrumento em ambos os efeitos.

O reclamo foi respondido, batendo-se o recorrido pelo reconhecimento da perda do objeto e desprovimento do mesmo.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator(a))

S. M. A. V. M., nos autos da ação de divórcio litigioso de n. 0803392-35.2019.8.12.0002 em que contende com J. M. da C. M, oferece agravo de instrumento.

Preliminar de Contrarrazões

O agravado, em suas contrarrazões, sustenta a necessidade de reconhecimento da perda do objeto em razão da redistribuição do feito de origem, à Comarca de Campo Grande.

A presente tese não procede, eis que o reclamo foi distribuído e examinado antes da referida redistribuição à uma das varas da comarca de Campo Grande, bem como a decisão de efeito suspensivo foi proferida no dia 16.03.2021, sendo oficiado à julgadora singular para que adotasse as respectivas providencias.

Assim, o feito deverá ser requisitado pela juíza competente para o processamento e julgamento, dando cumprimento ao presente acórdão, o qual, como será abaixo fundamentado, é no sentido do provimento.

Do Agravo

Conforme relatado, a suplicante insurge-se contra a decisão que reconheceu a incompetência territorial do Juízo singular e determinou a remessa dos autos à comarca de Campo Grande/MS:

> *"O requerido alegou (fls. 437-440) a incompetência territorial para tramitação do feito perante este Juízo.*
>
> *É a síntese do necessário. DECIDO".*

Ambas as partes informaram que transferiram suas residências para Campo Grande/MS, fls. 407 e 408.

Pois bem, nos termos do artigo 53, do Código de Processo Civil:

> *"É competente o foro:*

(...)

b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz;

c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal;

Trata-se de competência relativa, sendo vedada a declaração de incompetência de ofício, conforme Súmula 33, Superior Tribunal de Justiça, de modo que cabe ao interessado arguir oportunamente a incompetência através de exceção de incompetência.

Contudo, o requerido arguiu a incompetência territorial (fls. 437-440),

No caso dos autos, a ação foi proposta no domicílio antigo de ambas as partes, contudo, houve alteração do domicílio de ambos no decorrer do tramite processual, para o mesmo município, inclusive.

Assim, considerando que ambas as partes não residem nesta Comarca, deve-se reconhecer a arguição de incompetência territorial deste juízo para o julgamento da presente demanda, e, arguica pela parte requerida consequentemente, remeter o feito à Comarca de Campo Grande, foro competente para processar e julgar a ação proposta pela parte requerente em face da alteração do domicilio de ambas as partes.

Diante do exposto, tudo considerado, reconheço de ofício a incompetência territorial deste juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS para o julgamento da presente demanda e, consequentemente, determino a remessa dos autos à Comarca de Campo Grande/MS, domicílio de ambas as partes, foro competente para processar e julgar a ação proposta pela parte requerente." (sic, p. 443-444)

De início, destaco que as páginas mencionadas nesta decisão se referem às numerações lançadas no feito de origem, uma vez que ausente melhor instrução deste reclamo.

Pois bem. Embora a suplicante sustente que a magistrada reconheceu, de ofício, a sua incompetência territorial e que tal fato seria vedado pela disposição da Súmula n. 33, do Superior Tribunal de Justiça[1], em atenção ao feito, vejo que após oportunizado às partes dizerem a respeito da citada incompetência (p. 433-434), esta foi sustentada pelo recorrido, às páginas 437-440, por meio de embargos de declaração:

"(...)

I - DA INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL

Inicialmente, em razão dos termos da decisão proferida nos autos (código 123A36C) e sem adentrar no mérito dos declaratórios, percebe-se que a incompetência territorial realmente deve ser considerada, com o declínio da competência para processar e julgar o feito a uma das Varas de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande - MS, haja vista que, as partes não mais residem na Comarca de Dourados - MS, tendo se mudado definitivamente, inclusive, por conta da conclusão da faculdade do filho.

O declínio de competência, por óbvio, não apenas facilitará o exercício do contraditório e da ampla defesa das partes, mas também possibilitará maior proximidade entre este feito, cuja meação se discute, e a ação de Inventário pelo falecimento da genitora da Autora/Reconvinda/Embargada, em tramitação pela Comarca de Campo Grande - MS.

Portanto, nos termos da jurisprudência e da legislação, requer se digne declinar a competência para processar e julgar este feito a uma das Varas de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande - MS, com a urgência que o caso requer.

(...)" (sic)

1 "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício."

Ora, a incompetência territorial foi rejeitada pela agravante, mas manifestada pelo requerido, não podendo, deste modo, ser compreendida como sendo de ofício.

Entretanto, importante considerar que, embora por ocasião da distribuição da ação, a requerente e o requerido residiam na Comarca de Dourados/MS (p. 01), o feito se estabilizou com a citação do demandado em 10.05.2019 (p. 30), antes das suas mudanças para Campo Grande (p. 407-408).

Com efeito, o artigo 43, do CPC estabelece que:

> *"Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta."*

Conforme se depreende do artigo supracitado, a competência é determinada no momento da propositura da ação. Assim, em observância ao princípio da perpetuação da jurisdição, a modificação do endereço da suplicante, bem como do agravado, posteriormente ao ajuizamento da demanda, que já estava estabilizada, não importa em modificação da competência.

Neste sentido, são os seguintes julgados:

> *EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO QUE MODIFICOU A COMPETÊNCIA VIOLAÇÃO AO ART. 9º DO CPC - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO - COMPETÊNCIA FIXADA NO MOMENTO DE DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO - LIDE ESTABILIZADA - DECISÃO MODIFICADA RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...). A competência é determinada no momento da propositura da ação (art. 43 do CPC). Assim, em observância ao princípio da perpetuação da jurisdição, a modificação do endereço da genitora posterior à demanda, que já estava estabilizada, não importa em modificação da competência, devendo o feito permanecer na Comarca de Dourados, para processamento e julgamento. (TJ/MS – Primeira Câmara Cível – AI n. 1408531-22.2019.8.12.0000 - Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Julgamento: 10/09/2019 - Publicação: 18.09.2021)*
>
> *CONFLITO NEGATIVO. INCOMPETÊNCIA RELATIVA. DECISÃO DE OFÍCIO DECLINANDO DA COMPETÊNCIA. DESCABIMENTO. 1. Não pode o julgador reconhecer de ofício a sua incompetência relativa, sendo que a não arguição da incompetência na forma da lei, enseja a perpetuatio jurisdicionis. 2. A competência é estabelecida no momento do ajuizamento da ação, inclusive em sede de ação de guarda, não sendo afetada nem mesmo por posteriores modificações, salvo nos casos de competência específica da Justiça da Infância e da Juventude, onde é admissível declinar de ofício. Conflito negativo acolhido. (Conflito de Competência Nº 70080312762, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/02/2019)*
>
> *CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE GUARDA, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E ALIMENTOS. Na especificidade do caso, não deve ser alterada a competência pelo fato de o menor ter alterado seu domicílio. Ocorre que o feito está em fase final de tramitação, já tendo sido, inclusive, apresentados memoriais, não sendo, pois, razoável que agora, quando já foram realizadas todas diligências na comarca de Alegrete, seja declinada, de ofício, a competência. Ademais, por se tratar de competência relativa, não pode ser declinada de ofício, conforme enunciado nº33 do STJ, dependendo de provocação da parte que, em tese, será beneficiada pela declinação. ACOLHERAM O CONFLITO. UNÂNIME. (Conflito de Competência Nº 70078435849, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/10/2018)*

Diante do exposto, rejeito a preliminar de perda de objeto, arguida nas contrarrazões e dou provimento ao agravo de instrumento, reconhecendo a competência do Juízo da 1ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Dourados MS para processamento e julgamento da ação de origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar de contrarrazões e, 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. Marcos José de Brito Rodrigues

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 31 de março de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Apelação Cível n.º 0800306-69.2019.8.12.0030 - Brasilândia

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – RETRATAÇÃO DA SENTENÇA – NÃO CABIMENTO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA – OCORRÊNCIA – ART. 174 DO CTN – FISCO DEMOROU MAIS DE 5 ANOS PARA AJUIZAR A AÇÃO DE COBRANÇA – RECURSO IMPROVIDO.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator..

Campo Grande, 30 de março de 2021

Des. Nélio Stábile

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile.

Trata-se de Apelação interposta pelo Município de Brasilândia contra a Sentença proferida pelo Juízo da Vara Única de Brasilândia, nos autos da Ação Declaratória de Prescrição de Débito Fiscal ajuizada por F. Q. L., que julgou procedente referida ação, cujo pedido consistia na declaração de extinção dos créditos tributários referentes aos exercícios de 2007, 2008 e 2014.

A Apelante pugna pela reforma da Sentença, para que o Juízo a quo retrate sua decisão e o pedido seja julgado improcedente quanto ao débito de 2014, sob o argumento de que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Pugna pelo não reconhecimento da prescrição atinente ao exercício de 2014.

Em contrarrazões de f. 62/66, o Apelado pugnou pelo desprovimento do recurso.

O Recurso foi recebido em ambos efeitos (f. 73).

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile. (Relator(a))

I – No mérito, tenho que o recurso não merece provimento.

Primeiramente, vale ressaltar que não é cabível nestes autos a retratação do Juízo *a quo*, que é medida excepcional, até porque não se vislumbra a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no Código de Processo Civil, quais sejam: indeferimento da petição inicial (art. 331, *caput*), improcedência liminar do pedido (art. 332, § 3º), sentença sem resolução do mérito (art. 485, § 7º) ou existência de inexatidão material, erro de cálculo, ou mediante embargos de declaração (art. 494).

Sendo assim, rejeito o pleito de retratação da Sentença.

Outrossim, vejo que não assiste razão ao Apelante no que tange à inocorrência de prescrição da ação de cobrança do IPTU do ano de 2014. Explico.

O tema da prescrição das ações que visam a cobrar débitos fiscais está expresso no artigo 174 do Código Tributário Nacional, *in verbis*: *"A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva"*. Dessa maneira, transcorridos cinco anos da constituição do débito fiscal, deixa de existir a pretensão da cobrança.

In casu, afirma o Recorrente que o termo inicial do prazo prescricional é o primeiro dia do exercício seguinte daquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, isto é, 01/01/2015, sendo a data de 31/12/2019 o último dia para propor a ação de cobrança.

Todavia, já é entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, inclusive com tese firmada em sede de recursos repetitivos, de que *"O termo inicial do prazo prescricional da cobrança judicial do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU inicia-se no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação"* (Tema 980). Aliás, como bem pontuou o Juízo sentenciante:

> *No caso dos autos, observo os autos de execução fiscal (0800403-69-2019), em apenso, onde estão sendo executados os exercícios de 2007, 2008 e 2014 (os quais estão sendo questionados em juízo), consoante certidão de dívida ativa de fl. 3, que os vencimentos para os referidos exercícios foram os dias 10/06/2007, 10/05/2008 e 12/05/2014, sendo que, o prazo prescricional começa a correr a contar do dia após o vencimento do tributo.*
>
> *A ação de execução fiscal foi ajuizada em 28/06/2019, e o despacho que ordenou a citação deu-se em 08/07/2019 (fl. 7/8), o que leva à conclusão que para os exercícios de 2007, 2008 e 2014 operou-se à prescrição da ação, vez que ajuizados fora do quinquídeo legal. (f. 45)*

Nesse aspecto, verifico que na f. 3 dos autos nº 0800403-69.2019.8.12.0030 consta a data de 12/05/2014 como o dia do vencimento do IPTU do exercício de 2014. Visto que a ação pertinente foi ajuizada apenas no dia 28/06/2019, configura-se a prescrição do direito do Apelante quanto ao débito em questão.

Não é outro o entendimento deste Tribunal:

> *APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL - IPTU – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA – OCORRÊNCIA - PROTESTO EXTRAJUDICIAL - HIPÓTESE QUE NÃO INTERROMPE A PRESCRIÇÃO – ART 174 CTN - RECURSO IMPROVIDO. O protesto extrajudicial da dívida ativa não interrompe o prazo prescricional da cobrança do crédito tributário, pois não está elencado entre as situações previstas no art. 174 do CTN.* **O termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal é a data do vencimento do débito de IPTU. Tendo em vista que não houve condição suspensiva ou interruptiva da prescrição e que transcorreu lapso superior a 5 (cinco) anos entre a data do vencimento do crédito tributário e a data da propositura da execução fiscal, é imperiosa a manutenção da sentença que reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão executiva.** *(***TJMS***. Apelação Cível n. 0800931-97.2019.8.12.0032, Deodápolis, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 18/02/2021, p: 22/02/2021)*
>
> *APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA – OCORRÊNCIA - PROTESTO EXTRAJUDICIAL - HIPÓTESE QUE NÃO INTERROMPE A PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - DATA DO VENCIMENTO*

DA OBRIGAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO. O protesto extrajudicial da dívida ativa não interrompe o prazo prescricional da cobrança do crédito tributário, pois não está elencado entre as situações previstas no art. 174 do CTN. **O termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal é a data do vencimento do débito de IPTU. Decorrido o prazo prescricional quinquenal entre a data da constituição do crédito tributário e a propositura da ação executiva, deve ser mantida a decisão que reconheceu a ocorrência de prescrição da pretensão executiva.** *(***TJMS***. Apelação Cível n. 0801184-85.2019.8.12.0032, Deodápolis, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 19/11/2020, p: 22/11/2020)*

Assim, no mérito, é o caso de manutenção da Sentença, do que decorre o desprovimento do Apelo.

II – Ante o exposto, conheço do recurso de *Apelação* interposto pelo ***Município de Brasilândia*** para o fim de **NEGAR-LHE PROVIMENTO** e manter a Sentença recorrida em seus termos.

Fixo os honorários recursais, em favor do patrono do Apelado, em 2% sobre o proveito econômico discutido na causa, que devem ser acrescidos aos honorários de sucumbência originários.

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. Vilson Bertelli

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. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 30 de março de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Agravo Interno Cível n.º 0800408-78.2015.8.12.0015/50000 - Miranda

EMENTA – AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO APELO EM RAZÃO DE INTEMPESTIVIDADE – MANTIDA – DISPONIBILIZAÇÃO DO DIÁRIO DA JUSTIÇA DEU-SE NO DIA ANTERIOR AO DE SUA PUBLICAÇÃO – CONTAGEM DO PRAZO OCORRE NO DIA ÚTIL SEGUINTE AO DA PUBLICAÇÃO – ARTIGO 224 DO CPC – APELAÇÃO EXTEMPORÂNEA – PROTOCOLADA UM DIA APÓS O TÉRMINO DO PRAZO RECURSAL – PRECEDENTES DO TJ E DO STJ – RECURSO DESPROVIDO.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de março de 2021

Des. Nélio Stábile

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile.

A. B. C. e S. B. C. interpõem o presente Agravo Interno em face da Decisão Monocrática de f.290/292, que não conheceu do Recurso de Apelação por eles interposto contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Miranda, em virtude de sua intempestividade.

Defendem a tempestividade recursal, indicando como fundamento o artigo 224, §§2º e 3º, do Código de Processo Civil. Entendem, assim, que a data da disponibilização do decisum a quo teria ocorrido em 19.02.2020, a data de publicação seria 20.02.2020, o primeiro dia da contagem do prazo seria 21.02.2020 e, por conseguinte, o término do prazo estaria configurado em 17.03.2020, data do protocolo do recurso. Nesses termos, requerem o provimento do Recurso, para que seja reconhecida a tempestividade do Recurso de Apelação.

Em Contraminuta (f.14/16), o Agravado rechaça as alegações recursais. Sustenta que a disponibilização da Sentença teria ocorrido em 18.02.2020, de modo que o prazo final teria sido 16.03.2020. Assim, o Apelo seria mesmo intempestivo, de modo que pugna pelo desprovimento do Agravo, com fixação de multa em desfavor dos Recorrentes.

Os Agravantes manifestaram-se a f.18/19, requerendo a aplicação de penalidade por litigância de má-fé ao Recorrido.

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile. (Relator(a))

A despeito dos argumentos esposados pelos Agravantes, não possuem o condão de suplantar os fundamentos lançados no *decisum* objurgado, os quais devem prevalecer.

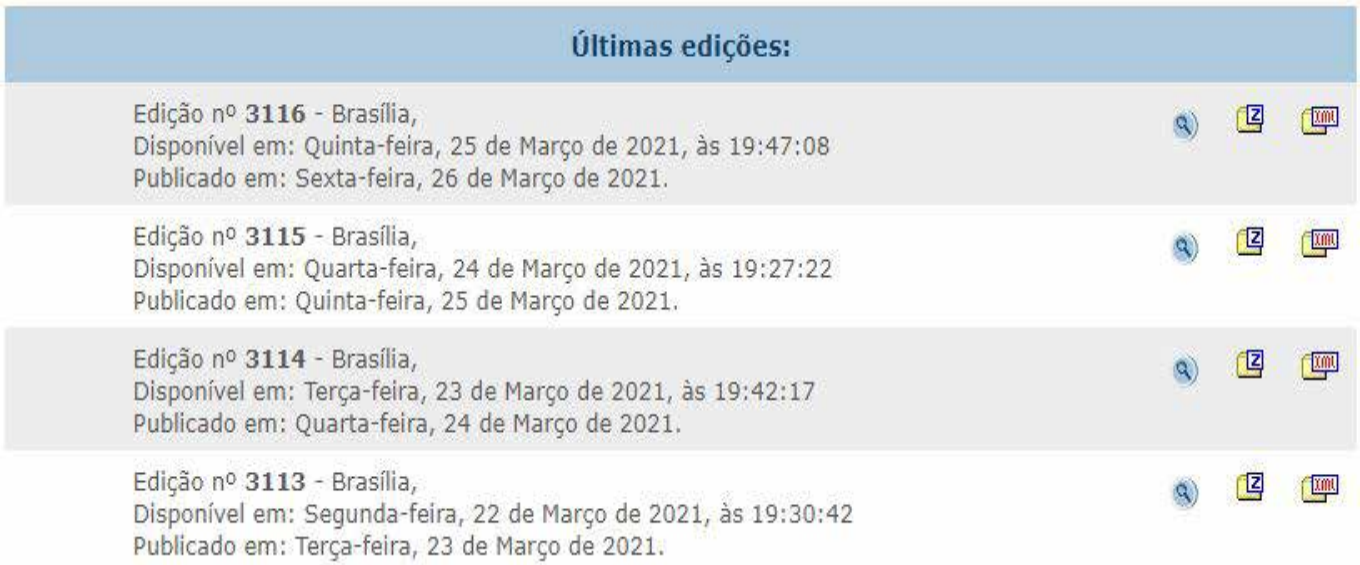
O cerne da questão diz respeito aos dias de disponibilização e de publicação do Diário da Justiça. Muito embora os Recorrentes refiram-se ao dia de publicação como dia de disponibilização, precisamente nesse ponto inicia-se o equívoco na contagem por eles delineada a f.4.

De efeito, é praxe neste Tribunal de Justiça a disponibilização do Diária da Justiça no dia anterior ao de sua publicação. Assim, o DJe publicado em 19.02.2020, em verdade, foi disponibilizado no dia anterior (18.02.2020), de modo que a contagem do prazo iniciou-se efetivamente em 20.02.2020.

Precisamente essa foi a anotação feita na Decisão agravada e bem assim a informação constante da certidão de publicação de f.246, que sequer foi impugnada, na ocasião, pelos Autores. Dessa forma, o término do prazo recursal ocorreu, de fato, em 16.03.2020, restando configurada a intempestividade do Apelo.

Vale ressaltar que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a dinâmica de disponibilização e publicação do Diário da Justiça não é diferente, como se observa dos seguintes *prints* extraídos da respectiva página de internet, o primeiro relativo ao julgado citado na Decisão agravada (f.292) e o segundo relativo às últimas edições do DJe:





Portanto, é evidente que a disponibilização do Diário da Justiça ocorre no final da tarde/início da noite do dia anterior ao da publicação, este que consta do próprio DJe. Os seguintes Julgados deste Tribunal de Justiça confortam o entendimento aqui esposado (destaquei):

AGRAVO INTERNO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO DE APELAÇÃO – INTEMPESTIVIDADE – DISPONIBILIZAÇÃO DO DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO NO DIA ANTERIOR AO DA PUBLICAÇÃO – OBEDIÊNCIA

À CONTAGEM DE PRAZO ESTABELECIDA PELO ART. 224, PARÁGRAFOS DO CPC – RAZÕES DA DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDAS – RECURSO DESPROVIDO. 1 – **Havendo a disponibilização do Diário da Justiça Eletrônico no site do Tribunal de Justiça no dia anterior ao da sua publicação, a contagem de prazo para a interposição de recurso ocorre no primeiro dia útil que se seguiu à publicação, ou seja, no segundo dia útil a contar da disponibilização, portanto, estando correta a contagem de prazo realizada pelo Cartório e que permitiu reconhecer a intempestividade do recurso, conforme já adiantado na decisão monocrática que não conheceu do recurso.** *2 – Recurso desprovido. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM, em sessão permanente e virtual, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator (TJMS. Agravo Interno Cível n. 0802201-58.2020.8.12.0021, Três Lagoas, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 28/01/2021, p: 02/02/2021)*

Agravo Interno – INTEMPESTIVIDADE DE RECURSO DE APELAÇÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS INTEMPESTIVAMENTE NA ORIGEM – NÃO INTERRUPÇÃO DO PRAZO RECURSAL DA APELAÇÃO – NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO MANTIDO – AGRAVO INTERNO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Discute-se no presente recurso a tempestividade de recurso de Apelação. 2. O art. 1.023 prevê que o prazo para interposição do recurso de Embargos de Declaração é de 5 dias. 3. Na espécie, a sentença recorrida foi disponibilizada em 15/01/2020, e a intimação do procurador do apelante ocorreu, via Diário da Justiça, no dia 20/01/2020, tendo-se, assim, como prazo final para a interposição de Embargos de Declaração o dia 27/01/2020; contudo, os aclaratórios no primeiro grau foram interpostos apenas em 28/01/2020, logo, tal recurso é intempestivo, e, nessa condição, não interrompeu o prazo para Apelação, a qual só foi protocolizada em 21/05/2020; sendo, assim, também intempestiva. 4. O início da contagem do prazo processual se dá no primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico – conforme prevê o § 2º, do art. 224, do CPC –, a qual ocorre sempre um dia antes da data da publicação. 5. **Ainda, acerca do disposto no caput, do art. 224, do CPC, no sentido da exclusão do "dia do começo" da contagem do prazo recursal, o dia que não é contabilizado é justamente o dia da publicação, já que o art. 231, inc. VII, do CPC, prevê que se considera dia do começo do prazo "a data de publicação", quando a intimação se der "pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico".** *6. Assim, uma vez publicada a intimação no dia 20/01/2020 – ainda que durante a suspensão dos prazos prevista no art. 220, do CPC – o primeiro dia do prazo para a interposição de recurso será o dia 21/01/2020, primeiro dia útil após o fim da suspensão legal dos prazos cíveis. 7. Agravo Interno conhecido e não provido. (TJMS. Agravo Interno Cível n. 0815618-46.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 11/01/2021, p: 14/01/2021)*

Diante das razões esposadas e do contexto delineado nos autos, tenho que deve restar incólume o *decisum* vergastado. Por fim, não vislumbro intenção escusa de qualquer das partes que justifique, neste momento, a aplicação de penalidade.

Ante o exposto, nego provimento ao presente Agravo Interno.

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. Vilson Bertelli

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. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 30 de março de 2021.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Apelação Cível n.º 0833747-70.2015.8.12.0001 - Campo Grande E/A

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ACESSÓRIOS – AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS- ALEGAÇÃO DE TENTATIVAS INFRUTÍFERAS DE ENTREGA DO MOLHO DE CHAVES- AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUE ATESTE A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES- EVENTUAL ENTREGA PELA VIA PROCEDIMENTAL ADEQUADA – NÃO OCORRÊNCIA – PERÍODO DE CONDENAÇÃO MANTIDO ATÉ ENTREGA DAS CHAVES- SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator..

Campo Grande, 29 de março de 2021

Des. Nélio Stábile

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por A. J. de A. S. em face da sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nestes autos movidos contra L. S. da S., que julgou parcialmente procedente. Extinguiu o feito com resolução ao pedido de despejo dada a perda superveniente do interesse de agir da autor.

Quantos aos demais pedidos: a) declara a resolução da resolução locatícia entre as partes, sem decretação do despejo, eis que o imóvel fora desocupado voluntariamente no curso do feito; b) condena o réu ao pagamento dos aluguéis, taxas condominiais e encargos locatícios contratuais em atraso, a partir de março de 2015 a 04 de julho de 2017, abatidos os valores já quitados pelo réu nesse intervalo, e acrescidos os alugueis de multa moratória de 10% (dez por cento), juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo IGPM contados de cada vencimento, incidindo os juros e o pagamento da porcentagem dos IPTUs devidos nesse mesmo período, desde o eventual pagamento administrativo pelo autor-locador. Em razão da sucumbência recíproca, autor e réu foram condenados ao pagamento da metade das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor da condenação, todavia exigibilidade restou suspensa, em razão do autor, ser beneficiário da justiça gratuita nos termos do art. 98, § 3º do CPC.

O apelante assevera que a sentença deve ser reformada, pois não foram analisadas todas provas trazidas aos autos, assim como a jurisprudência. Argumenta que o juízo *a quo* não considerou o depoimento da testemunha e informante de que o apelante tentou por diversas vezes, entregar as chaves do imóvel à filha

do apelado e, ainda sua procuradora, todavia, sem obter êxito. Aduz ainda, que notificou extrajudicialmente, o apelado de que as chaves estavam a sua disposição, no entanto, este recusou-se em receber. Defende que a condenação ao pagamento dos aluguéis no período de março/2015 a 04/07/2017, ou seja, até a data da audiência, não deve prosperar, mas sim até a data da realização da notificação pelo Cartório do 4º Ofício, a saber, 27/01/2017.

Assevera que os valores devidos a serem pagos são de março de 2015 a 27 de janeiro de 2017, data da notificação, devendo portanto ser descontado o valor já pago de R$ 1.000,00 (um mil reais). Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para reforma da sentença no que refere-se ao período do pagamento dos alugueis atrasados.

Em contrarrazões o apelado, alega ausência de hipossuficiência econômica do apelante. Pugna pela mantença da sentença e improvimento recursal. (fls. 148/152).

O apelante manifestou-se às fls. 163/164 e este relator concedeu os benefícios da Justiça Gratuita e recebeu o recurso somente no efeito devolutivo.

Houve oposição ao julgamento virtual. (fl. 186)

É o relatório.

Inclua-se em pauta para julgamento

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile.

(Relator(a))

Tenho seja o caso de improvimento recursal.

O deslinde dos autos, trata inicialmente de requerimento de despejo, para o caso em tela, resume-se a situação de inadimplência. Aliás, tal requerimento até perdeu o objeto tendo em vista o imóvel ter sido desocupado voluntariamente durante a ação, com consequente imissão na posse pelo Autor. Fato correlato e alegado pela parte apelante é que as provas não foram analisadas corretamente, pois sustenta o apelante que tentou entregar as chaves por diversas vezes ao apelado, mas não conseguiu.

O magistrado entendeu à fl. 134 que:

> *Feitas essas considerações, o período da condenação deve corresponder ao compreendido entre o início da inadimplência (março/2015) até a efetiva entrega das chaves ao locador (julho/2017 – fl. 96), abatidos os valores já quitados pelos réu nesse intervalo, acrescida da atualização monetária, dos juros de mora de 1% e da multa moratória, no percentual de 10%.*

Pois bem. Muito embora, o apelante alegue que por diversas vezes tentou entregar as chaves do imóvel para a procuradora e filha do apelado, não logrou êxito na devolução e ainda que tenha notificado o apelado, com registro em fevereiro de 2016 (fls. 60/61), não conseguiu entregar as chaves. Também argumenta que a testemunha e informante que *"por várias vezes as chaves foram apresentadas ao apelado"*, todavia foram tentativas infrutíferas.

Entendo que razão não lhe assiste. Ante a ausência de recusa justificada a obstar o recebimento das chaves dos imóvel objeto da locação, mostra-se imperiosa a consignação das chaves em juízo para encerrar a relação locatícia, o que restou demonstrado nos autos que não ocorreu.

Dessa feita, não há falar em ausência de análise pelo juízo *a quo*, quando o apelante poderia ter ajuizado demanda específica para consignar a entrega das chaves, e não o fez, restando assim, comprovado sua efetiva entrega, somente na audiência (fl. 96).

Assim, ao deixar de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo dá parte autora, como dispõe o art. 373, II, do Código de Processo Civil e, estando devidamente comprovado nos autos o contrato de locação entabulado pelas partes e a mora no tocante ao pagamento dos aluguéis, deve, o réu responder pelo pagamento dos aluguéis e encargos encontrados até a efetiva entrega das chaves.

Como cediço, para o encerramento de um contrato de locação-momento em que termina a responsabilidade do locatário-, exige-se a efetiva entrega das chaves ou a imissão do locador na posse, com restabelecimento de seu poder de uso e gozo do bem restituído. Outrossim, o ônus de comprovar a data da desocupação do imóvel é do locatário.

No caso, o apelante/ locatário não conseguiu comprovar a entrega das chaves e a data exata da imissão do apelado/locador na posse do imóvel com exatidão, assim deve prevalecer a data da realização da audiência em 04 de julho de 2017, conforme termo de entrega (fl. 96).

Neste sentido, este E. Tribunal de Justiça do MS já decidiu:

> *EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ACESSÓRIOS – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – IMPROCEDENTE – DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO – VENDA DE PONTO COMERCIAL – AUSÊNCIA DE AQUIESCÊNCIA DO LOCADOR PARA REFERIDA VENDA – CONTRATO VERBAL – PRESCINDE PROVAS TESTEMUNHAIS OU DEMAIS PROVAS À EXCEÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL – RESPONSABILIDADE PELA INADIMPLÊNCIA DOS LOCATÁRIOS – AQUIESCÊNCIA TÁCITA COM O VALOR DA DÍVIDA APRESENTADA PELO LOCADOR – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NA CONTESTAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.(TJMS. Apelação Cível n. 0842318-98.2013.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 11/06/2019, p: 17/06/2019)*

Assim, se incontroversa a inadimplência, e havendo demonstração inequívoca do contrato, tem-se que o apelante é responsável pelo fiel cumprimento de todas as cláusulas e obrigações decorrentes do contrato, sobre ela deve recair a obrigação condenatória da sentença.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por A. J. de A. S. e nego-lhe provimento para o fim de manter incólume a sentença tal qual lançada em todos os seus termos e por seus próprios fundamentos.

Condeno o Apelante em honorários recursais no importe de 2% sobre o valor da condenação, cuja exigibilidade fica suspensa em razão de ser beneficiário da justiça gratuita, nos termos do art. 98, § 3º do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Vilson Bertelli

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. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 29 de março de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins
Apelação Cível n.º 0803225-63.2016.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE USUFRUTO VITALÍCIO E CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE CUMULADA COM CANCELAMENTO DE REGISTRO E OBRIGAÇÃO DE FAZER – COMPRA E VENDA DISSIMULADA – ALEGAÇÃO REJEITADA – COMPRA E VENDA COM DOAÇÃO MODAL – CASO CONCRETO. LEGALIDADE – AFRONTA À LEGÍTIMA – AFASTADA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSOS DOS RÉUS ORA APELANTES – PROVIDOS – DECISÃO CONTRA O PARECER.

Reforma-se a sentença, porquanto não há falar em negócio jurídico dissimulado (simulação relativa), quando a efetiva intenção do falecido A. D. V. A. era realizar a compra e venda do imóvel, com doação modal aos seus sobrinhos, tendo sido lavrada escritura pública com expressa menção a este fato, inexistindo óbice legal para tanto.

Estando ausente a demonstração de que a compra e venda com doação modal excedeu o montante de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio de A. D. V. A., à época da liberalidade, afasta-se a alegação de afronta à legítima pertencente ao seu filho.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de abril de 2021.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas, respectivamente, por M. A. D. C. e L. K. A. D. C., o primeiro representado por sua mãe K. V. A. (fls. 381-399); por Espólio de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F. (fls. 414-442); e Recurso Adesivo interposto por T. A. R. A. (fls. 442-447), todos contra a sentença de fls. 351-364, proferida nos autos da Ação Declaratória de Nulidade de Escritura Pública de Compra e Venda com Reserva de Usufruto Vitalício e Cláusulas de Inalienabilidade, Impenhorabilidade e Incomunicabilidade, cumulada com Cancelamento de Registro e Obrigação de Fazer em epígrafe.

Os apelantes M. A. D. C. e L. K. A. D. C. recorrem, alegando, em suma, que:

> *[...] o apelado possui condições para arcar com as custas processuais, motivo pelo qual deverá ser revogado o benefício à justiça gratuita (f. 388).*

A Escritura de Venda e Compra foi lavrada no dia 22 de julho de 2004, quando Novo Código Civil já havia entrado em vigor. Os artigos 166 e 167 do CC tratam da nulidade do negócio jurídico (f. 388).

O caso sub examine não se enquadra em nenhum dos artigos citados, para que possa ser declarada nula a escritura pública de venda e compra (f. 388).

Assim, o prazo para a propositura da ação em questão seria de quatro anos, consoante art. 178, inc. II, do CC, fato que impõe a extinção sem julgamento de mérito (f. 389).

Ad argumentandum, a fundamentação de que não se comprovou a existência de gado ao tempo do negócio, não merece amparo legal, os contratos de arrendamento comprovam a existência do gado, bem como o depoimento da testemunha V., que declara que à época do negócio o pai do autor tinha mais de quinhentas cabeças de gado. Ele afirma que recebia as rendas e negociava compra e venda de gado para ele (f. 392).

O contrato de arrendamento pecuário em anexo, sendo parceiro criador R. A. O. C. e parceiro proprietário o genitor do autos, A. D. V. A., também comprovam a existência de gado, e que foram entregues ao parceiro criador 216 vacas nelores, de três anos acima, com validade de 03 (três) anos, com início em 01/10/2003 e término em 01/10/2006, (fls. 90/93) quando deveria entregar o rebanho com a renda do ano de 2006 (f. 393).

Como consta do contrato, o pai do autor, parceiro proprietário, receberia a renda em bezerros nelores, sem defeitos, com idade mínima de oito meses, equivalente a sete arrobas de boi correspondente a 20% do rebanho entregue. Mediante o contrato, o parceiro criador entregaria 43.2 bezerros/ano, e no vencimento do contrato 216 matrizes mais 43.2 bezerros (f. 393).

Também restou comprovado que recebeu outros bens de herança, 1.176 vacas, 18 novilhas, 20 bois e 96 bezerros, perfazendo o total de R$222.340,00 (duzentos e vinte e dois mil, trezentos e quarenta reais) (fl. 94), como consta do forma de partilha, em setembro de 1996 (f. 393).

Além dos contratos, que comprovam que o pai do autor tinha outros bens, a testemunha V., confirma em seu depoimento que ele tinha vários contratos de gado e que tinha bastante gado à época que foi lavrada a escritura, afirmando que tinha mais de quinhentas cabeças de gado, e que ele é que recebia as rendas do gado anualmente, para o genitor do autor, e também comercializava as rendas (f. 395).

Assim, é inaceitável que não sejam considerados como provas os contratos de arrendamento, o depoimento da testemunha V., sob a simples alegação que o pai do autor não tinha outros bens, se tais contratos não foram impugnados pela parte adversa, não podem ser ignorados como prova, tampouco o depoimento da testemunha V., que prestou compromisso e não foi contraditada (f. 395).

Assim, a r. Decisão, de que os contratos eram fictícios, no sentido de que o rebanho não existia, é apenas uma ilação da ínclita julgadora, divorciada da prova dos autos (f. 395).

A simples decisão de que o pai do autor não tinha outro imóvel que garantisse sua legítima, sem nenhuma prova que corroborasse essa argumentação, não tem amparo fático e legal, mesmo porque para se chegar à essa conclusão, teria que ter sido requerido pela parte uma avaliação do gado e, igualmente, uma perícia de avaliação do imóvel e do gado, para aquilatar o valor dos bens que possuía à época. O juiz há que se ater às prova dos autos, considerando que não houve impugnação da parte adversa (f. 397).

Ao final, "requerem seja acatada a preliminar de decadência, com a extinção sem julgamento de mérito; vencida a preliminar, requerem a reforma da sentença objurgada, com a total improcedência da ação, e que a doação do imóvel seja mantida integralmente a favor dos requeridos, ora apelantes, exatamente como consta na Escritura Pública de Venda e Compra" (f. 399).

O Espólio de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F., por sua vez, recorrem da sentença, alegando, em síntese, que:

> *Ora, pela leitura da própria Escritura Pública de fls. 15/16, se vê que fora anotada no seu conteúdo, que o de cujus A. D. V. A., compareceu perante o Tabelião, e assinou o documento na qualidade de "interveniente-anuente", bem como na qualidade de doador da quantia utilizada para pagamento do imóvel adquirido (f. 418).*
>
> *Logo, a vontade do de cujus na época, era a de doar aos demais réus, o montante utilizado para pagamento do imóvel adquirido, como declarado, por fé pública, pelo Tabelião (f. 418).*
>
> *Tanto que fora anotado no conteúdo da própria matrícula, a partir das informações lançadas na Escritura Pública, que: i) no R8/M. 16.063, que os valores foram "pagos pelo Dr. A. D. V. A."; e, ii) na R. 09/M. 16.063, onde consta o registro do usufruto em favor do de cujus que "na qualidade de doador da importância para pagamento aos outorgantes vendedores para venda do imóvel reservou para si o direito do usufruto vitalício sobre a totalidade do mesmo" (fls. 418-419).*
>
> *Assim, o de cujus fez uma doação de valores aos demais réus, sendo que esses utilizaram o dinheiro para pagamento dos vendedores ora Recorrentes, exigindo-se como condição a instituição de usufruto vitalício em seu favor (f. 419).*
>
> *Nesse contexto, pode-se concluir que, em verdade, o negócio jurídico que deveria ser objeto de anulação, é a doação do dinheiro utilizado pelos demais réus para adquirir o bem, e não da compra e venda, e que não houve qualquer simulação (f. 419).*
>
> *Portanto, o que se torna nula não é a Compra e Venda tida entre os Apelantes e os demais réus, mas a DOAÇÃO operada entre os demais réus e o genitor do apelado (f. 419).*
>
> *Há de se concluir que inexistiu qualquer "simulação", como pretende o Requerente, pois fora dada publicidade da participação do de cujus no negócio, anotando-se tanto na Escritura Pública, quanto na matrícula, a forma e condições que o mesmo participou do negócio (f. 419).*
>
> *Obviamente, se se tratasse de "simulação", as partes teriam ocultado a origem do dinheiro, se limitando a dizer na Escritura que os compradores foram os demais réus, e nada mais (fls. 419-420).*
>
> *Observa-se que na petição inicial, no pedido de condenação sucumbencial, o Requerente o fez apenas com relação aos demais réus, o que implica em ausência de pedido contra os ora Apelantes (f. 420).*
>
> *Portanto, ao decidir a causa, incorreu o juízo a quo em julgamento extra petita, condenando os Apelantes em ônus não pedidos pelo Apelado (f. 420).*
>
> *Além disso, ainda que assim não fosse, não há, no caso, causalidade dada pelos ora Apelantes, ao ajuizamento da demanda, para implica-los nos ônus sucumbenciais (f. 420).*

Requerem, ao final "(...) *seja a presente apelação conhecida e PROVIDA para reformar a sentença, reconhecendo a inexistência de simulação na operação de Compra e Venda entabulada pelos Apelantes, com o julgamento de improcedência do pedido inicial, ou, em caráter sucessivo, seja excluída a condenação dos Recorrentes ao pagamento dos ônus sucumbenciais, tendo em vista a ausência de pedido na inicial e/ou de causalidade*" (fls. 421-422).

T. A. R. A. apresentou contrarrazões aos recursos de apelação (fls. 426-440). Após, às fls. 442-447, interpôs recurso de apelação adesivo, deduzindo, em resumo, que:

No entendimento do Requerente/Recorrente a r. Sentença merece reforma, para que seja decretado a nulidade da escritura de fls. 15-16, em razão da simulação absoluta, sem que subsista o ato dissimulado da doação de 50% aos Recorridos/Requeridos, visto que as prescrições legais aplicáveis ao instituto da doação não foram respeitadas (f. 445).

Vejam, D. Desembargadores, que não deve se aplicar ao caso sub judice a segunda parte do artigo 167 do CC, pois a doção confessada e perpetrada não pode ser considerada válida na substância e na forma quando prejudica terceiro, como prejudicou o Recorrente/Requerente (f. 445).

In casu, a simulação perpetrada é um ato ilícito, de modo que a nulidade deve alcançar não apenas o ato simulado como também o dissimulado que houve, sendo assim, inadmissível a extraversão (f. 445).

Só seria possível a validação do ato dissimulado se não ofendesse a lei nem causasse prejuízo a terceiros, o que não é o caso (f. 445).

O ato simulado e absolutamente nulo, consistiu na compra do imóvel com recursos próprios e registro em nome dos Recorridos M. e L., com cláusulas de usufruto vitalício, inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, com o único intuito de prejudicar a herança do filho ora Recorrente (f. 446).

No caso concreto, validar o negócio dissimulado (doação) beneficiará terceiros (Recorridos), em prejuízo da herança do Recorrente/Requerente (f. 446).

Por derradeiro, não há que ser o negócio jurídico convalidado em doação, visto que as prescrições legais aplicáveis a tal instituto não foram respeitadas, eis que há vedação expressa no artigo 549 do Código Civil, para doação do único bem, como é o caso dos autos, que causou prejuízos ao Recorrente (f. 446).

Por fim, "REQUER seja o presente recurso conhecido e provido, para reformar a r. sentença, decretando a nulidade da escritura de fls. 15-16, em razão da simulação absoluta, sem que subsista o ato dissimulado de doação de 50% em favor dos Recorridos/Requeridos, visto que as prescrições legais aplicáveis ao instituto da doação não foram respeitadas e os atos simulados causaram prejuízos ao Recorrente; mantendo-se os cancelamentos dos registros "R.08" e "R.09", e das averbações "Av.10" e "Av.11", registrando-se integralmente a propriedade do imóvel em de A. D. V. A., sem a existência de doação em favor dos Recorrentes" (f. 447).

O Espólio de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F. apresentaram contrarrazões ao recurso adesivo, por meio da petição de fls. 464-469.

Na sequência, M. A. D. C. e L. K. D. C., apresentaram, de igual forma, contrarrazões ao recurso adesivo (fls. 472-480).

O Ministério Público Estadual, por meio de seu Procurador de Justiça, emitiu parecer às fls. 491-501, opinando, ao final: pelo não conhecimento da prejudicial de mérito arguida no apelo interposto por Espólio de W. A. F. F. e Eliana E. T. da S. N. F. No restante, manifesta-se pelo CONHECIMENTO e DESPROVIMENTO dos Recursos de Apelação e do Recurso Adesivo, mantendo-se a r. sentença, tal como Prolatada (fls. 500-501).

Na decisão de fls. 523-525, o benefício da gratuidade da Justiça restou indeferido ao apelante T. A. R. A., que promoveu o recolhimento do preparo do recuso às fls. 528-530.

Consta nos autos oposição ao Julgamento Virtual às fls. 508, 540, 541 e 542-543.

É o relatório.

VOTO (EM 16/03/2021)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas, respectivamente, por M. A. D. C. e L. K. A. D. C., o primeiro representado por sua mãe K. V. A. (fls. 381-399); por Espólio de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F. (fls. 414-442); e Recurso Adesivo interposto por T. A. R. A. (fls. 442-447), todos contra a sentença de fls. 351-364, proferida nos autos da Ação Declaratória de Nulidade de Escritura Pública de Compra e Venda com Reserva de Usufruto Vitalício e Cláusulas de Inalienabilidade, Impenhorabilidade e Incomunicabilidade, cumulada com Cancelamento de Registro e Obrigação de Fazer em epígrafe.

A sentença atacada, naquilo que interessa ao deslinde da lide, encontra-se vertida nos seguintes termos:

> *[...] conquanto o requerente aufira uma renda mensal líquida na ordem de R$ 4.555,33, conforme documentos acostados às fls. 226/234, percebe-se facilmente que tal renda é absorvida por compromissos mensais assumidos pelo autor, estando comprovado, no presente caso, a hipossuficiência financeira do requerente, apta à concessão da gratuidade processual já concedida (f. 355).*
>
> *É certo que, por vezes, na presença de indícios veementes, eventualmente caracterizados pela profissão ou patrimônio da parte, pelo bem em disputa, etc., é possível indeferir-se ou revogar-se o benefício, contudo, nenhum desses indícios, entrementes, se encontra presente no caso (f. 355).*
>
> *Portanto, rejeito o pedido de fls. 194/196, e mantenho os benefícios da justiça gratuita já concedidos ao requerente (f. 355)*
>
> *Acerca dos pleitos iniciais, cumpre asseverar que para se investigar a nulidade da doação com base no art. 548 do CC, primeiramente, é necessário saber se houve ou não a doação alegada, porque a escritura pública de fls. 15/16 declara a existência de uma compra e venda (f. 355).*
>
> *Nessa dinâmica proposta pelo autor, vê-se que este se põe a afirmar a existência do vício da simulação do negócio de fls. 15/16, cuja escritura, em tese, teria acobertado uma suposta doação inoficiosa que contemplou a integralidade do patrimônio do genitor do ora requerente, seu único herdeiro (f. 355).*
>
> *Considerando tais premissas, no caso dos autos, finda a instrução processual, restou sobejadamente demonstrada a ocorrência da simulação sustentada da inicial (fls. 355-356).*
>
> *Com efeito, preliminarmente, não há como ignorar que o fato do genitor do autor ter "doado os valores" para quitação do negócio, em favor dos requeridos M. e L., supostos adquirentes, é um elemento que, de plano, já coloca em dúvida a real intenção da escritura pública em discussão (f. 356).*
>
> *Importante registrar que na própria defesa apresentada pelos corréus M. e L., os próprios contestantes textualmente defendendo a legalidade do negócio jurídico em discussão, acabam por admitir a real intenção do referido negócio nos seguintes termos: "(...)que a afirmação de que em conluio com seu genitora simularam um negócio jurídico e lavraram a escritura pública com a finalidade de "passar o requerente para trás", é tese teratológica, mesmo porque não havia nenhuma razão para que isso ocorresse; que, na verdade, seu genitor por vontade própria e em razão de afeto e convivência que nutria pelos sobrinhos, assim procedeu; que ele era plenamente capaz, sem nenhum impedimento para dispor de seus bens(...)"(fls.71) (f. 356).*
>
> *Vê-se, portanto, que os próprios réus admitem que o imóvel era de propriedade do pai do genitor e, ainda, que assim este procedeu, em face do afeto e convivência que nutria pelos sobrinhos, circunstâncias que, por si só, já demonstram a real intenção do negócio, no sentido*

de transferir aos referidos réus, de forma gratuita, patrimônio de propriedade do genitor do requerente (f. 356).

Ainda que não fosse suficiente, a prova testemunhal produzida em Juízo confirma de forma robusta que o negócio em discussão, foi realizado para dissimular a real intenção do genitor do requerente, que era de doar o referido bem aos requeridos M. e L. (f. 356).

[...] nota-se que as testemunhas relataram que o requerido W., então proprietário/vendedor do imóvel em questão, também conhecido pela alcunha de "M.", tinha negócios com o Sr. A., pai do requerente, também conhecido por "T.", bem como, que o imóvel em questão foi transacionado por meio da escritura em discussão, com a finalidade de pagamento dessas pendências financeiras que haviam em favor do genitor do autor, Sr. A. (f. 359).

Logo, tal elemento demonstra a participação efetiva dos requeridos W. e E. na simulação alegada, já que, se o imóvel estaria sendo dado em pagamento ao Sr. A., não poderiam eles figurarem como "vendedores" na escritura de compra e venda em favor de supostos "adquirentes" que não participavam desta relação, no caso os requeridos M. e L. (f. 359).

Assim, vê-se claramente que o imóvel, então, em verdade, estava sendo transferido ao patrimônio do genitor do autor, o qual, por sua vez, por mera liberalidade, decidiu fazer a doação em favor dos seus sobrinhos, ora requeridos M. e L., em razão do afeto que nutria por estes, entretanto, dissimulando tal intenção com a realização do negócio na forma de compra e venda (f. 359).

Ainda, consoante depoimentos supra, há relatos de que por ocasião do negócio em discussão o Sr. A., genitor do requerente, tinha conhecimento da existência deste, entretanto, o ignorava, bem como, que ele falava que queria "doar" o imóvel aos seus sobrinhos, para não deixá-lo para o seu filho (f. 360).

Diante desses robustos elementos, é fato que a escritura pública de compra e venda que o autor pretende anular, foi efetivada com vício da simulação, com o objeto de dissimular a real intenção do genitor do requerente, que era doar um imóvel de sua propriedade aos seus sobrinhos, ora requeridos M. e L., circunstância que se encaixilha nas hipóteses dos incisos I e II do art. 167 do CC (f. 360).

No entanto, o caso é de simulação relativa, cuja verificação não gera a nulidade do ato, pois, segundo o artigo 167 do Código Civil, "é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma" (f. 360).

No caso, como demonstrado, o negócio jurídico em discussão tem natureza jurídica de doação, de forma que o respectivo regime jurídico, notadamente quanto às nulidades, deve observar esta espécie típica de contrato (f. 360).

Portanto, estabelecida a pactuação da doação, o requerente afirma a ocorrência de doação inoficiosa, pois o ato de liberalidade de seu genitor teria excedido o valor da legítima (f. 360).

[...] conquanto seja incontroverso nos autos, quer pela prova documental, quer pela testemunhal, que o genitor do requerente seria proprietário de gado que era dado em arrendamento, inclusive com contratos ativos por ocasião da data em que houve a doação, fato é que, pela própria natureza de tais bens (gado) e do contrato (arrendamento), não há como aquilatar tais bens na mesma proporção de um imóvel (f. 361).

Ora, é certo que os contratos de arrendamento não possuem um liquidez imediata, tratando-se de uma "perspectiva" que pode ou não se realizar, quer por questões de risco do próprio negócio, quer pela própria incerteza de adimplemento por parte dos contratantes (f. 361).

Há, portanto, flagrante desproporção entre a certeza do bem que foi disposto integralmente em favor dos requeridos M. e L., com aqueles supostos outros bens que, em tese, existiam ao tempo do negócio (gado) (f. 361).

Aliás, convém registrar que sequer restou comprovada a efetiva existência de gado ao tempo do negócio, havendo apenas demonstrado nos autos a existência de contratos de arrendamento (f. 361).

Importante asseverar, ainda, que é incontroverso nos autos que por ocasião do negócio em discussão, o genitor do requerente não possuía nenhum outro imóvel, a fim de que se entendesse que, na mesma proporção da doação, a legítima do requerente estivesse garantida (f. 361).

Assim, diante de tais evidencias, concluo que em relação à escritura pública de fls. 15/16, houve manifesta doação inoficiosa em prejuízo do requerente, herdeiro necessário do doador, no equivalente a quota parte indisponível do bem, ou seja, 50%, que deverá ser revertida em favor do Espólio do genitor do requerente, que ora é pessoa falecida, cuja sucessão deverá ser pleiteada por este na via autônoma pertinente (fls. 361-362).

Irresignados, os apelantes M. A. D. C. e L. K. A. D. Custódio requerem "seja acatada a preliminar de decadência, com a extinção sem julgamento de mérito; vencida a preliminar, requerem a reforma da sentença objurgada, com a total improcedência da ação, e que a doação do imóvel seja mantida integralmente a favor dos requeridos, ora apelantes, exatamente como consta na Escritura Pública de Venda e Compra" (f. 399).

Já o Espólio de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F., pugnaram, em suma, no sentido de que: "seja a presente apelação conhecida e PROVIDA para reformar a sentença, reconhecendo a inexistência de simulação na operação de Compra e Venda entabulada pelos Apelantes, com o julgamento de improcedência do pedido inicial, ou, em caráter sucessivo, seja excluída a condenação dos Recorrentes ao pagamento dos ônus sucumbenciais, tendo em vista a ausência de pedido na inicial e/ou de causalidade" (fls. 421-422).

T. A. R. A., em sede de recurso adesivo, requereu: "seja o presente recurso conhecido e provido, para reformar a r. sentença, decretando a nulidade da escritura de fls. 15-16, em razão da simulação absoluta, sem que subsista o ato dissimulado de doação de 50% em favor dos Recorridos/Requeridos, visto que as prescrições legais aplicáveis ao instituto da doação não foram respeitadas e os atos simulados causaram prejuízos ao Recorrente; mantendo-se os cancelamentos dos registros "R.08" e "R.09", e das averbações "Av.10" e "Av.11", registrando-se integralmente a propriedade do imóvel em de A. D. V. A., sem a existência de doação em favor dos Recorrentes" (f. 447).

Pois bem.

Antes da análise do mérito propriamente, importante o exame das questões prejudiciais, tais como a tese de revogação da gratuidade da justiça ao autor, ora apelante T. A. R. A, e a ocorrência da decadência alegada pelos recorrentes M. A. D. C. e L. K. A. D. C.

Dito isso, destaco de pronto que não há falar em nova análise da questão afeta à **gratuidade da justiça** concedida ao apelante T. A. R. A.

Dos autos, infere-se da decisão de fls. 523-525, da lavra do Juiz Convocado atuando em segundo grau, **Luiz Antônio Cavassa de Almeida,** ter ocorrido o **indeferimento** do referido benefício, determinando-se ao apelante T. o recolhimento do preparo do recurso, de forma que, por meio da petição de f. 527, acrescidos dos documentos de fls. 528-530, a taxa judiciária foi recolhida.

Nesse aspecto, abro parênteses para destacar que o autor, além do preparo recursal, deve proceder ao recolhimento das custas iniciais do processo, consectário lógico do indeferimento do benefício da gratuidade da justiça. Entretanto, para que inocorra qualquer prejuízo ao julgamento dos recursos nesta ocasião, a

verificação e acompanhamento do recolhimento das custas iniciais, após este julgamento, ficará a cargo do juízo singular quando do retorno dos autos ao primeiro grau. Nesse sentido:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR DESERÇÃO AFASTADA –* **JUSTIÇA GRATUITA REVOGADA EM SEGUNDO GRAU – PREPARO RECOLHIDO – DESNECESSIDADE DE PROVA DO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS INICIAIS, CUJA PROVIDÊNCIA FICA A CARGO DO JUÍZO SINGULAR** *– MÉRITO – (...) RECURSO PROVIDO.* **Com a revogação da gratuidade da justiça em segundo grau, a recorrente é intimada para recolher o preparo do recurso, sendo de responsabilidade do juízo a quo determinar o recolhimento das custas sob pena de cancelamento da distribuição do processo** *(art. 101, § 1º e art. 290, ambos do CPC) (...)*[1] **(Grifei)**

Assim, deverá o autor, ora recorrente, T. A. R. A, quando do retorno dos autos ao juízo *a quo*, providenciar o recolhimento das custas iniciais do processo, sob as penas da lei e eventual inclusão do débito em dívida ativa. Também, como visto, não há necessidade de nova análise a respeito do pedido de gratuidade da justiça formulado pelo apelante Thiago, eis que indeferido às fls. 523-525.

No que se refere à aventada **decadência**, tenho que também a prejudicial não comporta qualquer análise no presente momento processual.

Com efeito, denota-se ter sido proferida decisão saneadora às fls. 154-155, sendo que, naquela ocasião, restou decidido o seguinte:

Com efeito, conforme fundamentos da inicial, a parte autora pretende o decreto de nulidade de negócio jurídico, supostamente realizado com simulação.

Como cediço, a simulação é vício que nulifica o negócio. Assim, tratando-se de negócio nulo, **não há falar em decadência,** sendo certo que, se houve ou não simulação, isso é questão que será avaliada no mérito, circunstância que conduzirá a procedência ou improcedência dos pedidos iniciais. **(Grifei)**

Destarte, a alegada decadência formulada pelos recorrentes M. A. D. C. e L. K. A. D. C. foi afastada por meio do *decisum* acima mencionado, sendo que, ao depois, não foi objeto de qualquer recurso pelas partes.

Neste particular, anoto que o instituto da decadência refere-se ao mérito da lide, tratando-se, pois, de defesa indireta do mérito, razão pela qual a decisão saneadora proferida nos autos, neste aspecto, desafiava agravo de instrumento, recurso este não interposto no prazo legal.

Consequentemente, operou-se a preclusão consumativa em relação à decadência, tendo em vista que a tese já havia sido, como demonstrado, objeto de análise na decisão de fls. 154-155, restando, como visto, ali rechaçada. Sobre o tema, destaco caso semelhante julgado sob minha relatoria:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS. (...) MATÉRIAS APRECIADAS EM AUDIÊNCIA SEM INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REANÁLISE. (...) SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS. (...)* **Tendo a alegação de prescrição/ decadência e falta de interesse de agir sido afastadas em decisão proferida em audiência, contra qual não houve recurso**, *a parte não pode promover nova discussão sobre a questão.* **Opera-se**, *nos termos do art. 473 do CPC,* **a preclusão consumativa** *quanto à discussão de questões já decididas no processo, porquanto submetidas pela estabilidade jurídica do provimento jurisdicional anterior, independentemente de se tratar de matéria de ordem pública.(...)*[2]

1 **TJMS** - AI: 14091569020188120000 MS 1409156-90.2018.8.12.0000, Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Data de Julgamento: 12/03/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 14/03/2019

2 **TJMS**. Apelação Cível n. 0800845-60.2014.8.12.0046, Chapadão do Sul, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 05/07/2016, p: 12/07/2016

Portanto, deixo de conhecer da matéria relacionada à decadência, eis que sobre a referida tese operou-se a preclusão consumativa, porquanto, como visto, já fora afastada a referida prejudicial na decisão de fls. 154-155.

Passo a analisar o mérito dos recursos interpostos pelas partes.

No caso, da leitura atenta dos autos e da sentença combatida, verifico a existência de fundamentos que em muito impõem a modificação da conclusão a que chegou a magistrada de origem, juíza **Emirene Moreira de Souza Alves.**

Dou, portanto, provimento aos recursos de apelação interpostos por M. A. D. C. e L. K. A. D. C.; e Espólio de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F.

Inicialmente, destaco que o ponto nodal da lide repousa em saber se, sobre a a Escritura Pública de Compra e Venda com Reserva de Usufruto Vitalício com Cláusulas de Inalienabilidade, Impenhorabilidade e Incomunicabilidade, lavrada em 22.7.2004, no Livro 64, f. 114, verso, 115 e verso, no 4º Serviço Notarial e Registral de Títulos e Documentos a Comarca de Três Lagoas, deve recair declaração de nulidade absoluta, de forma que os registros R.08/M.16.063 e R.09/M.16.063, averbações AV.10/M.16.063 e AV.11/M.16.063, da matrícula nº. 16.063 do CRI de Três Lagoas – MS, sejam, consequentemente, cancelados.

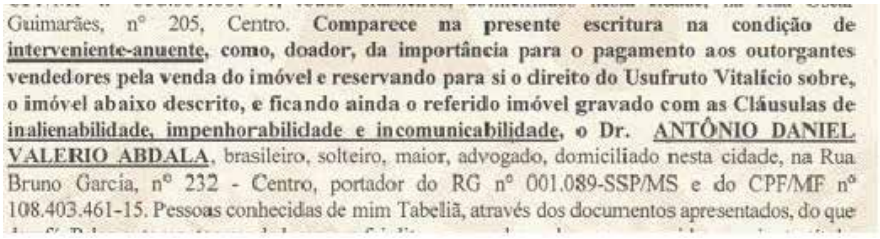
Da petição inicial, denota-se que o autor, T. A. R. A., narra ser filho único de Antônio D. V. A., e que seu pai teria simulado compra e venda do imóvel acima descrito, com as pessoas de W. A. F. F (Espólio) e E. T. da S. N. F., com recursos próprios, objetivando beneficiar seus sobrinhos M. A. D. C. e L. K. A. D. C.. Sustenta que, ao tempo da sucessão, seu pai não possuía qualquer bem, razão pela qual a compra e venda lhe prejudicou, tratando-se, na verdade, de doação.

Conforme anteriormente ressaltado, o juízo singular entendeu existirem fundamentos suficientes para declaração de nulidade da escritura pública, unicamente em relação à 50% do imóvel, determinando que a outra metade permaneça sob responsabilidade do Espólio de A. D. V. A., preservando-se, em tese, 50% da doação para os sobrinhos do falecido, sendo estes M. e L.

Especificadas tais premissas, no entanto, entendo que a conclusão da magistrada *a quo* não se revela a mais adequada ao caso concreto.

De plano, ao contrário do que se sustenta, o ato realizado por A. D. V. A., e ora questionado, revela-se, efetivamente, uma **compra e venda com doação modal**[3].

Não houve, absolutamente, na ocasião da lavratura da Escritura Pública de Compra e Venda (fls. 15-16), nenhuma intenção de enganar quem quer seja, com a alegada tergiversação da compra e venda ora analisada. Ao contrário, a intenção, à época ficou clara, ou seja, tratou-se de compra e venda com doação do imóvel por A. D. V. A. aos seus sobrinhos M. A. e L. K. A., tanto é que existe expressa menção ao fato de A. D. V. A. figurou como "interveniente-anuente, doador". Veja-se:


Guimarães, nº 205, Centro. **Comparece na presente escritura na condição de interveniente-anuente, como, doador, da importância para o pagamento aos outorgantes vendedores pela venda do imóvel e reservando para si o direito do Usufruto Vitalício sobre, o imóvel abaixo descrito, e ficando ainda o referido imóvel gravado com as Cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, o Dr. ANTÔNIO DANIEL VALERIO ABDALA**, brasileiro, solteiro, maior, advogado, domiciliado nesta cidade, na Rua Bruno Garcia, nº 232 - Centro, portador do RG nº 001.089-SSP/MS e do CPF/MF nº 108.403.461-15. Pessoas conhecidas de mim Tabeliã, através dos documentos apresentados, do que

Importante destacar, nesse aspecto, o conceito da compra e venda com doação modal, extraída da coleção de cadernos do IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, coordenado por Maria do Carmo de Rezende Campos Couto:

3 Aquela que uma pessoa doa recursos para que outra pessoa compre um determinado bem.

> **A compra e venda na qual o comprador adquire o imóvel mediante doação do dinheiro feita a ele por terceira pessoa denomina-se doação modal.** *O doador faz a doação do dinheiro impondo ao donatário um encargo (modus) de adquirir um imóvel.* **Na verdade, há dois negócios jurídicos, uma doação acoplada a uma compra e venda.** *Esse tipo de transação tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Aceita-se, inclusive, que o doador do dinheiro grave o imóvel com usufruto a seu favor ou à terceira pessoa e, até, imponha as cláusulas restritivas (inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade). Nessa hipótese,* **o doador deve comparecer na escritura como anuente, fazendo a doação do numerário destinado à aquisição e impondo as cláusulas, se for o caso. A compra e venda com doação do numerário para aquisição (doação modal) pode ser aceita para fins de registro**.[4]

No mesmo sentido, eis a lição de Eduardo Arruda Schroeder sobre o tema em comento:

> *(...)* **consiste na aquisição de um determinado imóvel em que o numerário utilizado no pagamento do preço é doado quase sempre pelos pais ou avós do adquirente donatário, sendo que, para concretização da vontade do doador ou doadores, necessária se torna a celebração de um único instrumento público (compra e venda acoplada com doação)**. *O negócio é celebrado entre outorgantes vendedores e outorgado comprador (donatário do dinheiro), figurando o doador ou doadores da pecúnia como 'interveniente (s) anuente (s) doador (es)' que pode (m) impor a seu favor a constituição do usufruto, bem como, gravá-lo com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. (...) Assim sendo, com o intuito de preservar a vontade das partes, é possível que o pai adquira o imóvel de terceira pessoa (vendedor) e, ato contínuo, no mesmo instrumento em que foi lavrada a compra e venda, este pai, denominado então 'outorgado comprador/doador', transfira o imóvel ora adquirido por doação em favor do filho 'donatário', reservando, se for o caso, o direito ao usufruto e gravando o mesmo com as cláusulas, tudo num único instrumento.* **(...)** *Estar-se-ia, desta forma, dando fiel cumprimento à vontade das partes e à legislação civil e tributária vigentes.*[5]

No caso em apreço, A. A., por meio de Escritura Pública, e sem a utilização de qualquer subterfúgio, realizou, no mesmo ato, a compra e venda do imóvel e a doação para seus sobrinhos, havendo, inclusive, menção expressa acerca deste fato, conforme acima exposto.

Na ocasião, gravou o imóvel com usufruto vitalício e cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Note-se que A. A qualifica-se no referido instrumento como advogado, o que, presume-se, faz com que se possa crer que tinha inteira convicção daquilo que fazia.

Foram observadas, ainda, as normas contidas nos artigos 108 e 541, ambos do Código Civil, referentes à necessidade da lavratura da escritura pública. Veja-se:

> *Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à* **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**, *transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País*

> *Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.*

Assim, considerando que a escritura de compra e venda (fls. 15-16) é pública, bem como nela há clara e inequívoca menção ao fato de que A. D. V. A. figurou como "interveniente-anuente, doador" (f. 15), gravando o imóvel com cláusulas específicas, inclusive usufruto vitalício, não há falar em ato simulado.

---

4 COUTO, Maria do Carmo de Rezende Campos. Compra e Venda. Volume 1. Coordenação Francisco José Rezende dos Santos. São Paulo : Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, pág. 31

5 SCHOEDER, Eduardo Arruda. Escritura Pública de compra e venda, doação, reserva de usufruto, instituição de cláusulas e outras avenças. Disponível em http://www.carlostrigueiro.com.br/legislacao/escritura-publicade-compraevenda-doacao-reserva-de-usufruto-instituicao-de-clausulaseoutrasavencas/.

Noutras palavras, jamais A. D. V. A possuiu qualquer intenção de esconder a compra e venda do imóvel ao doá-lo aos seus sobrinhos. Fosse assim, a compra e venda seria realizada por terceira pessoa, podendo esta ser sua irmã, mãe de seus sobrinhos M. e L.; sua própria mãe, ou qualquer parente ou pessoa próxima, na medida que nunca constaria seu nome em documento algum.

Repito, o fato de ter sido lavrada escritura pública, observando-se as formalidades legais próprias à espécie, afasta qualquer alegação de simulação do negócio e consequentemente eventual nulidade.

Neste aspecto particular, resgato o escólio de Caio Mário da Silva em relação ao instituto da simulação, diferenciando as espécies em absoluta e relativa, citando, inclusive, hipótese de dissimulação. Veja-se:

> *Pode a simulação ser absoluta ou relativa.* **Será absoluta** *quando o negócio encerra confissão, declaração, condição ou cláusula não verdadeira, realizando-se para não ter qualquer eficácia. Diz-se aqui absoluta, porque há uma declaração de vontade que se destina a não produzir resultado. O agente aparentemente quer, mas na realidade não quer; a declaração de vontade deveria produzir um resultado, mas o agente não pretende resultado algum.* ***A*** **simulação se diz relativa**, *também chamada* **dissimulação**, **quando o negócio tem por objeto encobrir outro de natureza diversa (e. g., uma compra e venda para dissimular uma doação)** *, ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem (e. g., a venda realizada a um terceiro para que este transmita a coisa a um descendente do alienante, a quem este, na verdade, tencionava desde logo transferi-la). E é relativa em tais hipóteses, porque à declaração de vontade deve seguir-se um resultado, efetivamente querido pelo agente, porém diferente do que é resultado normal do negócio jurídico. O agente faz a emissão de vontade, e quer que produza efeitos; mas é uma declaração enganosa, porque a consequência jurídica em mira é diversa daquela que seria a regularmente consequente ao ato. [...]* **Na dogmática do Código de 2002, somente é nulo o negócio jurídico em sendo absoluta a simulação. Se for relativa subsiste o negócio jurídico que se dissimulou** *, salva se este padecer de outro defeito, na forma ou na própria substância (art. 167, caput).*[6]

Destarte, a dissimulação nada mais é do que a simulação relativa, em que o negócio possui aparência legítima, mas, na verdade, esconde outro ato de real intenção do agente, que objetiva o resultado almejado. Foi, justamente, o que entendeu a magistrada singular no caso em comento, equivocando-se contudo em sua conclusão. Confira-se a fundamentação de f. 360:

> *Diante desses robustos elementos, é fato que a escritura pública de compra e venda que o autor pretende anular,* **foi efetivada com vício da simulação**, *com o objeto de* **dissimular a real intenção do genitor do requerente**, *que era doar um imóvel de sua propriedade aos seus sobrinhos, ora requeridos M. e L., circunstância que se encaixilha nas hipóteses dos incisos I e II do art. 167 do CC (Grifei).*

No entanto, conforme suficientemente acima exposto, A. D. V. A nunca objetivou simular ou esconder negócio algum. Com efeito, realizou compra e venda com doação modal aos seus sobrinhos, por meio de escritura pública, fazendo lavrar cláusula expressa contendo sua qualificação como "interveniente-anuente, doador".

As testemunhas, inclusive, confirmaram que a efetiva intenção de A. D. V. A era doar o imóvel aos seus sobrinhos, o que foi legalmente realizado. Destaco:

> *A testemunha* **S. C. C.**, *devidamente compromissada, relatou "(...)* **que em relação ao imóvel desta lide ele falou que iria doar para os seus sobrinhos, porque não tinha ninguém para doar; (...)** **que ele sabia da existência do filho, mas o ignorava, falava que não ia deixar nada para o menino;** *(...) . (grifei)*

6 **PEREIRA**, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. 26ª ed. rev. e atualizada por Maria Celina Bodin de Morais. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2013, p. 533

> *A testemunha* **M. do C. T.**, *devidamente compromissada, informou "(...)* **que ele chegou a falar para a depoente que ele tinha doado este imóvel para os sobrinhos dele para não deixar o imóvel para o filho;** *(...). (grifei)*
>
> *A testemunha* **J. B. M.,** *devidamente compromissada, relatou "***que o Dr. A. A. queria que deixasse este terreno para o M. e a outra sobrinha; que sabe que ele queria deixar esse imóvel para o "M." porque ele criou***; (....)". (grifei)**
>
> *Por fim, a testemunha* **M. G. B. da S.**, *devidamente compromissada, informou "que trabalhou na casa da Dona M. e do Sr. T.; que ficou sabendo que o Sr. A. tinha um filho;* **que o Sr. A. falava que ele ia colocar uma casa no nome dos sobrinhos**; *(....)". (grifei)*

Pública e notória, portanto, a real intenção do falecido A. D. V. A, que nunca escondeu, tanto das testemunhas, quanto do registro público, através de ato consubstanciado na formalização da escritura pública, a doação do imóvel objeto da matrícula imobiliária n.º 16.063 do CRI de Três Lagoas/MS (fls. 11-13).

Ausente, por esta razão, quaisquer das hipóteses dos incisos I e II, do § 1º, do artigo 167, do Código Civil[7], considerando que, no caso, não há transmissão de direitos para pessoas diversas das quais realmente o ato se destina, bem como também ausente qualquer declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira.

Por tais razões, ao contrário do alegado por T. A. R. A., filho de A. D. V. A, não há falar em simulação de doação.

Perfectibilizado e legal, portanto, o ato de compra e venda com doação modal do imóvel, não havendo se falar em simulação, cabe analisar, tão só, se, houve afronta ao disposto nos artigos 549 e 1.846, do Código Civil, decorrente da expressa manifestação de vontade de A. D. V. A

O artigo acima mencionado estabelece que:

> *Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito,* **a metade dos bens da herança, constituindo a legítima**. *(Grifei)*

Consectário lógico da norma ora citada aplicada ao caso em análise, tem-se que o doador não pode dispor (doar), mais da metade de seus bens (50%), sem que seja resguardada a legítima de seu herdeiro necessário (filho). Trata-se, pois, do instituto da **doação inoficiosa**, presente no artigo 549, do Código Civil, que expressa:

> *Art. 549.* ***Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador,*** *no* ***momento da liberalidade,*** *poderia dispor em testamento.*

Sobre o tema, transcrevo a lição de Flávio Tartuce em artigo publicado no IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Confira-se:

> De acordo com o art. 549 do Código Civil, **é nula a doação quanto à parte que exceder o limite de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.** Essa liberalidade, que prejudica a legítima ou reserva, quota dos herdeiros necessários, é denominada desde tempos remotos de **doação inoficiosa.**[8]

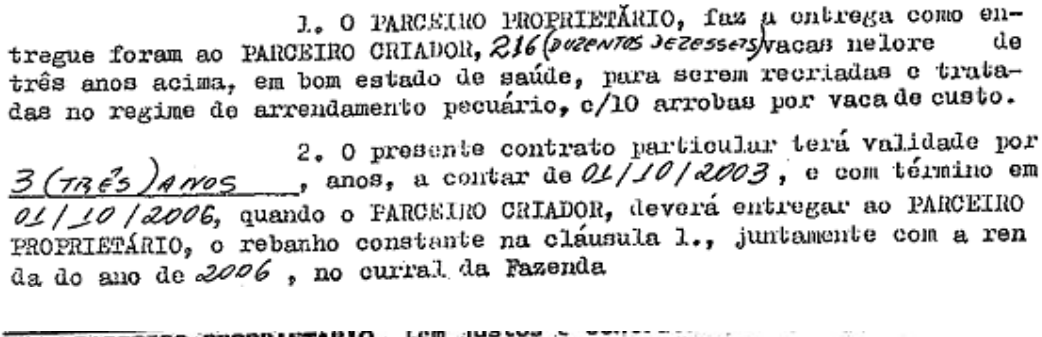
Alega T. A. R. A. que a doação do imóvel multimencionado alcançou sua legítima, ou seja, mais da metade dos bens de seu pai Antônio Daniel Valério Abdala, devendo ser nulificada.

---

7 Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.
§ 1 º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

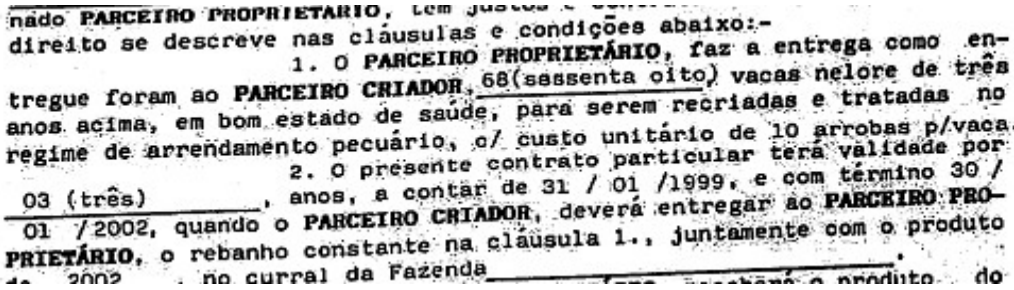
8 TARTUCE, Flávio. Doação Inoficiosa e o prazo para redução. Acesso em: https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1570/. Aos 12.3.2021 às 15:15h

Contudo, no momento da liberalidade e disposição do bem imóvel, consubstanciada pela formalização da escritura pública de compra e venda com doação modal, realizada aos 22.7.2004 (f. 15), não há nenhuma prova nos autos capaz de indicar, com absoluta certeza e clareza, ter havido afronta à legitima pertencente ao herdeiro necessário T. A. R. A., isso porque os documentos de fls. 90-93, demonstram uma movimentação de bens significativa, bens estes pertencentes a A. D. V. A., à época da indigitada compra e venda do imóvel com doação. Destaco:



1. O PARCEIRO PROPRIETÁRIO, faz a entrega como entregue foram ao PARCEIRO CRIADOR, 216 (DUZENTOS DEZESSEIS) vacas nelore de três anos acima, em bom estado de saúde, para serem recriadas e tratadas no regime de arrendamento pecuário, c/10 arrobas por vaca de custo.

2. O presente contrato particular terá validade por 3 (TRÊS) ANOS, anos, a contar de 01/10/2003, e com término em 01/10/2006, quando o PARCEIRO CRIADOR, deverá entregar ao PARCEIRO PROPRIETÁRIO, o rebanho constante na cláusula 1., juntamente com a renda do ano de 2006, no curral da Fazenda



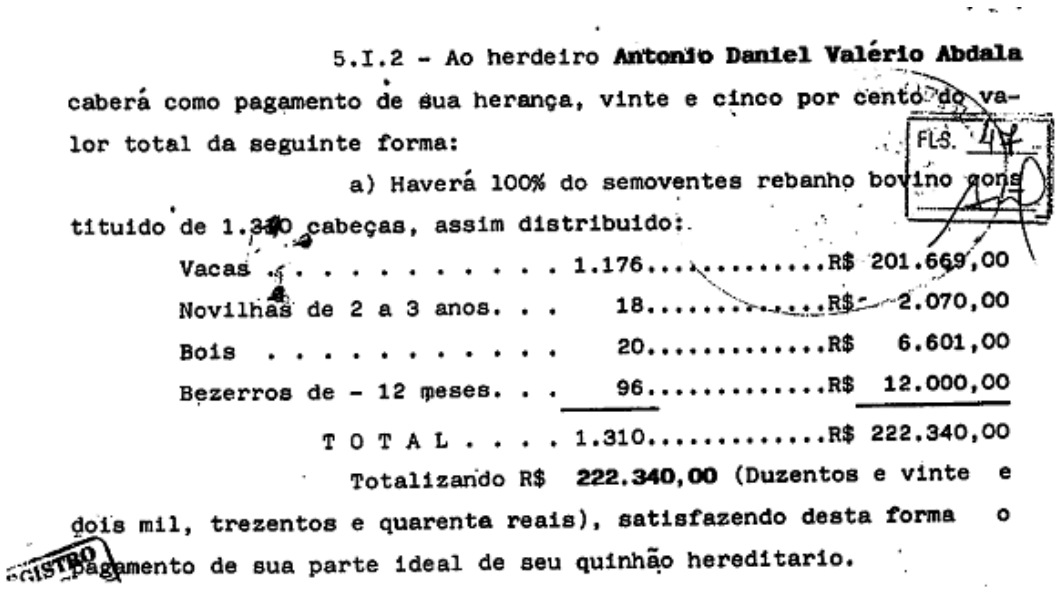
nado **PARCEIRO PROPRIETARIO**, tem justos e
direito se descreve nas cláusulas e condições abaixo:-

1. O **PARCEIRO PROPRIETÁRIO**, faz a entrega como entregue foram ao **PARCEIRO CRIADOR**, 68(sessenta oito) vacas nelore de três anos acima, em bom estado de saúde, para serem recriadas e tratadas no regime de arrendamento pecuário, c/ custo unitário de 10 arrobas p/vaca.

2. O presente contrato particular terá validade por 03 (três), anos, a contar de 31 / 01 /1999, e com término 30 / 01 /2002, quando o **PARCEIRO CRIADOR**, deverá entregar ao **PARCEIRO PROPRIETÁRIO**, o rebanho constante na cláusula 1., juntamente com o produto

2002 no curral da Fazenda do produto do

Outrossim, os documentos de f. 93 e 225 indicam o recebimento de herança por Antônio Daniel Valério Abdala, no importe de R$ 222.340,00 (duzentos e vinte e dois mil trezentos e quarenta reais), referente ao seu quinhão hereditário decorrente da morte de seu pai, Pedro Abdala, sendo a divisão dos bens homologada no ano de 1996:



5.I.2 - Ao herdeiro **Antonio Daniel Valério Abdala** caberá como pagamento de sua herança, vinte e cinco por cento do valor total da seguinte forma:

FLS. 47

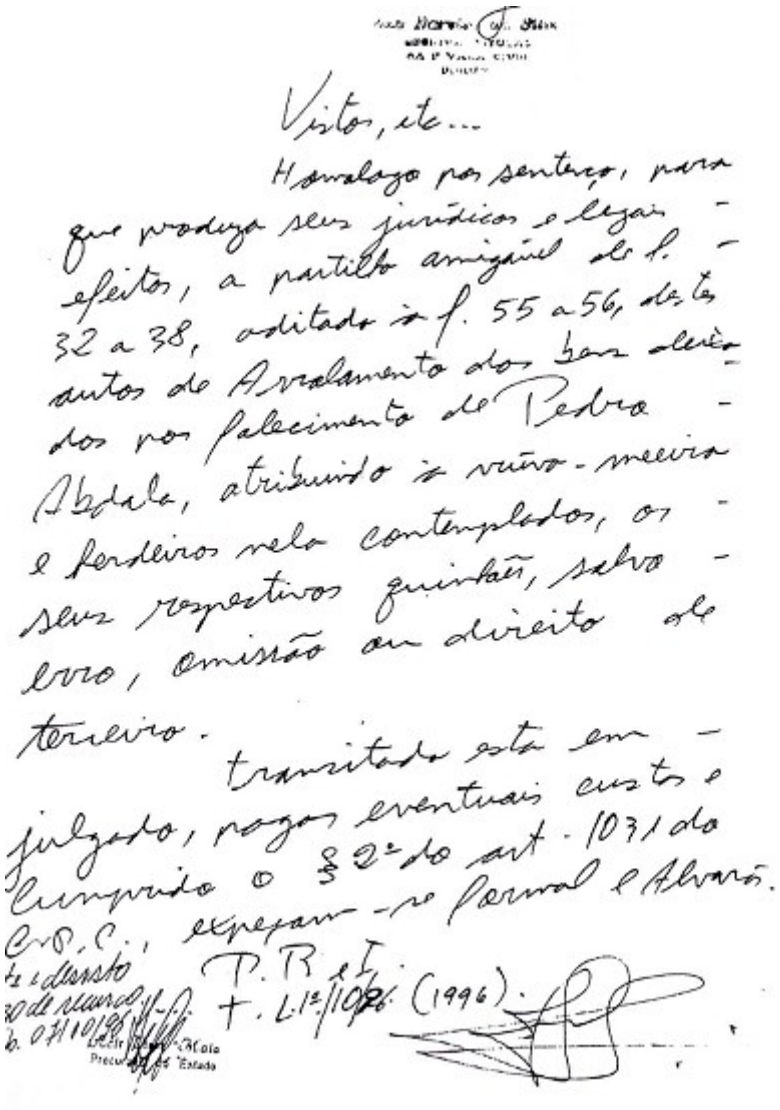
a) Haverá 100% do semoventes rebanho bovino constituido de 1.310 cabeças, assim distribuido:

Vacas	1.176	R$	201.669,00
Novilhas de 2 a 3 anos. . .	18	R$	2.070,00
Bois	20	R$	6.601,00
Bezerros de - 12 meses. . .	96	R$	12.000,00
T O T A L	1.310	R$	222.340,00

Totalizando R$ **222.340,00** (Duzentos e vinte e dois mil, trezentos e quarenta reais), satisfazendo desta forma o pagamento de sua parte ideal de seu quinhão hereditario.

REGISTRO

F. 93 e 225



Vistos, etc...

Homologo por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, a partilha amigável de f. 32 a 38, aditada à f. 55 a 56, destes autos de Arrolamento dos bens deixados por falecimento de Pedro Abdala, atribuindo à viúva-meeira e herdeiros nela contemplados, os seus respectivos quinhões, salvo erro, omissão ou direito de terceiro.

Transitada esta em julgado, pagas eventuais custas e cumprido o § 2º do art. 1031 do C.P.C., expeçam-se formal e Alvará.

P.R.I.

S. Paulo, 21 de dezembro de 1996.

F. 259

Nesse particular, ainda que A. D. V. A. tenha recebido parte de sua herança no ano de 1996, e a compra e venda com doação modal tenha sido realizada somente no ano de 2004, não há prova nos autos produzida pelo autor, capaz de demonstrar, com absoluta certeza, a inexistência de outros bens ou que sua legítima tenha sido atingida quando da liberalidade.

Note-se que, eventual nulidade, somente poderia ser reconhecida se houvesse afronta à legítima no momento da liberalidade, ou seja, em 22.7.2004 (fls. 15-16), data em que foi lavrada a escritura pública objeto do pedido formulado na inicial. Nesse sentido, colaciono precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"para aferir a eventual existência de nulidade em doação pela disposição patrimonial efetuada acima da parte de que o doador poderia dispor em testamento, a teor do art. 1.176 do CC/1916,* **deve-se considerar o patrimônio existente no momento da liberalidade, isto é, na data da doação, e não o patrimônio estimado no momento da abertura da sucessão do doador. O art. 1.176 do CC/1916 – correspondente ao art. 549 do CC/2002** *– não proíbe a doação de bens, apenas a limita à metade disponível. Embora esse sistema legal possa resultar menos favorável para os herdeiros necessários, atende melhor aos interesses da sociedade, pois não deixa inseguras as relações jurídicas, dependentes de um acontecimento futuro e incerto, como o eventual empobrecimento do doador"*[9]

9 **STJ**, AR 3.493/PE, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 12.12.2012, publicado no seu *Informativo n*. 512).

Não bastasse a prova documental acima mencionada, os depoimentos das testemunhas corroboram para a conclusão de que Antônio Daniel Valério Abdala, quando da disposição do bem imóvel, possuía outros bens:

> *A testemunha* **S. C. C.**, *devidamente compromissada, relatou "(...)* **que ele falava que ele tinha gados**; *(...)". (grifei)*
>
> *A testemunha* **M. do C. T.**, *devidamente compromissada, informou "(...)* **que sabia que eles eram uma família tradicional, que tem bens**; *que não sabe se o Thiago foi comunicado sobre esta transferência de bens para os sobrinhos;(...);* **que depois que o Toninho faleceu ainda ficou um mês morando com a mãe dele, e nesta ocasião ouvia falar que outros imóveis situados nesta cidade eram dele**". *(grifei)*
>
> *A testemunha* **V. C. dos S.,** *devidamente compromissado, relatou "***que tem conhecimento que o V. tinha pego umas vacas do T., arrendadas, e para quitar deu este imóvel em pagamento**; *(...) que por ocasião da transferência do imóvel aos sobrinhos, sabia que o Sr. A. tinha mais vacas; que tinha renda de gados para receber;* **que tinha outros bens, tinha mais vaca com outros credores, que tinha duzentas, trezentas, quatrocentas vacas, que teve um contrato com o Sr. A., contrato de 126 vacas que arrendou dele; que isso foi antes da transferência do imóvel em discussão; que tem conhecimento de que o Sr. A. tinha outros contratos de arrendamento de gado com outras pessoas; que o Sr. A. ligava para o depoente para este ir receber as rendas do arrendamento; que as rendas eram anuais; que não sabe precisar os valores que eram recebidos; que na época do negócio em discussão o Sr. A. tinha vários parceiros; que ele tinha bastante gado**;*(...) . (grifei)*

Portanto, considerando a existência de prova documental e oral capaz de indicar que o falecido A. D. V. A. possuía, à época da disposição do bem imóvel, patrimônio considerável, fato este capaz de afastar a afronta à legítima de seu herdeiro necessário T. A. R. A., entendo que não há falar em qualquer nulidade existente na Escritura Pública de Compra e Venda lavrada em 22.7.2004.

Em resumo, primeiro, não houve simulação de ato negocial por A. D. V. A., na medida que sua manifestação de vontade perfectibilizou-se na compra e venda com doação modal, instituto este plenamente legal e admitido no ordenamento jurídico pátrio. Segundo, não há prova capaz de demonstrar que, a compra e venda com doação modal, excedeu o limite de 50% dos bens pertencentes a A. D. V. A., quando da liberalidade, o que afasta a alegação de afronta à legítima do autor T. A. R. A. e aos artigos 1846 e 549, ambos do Código Civil.

Ante o exposto, e contra o parecer, dou provimento aos recursos de apelação interpostos por M. A. D.e C. e L. K. A. D. e C.; e Espólio de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F., para julgar improcedente o pedido de declaração de nulidade da Escritura Pública de Compra e Venda com Reserva de Usufruto Vitalício com Cláusulas de Inalienabilidade, Impenhorabilidade e Incomunicabilidade, lavrada em 22/07/2004, no Livro 64, f. 114, verso, 115 e verso, no 4º Serviço Notarial e Registral de Títulos e Documentos da Comarca de Três Lagoas, bem como o pedido de obrigação de fazer consequente (item "c" – fls. 07-08).

Por fim, inverto os ônus sucumbenciais, condenando o recorrente T. A. R. A. ao pagamento das custas e honorários de sucumbência *pro-rata* entre os patronos das partes adversas, estes que fixo em 15% sobre o valor atualizado da causa, observando as diretrizes estabelecidas nos incisos do §2º, do art. 85, do CPC. Deverá, ainda, conforme determinado neste *decisum (f. 11),* providenciar o recolhimento das custas iniciais, sob as penas da lei e eventual inclusão do débito em dívida ativa.

Conclusão de julgamento adiada, em razão da vista formulada pelo 1º vogal (des. marcos brito), após o relator dar provimento aos recursos, o 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 06/04/2021)

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

Trata-se de apelação cível interposta por M. A. D. C. e L. K. A. D. C., de apelo aforado pelo Espólio de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F., bem como de recurso adesivo manejado por T. A. R. A., nesta ação declaratória de nulidade de escritura de compra e venda em que as partes contendem entre si.

O i. Relator, Des. Sérgio Fernandes Martins, deu provimento aos reclamos dos requeridos M. A. D. C., L. K. A. D. C., Espólio de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F., a fim de julgar improcedentes os pedidos iniciais formulados pelo autor T. A. R. A., e, por consequência, inverter o ônus de sucumbência.

Pedi vistas dos autos para melhor compreensão da controvérsia, e não tenho dúvidas em acompanhá-lo em seu posicionamento.

Isso porque, como muito bem observado pelo d. Relator, a escritura pública que se pretende anular continha, expressamente, a informação de que o genitor do autor estava participando do negócio de compra e venda do imóvel como "interveniente-anuente, doador", ou seja, de que estava adquirindo o bem de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F. e, no mesmo ato, doando-o em favor de seus sobrinhos M. A. D. C., L. K. A. D. C., de modo que - diante da prova documental e em conjunto com a testemunhal, as quais revelam nitidamente que o falecido tinha a real intenção de doar tal propriedade para M. e L. - não há que se falar obviamente em simulação de negócio jurídico.

Outrossim, descabida a tese de doação inoficiosa, pois o requerente T. A. não fez prova nos autos de que, no momento da liberalidade, seu genitor não possuía outros bens para serem partilhados entre eventuais sucessores, ônus que lhe incumbia e do qual não se desincumbiu, nos termos do art. 373, I, do CPC; de modo que é impossível vislumbrar que a doação aperfeiçoada ultrapassou a metade disponível do patrimônio do seu falecido pai.

Destaca-se, ademais, que existem documentos encartados ao feito que demonstram que o senhor A. possuía outros bens móveis, tais como gado, na época, da doação, o que é corroborado pelos testemunhos prestados em juízo.

Destarte, inexistindo prática de simulação e tampouco comprovação de que houve doação inoficiosa, os pedidos iniciais devem realmente ser julgados improcedentes, o que faz com que os apelos dos requeridos sejam providos.

Diante do exposto, acompanho o voto do i. Relator, a fim de dar provimento aos reclamos dos requeridos M. A. D. C., L. K. A. D.e C., Espólio de W. A. F. F. e E. T. da S. N. F.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento aos recursos, 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, 6 de abril de 2021.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins
Apelação / Remessa Necessária n.º 0811104-89.2013.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO – INCIDÊNCIA DE ICMS OU ISSQN – APLICAÇÃO DA TESE REFERENTE AO TEMA N.º 379 DO STF PROVENIENTE DO JULGAMENTO DO RE N.º 605.552/RS – REPERCUSSÃO GERAL. – EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL – OBSERVÂNCIA AOS PRECEITOS DA LEI COMPLEMENTAR N.º 126/2003 ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR N.º 147/2014. – FIXAÇÃO DOS MARCOS DE INCIDÊNCIA DO ICMS E ISSQN AO CASO CONCRETO – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – REEXAME OBRIGATÓRIO NÃO CONHECIDO – RECURSOS DE APELAÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E DA FARMÁCIA AUTORA PROVIDOS.

Não se conhece da remessa necessária quando interposto recurso voluntário pelo órgão da Fazenda Pública, forte nos termos do art. 496,§ 1º, do CPC.

Reforma-se parcialmente a sentença, objetivando a correta interpretação dos preceitos da Lei Complementar n.º 147/2014, aplicando-os ao caso concreto, considerando-se, ainda, o recente julgamento do Recurso Extraordinário n.º 605.552/RS, em sede de repercussão geral, no qual restou fixada tese para o tema n.º 379, do STF: "Incide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira."

A parte autora é optante do regime do Simples Nacional, o que atrai obrigatoriamente a observância das alterações da Lei Complementar n.º 126/2003, provenientes da Lei Complementar n.º 147/2014, com efeitos a partir de 1.1.2015, declarando-se, ao caso posto em julgamento: a) a incidência do ISSQN a partir de 1.1.2015, em relação à comercialização de produtos produzidos sob encomenda e individualizados a partir de receita médica ou farmacêutica, na forma do Anexo III, da Lei Complementar n.º 123/2006; b) a convalidação dos recolhimentos de ICMS entre a data do ajuizamento da demanda até 31.12.2014; c) a incidência do ICMS, a partir de 1.1.2015, em decorrência da comercialização dos produtos de prateleira, não individualizados, inclusive aqueles manipulados, destinados ao público em geral, na forma do Anexo I, da Lei Complementar n.º 123/2006.

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, 29 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 Apelações Cíveis interpostas pelo Estado de Mato Grosso do Sul e pela Farmácia do Instituto Bioquímico Ltda, respectivamente, contra a sentença (fls. 166-172) proferida na Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária em epígrafe.

O Estado de Mato Grosso do Sul recorre, alegando, em resumo, que:

> *A questão é realmente polêmica, havendo divergência de entendimento a respeito da incidência do ICMS ou ISS sobre a atividade desenvolvida por farmácias de manipulação. Discute-se se há ou não prestação de serviços farmacêuticos a atrair a incidência do ISS e não do ICMS (f. 204).*
>
> *Dessa maneira, a questão somente terá uma solução definitiva após o julgamento do RE 605.552 (f. 206).*
>
> *Ocorre que o legislador federal, no ano de 2014, resolvendo este impasse para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo regime do simples nacional (Capítulo IV da LC 123/06), editou a LC 147/14 que inseriu no art. 18, § 4º, da LC 123/06, disposição estabelecendo a hipótese em que a manipulação de medicamentos e fórmulas magistrais é considerado serviço farmacêutico sujeito à incidência do ISS. (f. 206).*
>
> *Assim, para esta hipótese o legislador federal, por meio de lei complementar (art. 156, III, da CF/88), resolveu definitivamente o conflito ao estabelecer expressamente a sujeição à exação pelo ISS dos medicamentos manipulados produzidos por microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo regime do simples nacional, reconhecendo esta operação mista como serviço farmacêutico. Nesse sentido, aliás, foi a conclusão da sentença recorrida que já decidiu a lide com base no regime jurídico implementado pela Lei complementar federal 147/2014 (f. 209).*
>
> *Portanto, resta claro que sua atividade também está enquadrada na incidência de ICMS, pois não apenas presta serviço de manipulação, mas vende mercadorias manipuladas para o público em geral e não manipuladas (f. 214).*
>
> *Desta feita, embora a Lei Complementar n. 147/2014 tivesse sido publicada em 07/08/2014, como bem destacou o d. Magistrado, a produção de seus efeitos ou sua aplicabilidade fica adiada para o primeiro dia do ano subsequente. Assim, é devido o ICMS ao Estado até 1º de janeiro de 2015 (f. 214).*
>
> *Destarte, não sendo o acolhimento da tese principal deste recurso, deverá ser considerado o argumento para o fim reconhecer que a LC n. 147/2014 possui efeitos*
>
> *temporais apenas após o ano-calendário subsequente, de modo que até 1º de janeiro de 2015 será devido ICMS ao Estado de Mato Grosso do Sul e, só após a essa data, haverá a possibilidade de se falar em incidência do ISSQN em favor do Município (f. 214).*

Ao final, requer: "seja dado provimento à presente Apelação para o fim reformar a sentença recorrida e, portanto, reconhecer que o caso em tela possui a incidência de ICMS. Não sendo o caso de acolhimento da tese principal, requer-se subsidiariamente o reconhecimento de que a produção eficácia normativa da LC 147/2014 se deu apenas a partir de 1º de Janeiro de 2015" (f. 215).

F. do I. B. Ltda igualemente recorre, afirmando, em suma, que:

> *Com devido respeito, a setença é digna de reparos, pois, ao contrário do que afirma o Magistrado, não se busca elastecer a discussão da máteria, mas sim dar-lhe sentido jurídico necessário, aplicando os novos limites jurídicos previstos em Lei Complementar, que foi*

publicada posteriormente ao ajuizamento da ação, e, ressalte-se, considerando idêntica situação fática da época do ajuizamento do feito (f. 219).

Neste ponto, ante ao até aqui exposto, requesta-se a reforma da sentença, determinando que a incidência do ISSQN se dê a partir do dia 1º de janeiro do ano de 2015, como forma de adequar as normas juridicas contidas no artigo 16 da Lei Complementar nº 123/2006, e no artigo 18, § 4º, após a nova redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, reformando, também neste ponto, a sentença invectivada (f. 222).

Diante disso, aguardando o desfecho da presente ação, e autorizada por decisão interlocutória, a Autora, ora Apelante, realizou no transcorrer do feito, os depósitos tanto dos valores referentes ao faturamento, quanto aos cobrados por meio de Termos de Verificação Fiscal, emitidos pelo Estado do Mato Grosso do Sul, a título de ICMS GARANTIDO e OUTROS (f. 224).

Contudo na sentença prolatada, o Magistrado se limitou a determinar a conversão do depósito judicial em renda, nos termos do artigo156, inciso VI, do Código Tributário Nacional, em favor SOMENTE do Estado de Mato Grosso do Sul, para o pagamento do ICMS devido (f. 224).

Desta sorte, se somente o Estado levantar os valores que julgar devidos, mesmo existindo valores DEPOSITADOS EM JUÍZO, após a eficacia juridica da Lei Complementar nº 147/2014 (07/08/2014 ou 1º/01/2015) suficientes para quitar eventual ISSQN devido, se estes últimos também não forem convertidos em renda, isto ensejará que o Município venha a cobrar o ISSQN da Autora, com a incidência de juros e multas, quando, no entanto, os valores sempre estiveram à disposição do Juízo, tendo sido depositados rigorosamente nos seus vencimentos (f. 224).

Diante disso, não deve o Município de Campo Grande, tendo sido parte do processo e não se manifestado sobre os depósitos, durante o processo, agora se aproveitar de sua inércia, para posteriormente não reconhecê-los, para dar quitação do ISSQN que julgar devido, não convertendo-os em renda, para poder cobrar juros e multa sobre valores que sempre estiveram à disposição do Juízo (f. 224).

Destarte, neste ponto a sentença deve também ser reformada, uma vez que foi declarada a incidência do ICMS até a edição da LC 147/2014 e do ISSQN após esta, para que seja determinado também ao Município de Campo Grande que, calculando somente os valores de ISSQN que julgar devidos, que converta o valor remanescente depositado em renda, extinguindo os créditos tributários até o limite dos depósitos, restituindo a Autora, ora apelante, de excedentes verificados (f. 225).

Ante o exposto requesta, também, que na reforma da sentença, no seu efeito condenatório, preveja tambem expressamente a determinação da Fazenda pública restituir os valores referentes aos honorários de sucumbância e às custas já pagas pela Apelante (f. 226).

Ao final do recurso, pugna pela reforma da sentença:

"a) decretando que a incidência do ISSQN, se dê partir do dia 1º de janeiro do ano de 2015, convalidando os pagamentos realizados a título de ICMS ao Estado do Mato Grosso do Sul, até essas data, conforme previsão expressa no artigo 16 da Lei Complementar nº 123/2006, e no artigo 18, § 4º, após a nova redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014; e no artigo 15 da Lei Complementar nº 147, de 2014; e b) autorizando O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL a levantar os valores depositados até 31/12/2014 ou 06/08/2014 (se assim for mantida a eficácia da LC a partir de 07/08/2014) E O MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE a levantar os valores depositados após 1º/01/2015 ou após 07/08/2014 (se assim for mantido), EM AMBOS OS CASOS, SOMENTE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, ficando, por via de consequência, extintas as obrigações tributárias para os períodos referentes aos depósitos até o limite deles, e restituindo a apelante, dos valores eventualmente depositados a maior; e c) condenando a Fazenda Pública Municipal do Município de Campo Grande/MS a pagar além dos honorários sucumbenciais aos advogados da Requerente, ora Apelante, nos termos

do artigo 85 do NCPC, a restituir a ora Apelante, das custas e despesas processuais pagas." (f. 226).

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contrarrazões remissivas (f. 233).

O Ministério Público Estadual manifestou desinteresse em intervir na causa (fls. 247-251).

O Município de Campo Grande não recorreu da sentença.

Sem oposição ao julgamento virtual.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator(a))

Trata-se de Remessa Necessária e de Apelações Cíveis interpostas, respectivamente, pelo Estado de Mato Grosso do Sul e por F. do I. B. Ltda contra a sentença (fls. 166-172), proferida na Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária em epígrafe.

A sentença objurgada, no que interessa à solução da lide, restou vertida nos seguintes termos:

> *Trata-se apenas de saber se sobre as atividades de manipulação farmacêutica há a incidência do ISSQN ou do ICMS (f. 169).*
>
> *A Lei Complementar Federal 116/2003, em seu anexo, item 4.07, estabeleceu a incidência do ISS sobre "serviços farmacêuticos": Do mesmo modo, a Lei Complementar Municipal nº 59/2003, item 4.07, também estabeleceu a incidência do ISS sobre "serviços farmacêuticos" (f. 169).*
>
> *Todavia, em que pese a expressão constante na lista anexa das leis relativas ao ISSQN, o requerido Estado de Mato Grosso do Sul entende que a saída de produtos farmacêuticos obtidos mediante a manipulação de medicamentos é hipótese de incidência do ICMS, conforme previsão do art. 2º, inciso IV, da Lei Complementar n. 87/1996, por existir o fornecimento de uma mercadoria com a respectiva prestação de serviços (ICMS), sem constar da lista do ISSQN (f. 169).*
>
> *Em razão do fundo constitucional da demanda e dada a relevância da matéria, bem como a quantidade de Recursos Extraordinários interpostos com o mesmo teor, qual seja, o ributo que incide sobre as operações mistas de manipulação e fornecimento de medicamentos por farmácias de manipulação, o Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu a repercussão geral no RE 605.552/RS, conforme se observa da ementa [...] (f. 169).*
>
> *Cumpre ressaltar que o Recurso Extraordinário em questão ainda pende sem julgamento, de modo que não há uma decisão sedimentada do Supremo Tribunal Federal acerca de qual tributo deve incidir (f. 170).*
>
> *Assim sendo, de acordo com a previsão legal, as empresas que desenvolveram as atividades de comercialização de medicamentos produzidos por manipulação de fórmulas magistrais e que se enquadram no Simples Nacional tiveram os valores devidos convalidado (f. 171)*
>
> *.Desse modo, impõe-se o reconhecimento do vínculo jurídico da parte autora com o Estado até a publicação da Lei Complementar Federal nº 147/2014, em 07/08/2014, tendo sido convalidados os valores a título de ICMS devidos até então, não podendo persistir a cobrança de ISS sobre os mesmos fatos Geradores (f. 171).*

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial para declarar a inexistência da relação jurídica entre a autora e o Município de Campo Grande em relação ao ISSQN durante

o período compreendido entre 02/04/2013 (data do ajuizamento da ação) e 07/08/2014 (data da publicação da LC 147/2014) e, por conseguinte, impedir o município requerido de praticar qualquer ato voltado à cobrança desse imposto nesse período (f. 171).

Inicialmente, consigno que deixo de conhecer da remessa necessária, em razão de ter sido interposto recurso voluntário pelo Estado de Mato Grosso do Sul, sendo caso, assim, de aplicação do disposto no art. 496,§1º, do CPC[1].

Se a sentença foi proferida após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, hipótese em análise nestes autos, a interposição de recurso de apelação pela própria Fazenda Pública, de forma voluntária, obsta a apreciação da remessa necessária.

Assim, como afirmado, não conheço da remessa necessária, passando à análise dos recursos voluntários.

O ponto nodal da lide repousa em saber se a parte requerente, que desenvolve atividade enquadrada no conceito de "farmácia de manipulação", sujeita-se ao recolhimento de ISSQN ao Município de Campo Grande, ou de ICMS ao Estado de Mato Grosso do Sul. Ademais, deve ser considerado o fato de que a parte autora é optante pelo Simples Nacional, desde 1.1.2009, conforme documento de f. 40.

Do recurso apresentado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, verifica-se que este pugna pela reforma da sentença, afirmando que, em relação a algumas atividades desenvolvidas pela parte autora, incide o ICMS, tendo em vista que: "sua atividade também está enquadrada na incidência de ICMS, pois não apenas presta serviço de manipulação, mas vende mercadorias manipuladas para o público em geral e não manipuladas." (f. 214).

No mais, assevera que a Lei Complementar n.º 147/2014 somente produziu efeitos para o ano civil subsequente ao de sua publicação, ou seja, apenas em 1.1.2015, sendo devido, portanto, o ICMS em relação as atividades desenvolvidas pela parte autora até esta data.

Por sua vez, a parte autora objetiva a reforma da sentença para que seja determinada a incidência do ISSQN somente a partir de 1.1.2015, tendo em vista a nova redação da Lei Complementar n.º 147/2014.

Ainda, sustenta que: "na sentença prolatada, o Magistrado se limitou a determinar a conversão do depósito judicial em renda, nos termos do artigo156, inciso VI, do Código Tributário Nacional, em favor SOMENTE do Estado de Mato Grosso do Sul, para o pagamento do ICMS devido." (f. 224). Por esta razão, também requer a reforma da sentença para que seja convertido em renda o depósito em favor do Município de Campo Grande, para pagamento do ISSQN, respeitados os efeitos da LC 147/2014. Por fim, requer seja condenado o Município de Campo Grande ao ressarcimento das custas e despesas processuais pagas, além dos honorários advocatícios (f. 226).

Pois bem.

A sentença proferida pelo magistrado singular, hoje juiz aposentado **Zidiel Infantino Coutinho,** deve ser reformada em parte.

A sentença, procurando facilitar o entendimento, destacou que: "Trata-se apenas de saber se sobre as atividades de manipulação farmacêutica há a incidência do ISSQN ou do ICMS." (f. 169).

Até o julgamento da demanda em primeiro grau, estava pendente de apreciação no STF o Recurso Extraordinário n.º 605.552/RS, o qual acabou por reconhecer a repercussão geral sobre o tema, sendo este fato bem ressaltado na sentença (f. 169):

1 Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

> *Em razão do fundo constitucional da demanda e dada a relevância da matéria, bem como a quantidade de Recursos Extraordinários interpostos com o mesmo teor, qual seja, o tributo que incide sobre as operações mistas de manipulação e fornecimento de medicamentos por farmácias de manipulação, o Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu a repercussão geral no RE 605.552/RS [...]*
>
> *Cumpre ressaltar que o Recurso Extraordinário em questão ainda pende sem julgamento, de modo que não há uma decisão sedimentada do Supremo Tribunal Federal acerca de qual tributo deve incidir. (f. 170).*

Destarte, a sentença destes autos foi proferida em 19.4.2018, sendo que, na data de 5.8.2020, o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento do tema em sessão virtual, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, fixando a seguinte tese para o Tema n.º 379 em sede de repercussão geral: "Incide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira."

Colaciono, por ser pertinente, a ementa do Recurso Extraordinário n.º 605.552/RS, do qual restou extraída a tese para o tema acima mencionado:

> *EMENTA – Recurso Extraordinário – Repercussão geral – Direito Tributário – Incidência do ICMS ou do ISS – Operações mistas – Critério objetivo – Definição de serviço em lei complementar – Medicamentos produzidos por manipulação de fórmulas, sob encomenda, para entrega posterior ao adquirente, em caráter pessoal. Subitem 4.07 da lista anexa à LC nº 116/03 – Sujeição ao ISS – Distinção em relação aos medicamentos de prateleira, ofertados ao público consumidor, os quais estão sujeitos ao ICMS.*
>
> *1. A Corte tradicionalmente resolve as ambiguidades entre o ISS e o ICMS com base em critério objetivo: incide apenas o primeiro se o serviço está definido por lei complementar como tributável por tal imposto, ainda que sua prestação envolva a utilização ou o fornecimento de bens, ressalvadas as exceções previstas na lei; ou incide apenas o segundo se a operação de circulação de mercadorias envolver serviço não definido por aquela lei complementar.*
>
> *2. O critério objetivo pode ser afastado se o legislador complementar definir como tributáveis pelo ISS serviços que, ontologicamente, não são serviços ou sempre que o fornecimento de mercadorias seja de vulto significativo e com efeito cumulativo.*
>
> *3. À luz dessas diretrizes, incide o ISS (subitem 4.07 da Lista anexa à LC nº 116/06) sobre as operações realizadas por farmácias de manipulação envolvendo o preparo e o fornecimento de medicamentos encomendados para posterior entrega ao fregueses, em caráter pessoal, para consumo; incide o ICMS sobre os medicamentos de prateleira ofertados ao público consumidor e produzidos por farmácias de manipulação.*
>
> *4. Fixação da seguinte tese para o Tema nº 379 da Gestão por temas de repercussão geral: "Incide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira." 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.[2] (Grifei)*

Em relação ao julgado mencionado, foram opostos embargos de declaração, sendo estes apreciados em 15.3.2021 e acolhidos. Confira-se o que restou ementado:

> *Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu ambos os embargos de declaração e modulou os efeitos da decisão embargada, estabelecendo que ela produza efeitos ex nunc, a partir do dia da publicação da ata de julgamento do mérito, de modo a convalidar os recolhimentos de ICMS e de ISS efetuados em desacordo com a tese de repercussão geral, ficando ressalvados: (i) as hipóteses de comprovada bitributação; (ii) as hipóteses em que*

2 **STF** - RE: 605552 RS, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 05/08/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020

> *o contribuinte não recolheu o ICMS ou o ISS devidos, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento; (iv) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito, devendo, em todos esses casos, ser observado o entendimento desta Corte e o prazo decadencial e o prescricional, tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Plenário, Sessão Virtual de 5.3.2021 a 12.3.2021.*

Mesmo não tendo ocorrido o trânsito em julgado dos embargos de declaração até o presente momento, nada impede que seja proferida decisão, no caso concreto, observando-se as decisões lançadas no RE 605.552/RS, relacionadas a matéria em debate.

Em suma, portanto, temos que: "Incide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira".

Com a modulação dos efeitos da decisão em sede de embargos de declaração, restaram convalidados todos os recolhimentos de ICMS ou ISSQN efetuados em desacordo com a tese de repercussão geral, com a ressalva dos itens i a iv, destaco: i) bitributação; ii) ausência de recolhimento dos tributos; iii) apuração dos créditos na seara administrativa até a publicação da ata de julgamento; iv) as ações judiciais pendentes de julgamento até a véspera da publicação da ata de julgamento.

Portanto, no caso destes autos, incide a ressalva constante no item "iv", sendo que, por certo, deve-se observar o entendimento do STF em tese de repercussão geral.

Note-se que o STF, por meio de embargos de declaração e modulando os efeitos da decisão de mérito proferida no RE 605.552/RS, expressamente consignou: "de modo a convalidar os recolhimentos de ICMS e de ISS efetuados em desacordo com a tese de repercussão geral".

Realizada esta digressão, necessária para a correta análise do mérito das pretensões recursais das partes apelantes, temos que deverão ser estabelecidos os marcos de incidência para exação do ICMS ou ISSQN no caso concreto, tendo em vista a particularidade da empresa requerente, que aderiu ao Simples Nacional na data de 1.1.2009, conforme demonstra o documento de f. 40.

Importante destacar este fato, considerando que, em agosto de 2014, ou seja, após o ajuizamento desta demanda, foi publicada a Lei Complementar n.º 147, esta que, expressamente, acresceu o inciso VII ao § 4º , do artigo 18 da Lei Complementar n.º 123/2006. Há, nesse aspecto, a incidência do artigo 493[3], do CPC, devendo ser levada em consideração esta alteração legislativa.

Com a alteração da LC 123/2006, com o advento da LC 147/2014, não persistiu mais nenhuma dúvida relacionada à incidência do ISSQN sobre a comercialização de medicamentos ou produtos magistrais (feitos de forma individual e sob encomenda) produzidos por farmácias de manipulação (item "a"), optantes do sistema Simples Nacional, sendo certo que, se houver comercialização de produtos de prateleira (item "b"), incide ICMS. Confira-se, pois, a atual redação do artigo §4º, do artigo 18, da LC 123/2006:

> *§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento, as receitas decorrentes da: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*
>
> *(...)*
>
> *VII - comercialização de medicamentos e produtos magistrais produzidos por manipulação de fórmulas: (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

3 Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

> *a) sob encomenda para entrega posterior ao adquirente, em caráter pessoal, mediante prescrições de profissionais habilitados ou indicação pelo farmacêutico, produzidos no próprio estabelecimento após o atendimento inicial, que serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*
>
> *b) nos demais casos, quando serão tributadas na forma do Anexo I desta Lei Complementar.*

Em resumo, as empresas optantes do Simples Nacional, após a LC 147/2014, que alterou a LC 123/2006, poderão recolher:

> *A) ISSQN, em relação à comercialização de produtos magistrais, produzidos sob encomenda e individualizados a partir de receita médica ou farmacêutica (item "a"), sendo estes tributados conforme ANEXO III, da LC 123/2006.*
>
> *B) ICMS, em decorrência da comercialização dos produtos de prateleira, não individualizados, destinados ao público em geral.*

Note-se, nesse aspecto que as disposições da LC 147/2014, são, essencialmente, idênticas à tese 379 do STF[4], acima mencionada, decorrente do julgamento do RE 605.552/RS. No entanto, as disposições da LC 147/2014 aplicam-se às empresas optantes do Simples Nacional.

Ainda, calha anotar que a LC 147/2014 só produziu seus efeitos para o exercício financeiro tributário seguinte, ou seja, a partir de 1.1.2015, sendo certo que, os recolhimentos de ICMS até a data de 31.12.2014, com suporte na LC 123/2006, inalterada até então, devem ser convalidados, nos termos do art. 13, da LC 147/2014. Veja-se:

> *Art. 13. Ficam convalidados os atos referentes à apuração e ao recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios mediante regime previsto na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp123.htm*, e alterações posteriores, inclusive em relação às obrigações acessórias, pelas empresas que desenvolveram as atividades de comercialização de medicamentos produzidos por manipulação de fórmulas magistrais, até a data de publicação desta Lei Complementar.*

Posto isso, conclui-se que, até 31.12.2014, há incidência de ICMS. Após 1.1.2015, incide ISSQN em relação à comercialização de produtos magistrais, produzidos sob encomenda e individualizados a partir de receita médica ou farmacêutica.

A propósito, colaciono os precedentes desta Corte de Justiça decorrentes de casos análogos, mesmo antes de proferida a decisão pelo STF no RE 605.552/RS. Destaco que, ambos os julgados resultaram no mesmo entendimento aqui proferido:

> *EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA – TRIBUTÁRIO – FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL – INCIDÊNCIA DE ISS A PARTIR DA EFICÁCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº. 147/2014 (01/01/2015) SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS MANIPULADOS SOB ENCOMENDA E DE ICMS SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DOS "PRODUTOS DE PRATELEIRAS" – CONVALIDAÇÃO DO RECOLHIMENTO DE ICMS ATÉ 31/12/2014 COM BASE NO ANEXO I DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006 – ART. 13 DA LEI COMPLEMENTAR Nº. 147/2014 – RECURSO DA AUTORA PROVIDO – RECURSO DO ESTADO PROVIDO.*

4 "Incide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira."

Em que pese o entendimento jurisprudencial de que a prestação de serviços de manipulação farmacêutica insere-se no item 4.07 da Lei Complementar n 116/2003, que determina a incidência exclusiva do ISSQN, em se tratando, todavia, de empresa optante do Simples Nacional, deve ser aplicada a Lei Complementar nº. 147/2014, de modo que os recolhimentos de ICMS até 31/12/2014, com base na Lei Complementar nº. 123/2006, deverão ser convalidados (art. 13 LC nº. 147/2014), sendo que a partir de 01/01/2015 (eficácia da LC nº. 147/2014) é devida exação de ISSQN frente à comercialização de medicamentos e produtos magistrais produzidos por manipulação de formas sob encomenda, com prescrição médica, destinados a indivíduo específico (Anexo III), ao passo que incide ICMS (Anexo I) sobre a comercialização dos chamados "produtos de prateleira", ou seja, medicamentos e produtos magistrais destinados ao público em geral, sem necessidade de encomenda/prescrição. - Recursos providos.[5]

> *RECURSO DE ORGÂNICA – FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA – ME. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. INCIDÊNCIA DE ICMS - "PRODUTOS DE PRATELEIRAS" – RECOLHIMENTO ATÉ 31/12/2014. INCIDÊNCIA DE ISSQN - MEDICAMENTOS MANIPULADOS SOB ENCOMENDA - A PARTIR DE 1º/1/2015. DECADÊNCIA - INOVAÇÃO RECURSAL - NÃO CONHECIDO. CONVERSÃO DO DEPÓSITO EM RENDA - TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. TRATANDO EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL, DEVE SER APLICADA a LEI COMPLEMENTAR Nº. 147/2014, DE MODO QUE OS RECOLHIMENTOS DE ICMS ATÉ 31/12/2014, COM BASE NA LEI COMPLEMENTAR Nº. 123/2006, DEVERÃO SER CONVALIDADOS (ART. 13 LC Nº. 147/2014), SENDO QUE A PARTIR DE 1º/1/2015 (LC Nº. 147/2014) é DEVIDA EXAÇÃO DE ISSQN FRENTE à COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS MAGISTRAIS PRODUZIDOS POR MANIPULAÇÃO DE FORMAS SOB ENCOMENDA, COM PRESCRIÇÃO MÉDICA, DESTINADOS A INDIVÍDUO ESPECÍFICO (ANEXO III), AO PASSO QUE INCIDE ICMS (ANEXO I) SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DOS CHAMADOS "PRODUTOS DE PRATELEIRA", OU SEJA, MEDICAMENTOS E PRODUTOS MAGISTRAIS DESTINADOS AO PÚBLICO EM GERAL, (...) .*[6]

Assim sendo, considerando o recente julgado do STF, bem como as disposições da LC 174/2014 e, analisadas as particularidades do caso concreto em que não houve qualquer irresignação recursal do Município de Campo Grande em relação à sentença, temos que:

a) incide ICMS entre a data do ajuizamento da demanda, em 2.4.2013, até 31.12.2014, na forma do Anexo I, da Lei Complementar n.º 123/2006;

b) incide ISSQN, a partir de 1.1.2015, em relação à comercialização de produtos magistrais, produzidos sob encomenda e individualizados a partir de receita médica ou farmacêutica, na forma do Anexo III, da Lei Complementar n.º 123/2006.

c) incide ICMS, a partir de 1.1.2015, em decorrência da comercialização dos produtos de prateleira, não individualizados, inclusive aqueles manipulados, destinados ao público em geral, na forma do Anexo I, da Lei Complementar n.º 123/2006.

Deve, portanto, a sentença ser reformada em parte, dando-se, destarte, provimento aos recursos de apelação interpostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul e pela parte autora, observando-se os marcos de incidência do ISSQN e ICMS acima estabelecidos.

Ante o exposto, **dou provimento** às apelações cíveis interpostas pelo Estado de Mato Grosso do Sul e por Farmácia do Instituto Bioquímico Ltda, para: **a)** declarar que a incidência do ISSQN ocorra a partir de

5 **TJMS**. Apelação Cível n. 0811768-23.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 24/07/2019, p: 25/07/2019

6 **TJMS**. Apelação Cível n. 0811182-83.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 19/08/2019, p: 20/08/2019

1.1.2015, em relação à comercialização de produtos magistrais, produzidos sob encomenda e individualizados a partir de receita médica ou farmacêutica, na forma do Anexo III, da Lei Complementar n.º 123/2006; **b)** convalidar os recolhimentos de ICMS entre a data do ajuizamento da demanda até 31.12.2014; **c)** declarar a incidência do ICMS, a partir de 1.1.2015, em decorrência da comercialização dos produtos de prateleira, não individualizados, inclusive aqueles manipulados, destinados ao público em geral, na forma do Anexo I, da Lei Complementar n.º 123/2006.

No que pertine à conversão do depósito em renda, altera-se somente o termo final para a data de 31.12.2014, permanecendo inalterados os termos da sentença (f. 172, 2º parágrafo)[7].

Ausente irresignação por parte do Município de Campo Grande, deixo de majorar os honorários advocatícios fixados na sentença. No entanto, condeno o Município de Campo Grande ao ressarcimento das custas e despesas processuais adiantadas pela parte autora, com suporte no artigo 24, I, §1º, do Regimento das Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul. Acerca desta possibilidade: "A Fazenda Pública é isenta de custas processuais, porém esta isenção não afasta sua responsabilidade quanto ao reembolso das quantias adiantadas pelo vencedor da demanda."[8]

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(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, 29 de março de 2021.

***

7 Após o trânsito em julgado, autorizo o Estado de Mato Grosso do Sul a levantar os valores porventura depositados a título de ICMS até a data de 07/08/2014, ficando, por via de consequência, extinta a obrigação tributária para o período referente aos depósitos até o limite deles.

8 **TJMS** - APL: 00009623520108120043 MS 0000962-35.2010.8.12.0043, Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Data de Julgamento: 24/08/2016, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 29/08/2016

1ª Câmara Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins
Agravo de Instrumento n.º 1403133-26.2021.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE TUTELA PROVISÓRIA – FRAUDE EM LEILÃO VIRTUAL – DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DE PRESTAR TODAS AS INFORMAÇÕES RELATIVAS AO RESPONSÁVEL PELO ANÚNCIO – IMPOSSIBILIDADE – PROVEDOR DE PESQUISA QUE NÃO TEM ACESSO ÀS INFORMAÇÕES DE PROVEDORES DE CONTEÚDO – VEDAÇÃO À GUARDA DE DADOS PESSOAIS QUE EXCEDAM À FINALIDADE PARA O QUAL LHE FOI DADO CONSENTIMENTO PELO TITULAR – ART. 16 DA LEI N.º 12.965/2014 – MARCO CIVIL DA INTERNET – PROBABILIDADE DO DIREITO DA PARTE NÃO DEMONSTRADA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Reforma-se a decisão que concedeu, na origem, a tutela pleiteada, vez que a big tech ré é provedora de pesquisa, não tendo acesso nem disponibilidade de acesso à informações de terceiros, mais precisamente dos provedores de conteúdo, sujeitando-se se o fizer as penalidades da lei, em razão da invasão de sistemas de outrem.

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, 14 de maio de 2021

Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo G. B. I. Ltda. contra a decisão (fls. 67-72) proferida nos autos da Ação de Tutela Provisória em epígrafe.

A b. t. agravante afirma, em síntese, que:

> *O Agravado aduz ter sido vítima de um golpe em 25 de Agosto de 2020, quando buscou veículos para arrematar em leilão extrajudicial, tendo supostamente encontrado o site do 1º Réu por meio dos anúncios no G. S. Ato contínuo, o Agravado realizou o cadastro e arrematou o veículo HB20 2018/2019 no valor total de R$ 21.645,00 (vinte e um mil, seiscentos e quarenta e cinco reais), sendo que este valor englobaria o automóvel, a comissão do leiloeiro, o pátio e frete (f. 3).*
>
> *Após a transferência do valor via TED bancária, feita pela advogada do Agravado, qual seja, a Sra. J. K. B., em nome do beneficiário V. H. de S., recebeu o termo de arrematação; contudo, posteriormente ao recebimento deste, não mais conseguiu contato com a 1ª Corré, qual seja a empresa M. A. L., ocasião em que percebeu ter sido vítima de um golpe (f. 3)*

Assim, o Agravado buscou a Nota Fiscal do veículo arrematado, ocasião em que descobriu sua inexistência. Ademais, ainda buscou no G. S. outras informações sobre a empresa de leilões, tendo descoberto diversas denúncias e reclamações feitas por outras supostas vítimas (f. 4).

Desta forma, requereu, em face da G., a concessão da tutela antecipada a fim de que esta apresente nos autos todas as informações acerca do responsável pelo anúncio M. A. L. (f. 4).

O Agravado inseriu a Google no polo passivo sob a justificativa de que acessou o site de leilões por meio de um anúncio no G. S., alegando expressamente que a G. permitiu a veiculação de anúncio fraudulento no seu buscado (f. 4).

Inicialmente, antes de entrar detalhadamente nas razões, é imperioso destacar que o site objeto da ordem judicial de fornecimento de dados não é hospedado pela G., como já exposto na instância inferior por meio da contestação apresentada pela G. (f. 11).

Terceiros desconhecidos criaram o site fraudulento, que foi encontrado por meio do buscador da G., mas não há nenhuma prova de que a G. tenha relação com o site ou o hospeda, como equivocadamente alegado pela parte contrária, devendo ser observado, ainda, que o site já está indisponível na origem (f. 11).

Por isso, como visto, não há como fornecer os dados relacionados ao domínio do site em questão, apenas os dados relacionados ao anunciante realizado por meio da plataforma G. A., conforme determinado pela r. decisão e devidamente apresentado nesta oportunidade (f. 12).

Demonstra-se, por excesso de zelo, que os usuários/internautas que geraram tal site fizeram uso de ferramenta totalmente alheia à G., sendo que a G. não possui qualquer ingerência ou responsabilidade por sites hospedados por terceiros (f. 15).

Destarte, requer-se a não aplicação da multa cominatória, sendo que tal multa apenas promoverá o enriquecimento indevido do Agravado, se mostrando, desde logo, completamente inócua, na medida em que a Google já demonstrou nos autos todos os dados que dispõe sobre referido anúncio (f. 19).

Ao final, requer "Seja dado integral provimento a este recurso, a fim de reformar a r. decisão agravada para exonerar a Agravante das obrigações determinadas, considerando que a G. não hospeda o site em questão e, por isso, já forneceu todos os dados que dispõe sobre o anúncio em questão, os quais são suficientes" (f. 19).

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 130-134).

Embora intimado, o agravado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta (f. 136).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator(a))

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo G. B. I. Ltda. contra a decisão (fls. 67-72) proferida nos autos da Ação de Tutela Provisória em epígrafe.

A decisão combatida, no que interessa ao julgamento do presente recurso, foi proferida nos seguintes termos (fls. 67-72):

Com efeito, a probabilidade do direito alegado pela parte autora resta demonstrado através do documento juntado às fls. 11/12, bem como no documento de fls. 27/28, nos quais é possível verificar a arrematação, pelo autor, do veículo Hyundai HB20, ano/modelo 2018/2018, no valor total de R$ 21.645,00 (vinte e um mil, seiscentos e quarenta e cinco reais), que foi depositado em conta de titularidade do requerido V. H. DE S.

De outro lado, o perigo de dano resta demonstrado no fato de a parte autora não recebeu o bem objeto da arrematação, embora por ele tenha pagado o valor de R$ 21.645,00 (vinte e um mil, seiscentos e quarenta e cinco reais), causando-lhe prejuízo de valor considerável, bem como pelo insucesso de contato com a empresa leiloeira logo após a arrematação.

No tocante ao requerido B. S. S.A., em relação ao qual o autor pretende a apresentação da documentação utilizada para abertura da conta bancária nº 01007441-5, agência 1610, em nome de V. H. DE S., o deferimento da medida se necessário como forma de averiguar a autenticidade dos documentos e da titularidade da conta, bem como a localização do titular.

O mesmo se pode dizer em relação à medida pretendida em desfavor de G. B. I. LTDA, já que se mostra imperioso conhecer a localização, os dados da empresa leiloeira e de seu responsável.

É de se destacar que as informações solicitadas pelo autor em relação às empresas B. S. S.A e G. B. I. LTDA, são hábeis a identificar os indivíduos que causaram a lesão patrimonial no autor e, assim, apurar eventual prática do crime de estelionato.

Além disso, a medida pode futuramente, em sendo o caso, impedir que os indivíduos responsáveis continuem se beneficiando com o leilão de bens que, embora pagos, não são entregues aos compradores.

Deve ser considerado, também, que as medidas por ora concedidas não acarretam perigo de irreversibilidade, pois, caso a presente ação seja julgada improcedente, eventual valor bloqueado ficará depositado em juízo até o deslinde da ação, razão pela qual a concessão da tutela de urgência, em caráter antecedente, na forma pleiteada na inicial, é medida que se impõe.

Posto isso, por reputar presentes os requisitos dos arts. 294, §1º, 300 e 303 do Código de Processo Civil, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE formulada pela parte autora, para as seguintes finalidades:

1) DETERMINAR o bloqueio, via SISBAJUD, do valor de R$ 21.645,00 (vinte e um mil, seiscentos e quarenta e cinco reais) de contas de titularidade de V. H. DE S.;

2) DETERMINAR a apresentação pelo requerido B. S. da documentação utilizada para abertura da conta bancária nº 01007441-5, agência 1610 (Banco 033 Santander), em nome de V. H. DE S., no prazo de 30 (trinta) dias; e

3) DETERMINAR a apresentação pelo requerido G. B. I. LTDA de todas as informações relativas ao responsável pelo anúncio da empresa M. A. L., no prazo de 30 (trinta) dias.

A empresa ré insurge-se contra a supranoticiada decisão, requerendo, em suma, o "integral provimento a este recurso, a fim de reformar a r. decisão agravada para exonerar a Agravante das obrigações determinadas, considerando que a G. não hospeda o site em questão e, por isso, já forneceu todos os dados que dispõe sobre o anúncio em questão, os quais são suficientes" (f. 19).

No caso, da análise dos autos e da leitura da decisão agravada, verifico que existem fundamentos suficientes que autorizam modificação da decisão proferida pelo magistrado singular, juiz Wilson Leite Corrêa.

Dou, portanto, provimento ao recurso.

Extrai-se dos autos que o autor propôs a inicial narrando ter sido vítima de golpe em leilão virtual, afirmando, em suma, que utilizou a ferramenta de busca disponibilizada pela empresa agravante para ter acesso ao referido site de leilões virtuais, efetuou a compra de um veículo, transferiu o valor, mas não recebeu o respectivo bem. Diante disso, pugnou pela concessão da tutela para compelir o agravante a prestar todas as informações relativas ao responsável pelo anúncio da empresa M. A. L, no prazo de 30 (trinta) dias.

A tutela foi deferida pelo magistrado *a quo* e, no presente recurso, a agravante pretende seja revogada a decisão agravada, alegando a impossibilidade de cumprimento, pois o site em referência não é hospedado pela Google, não havendo como fornecer os dados relacionados ao domínio do endereço eletrônico em questão, mas "[...] apenas os dados relacionados ao anunciante realizado por meio da plataforma G. A., conforme determinado pela r. decisão e devidamente apresentado nesta oportunidade" (f. 12).

A questão a ser analisada neste momento, refere-se aos requisitos da tutela de urgência, estabelecidos no art. 300 do CPC, que assim dispõe:

> *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.*

No caso, entendo que a decisão deve ser reformada, pois não há ou há muito pouca probabilidade do provimento do pedido, uma vez que a causa de pedir trazida na petição inicial se vincula à questão da internet e, portanto, o caso se sujeita ao princípio da especialidade, mais precisamente, havendo necessidade de aplicação da Lei do Marco Civil da Internet – Lei n. 12.965/2014.

O assunto em voga remete para a nova realidade experimentada pela civilização, que é a criação, por assim dizer, de um 'novo mundo': o território virtual da internet, amplo e coexistente com a realidade física, corpórea, que até então a sociedade não estava habituada.

Nessa nova realidade, improvável nos dias atuais qualquer atividade que, ainda que de forma tangencial, não se vincule com alguma rotina via *web*.

Revela-se num primeiro momento, e em sede de cognição sumária afeta à tutela provisória de urgência, que o pedido contido na inicial é impossível de ser efetivado pela requerida, uma vez que a ora agravante é provedora de pesquisa.

Em outros termos, não tem a recorrente acesso, nem disponibilidade de acesso, à informações de terceiro, mais precisamente, os provedores de conteúdo e, inclusive se o fizer, o fará por via ilegal, ou seja, mediante invasão do sistema no domínio dos denominados sites provedores de conteúdo.

Aliás, entendimento nesse sentido, inclusive, é o adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que já se pronunciou da seguinte forma:

> *[...]* **Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, os provedores de pesquisa fornecem ferramentas para localização, dentro do universo virtual, de acesso público e irrestrito, de conteúdos relacionados aos termos informados para pesquisa**. *3. Não contém aptidão para causar dano moral a exibição dos resultados na forma de índice, em que se relacionam links para páginas em que há conteúdos relacionados aos termos de busca, independente do potencial danoso do conteúdo em si ou dos termos da busca inseridos pelos internautas. 4. Os provedores de pesquisa podem ser excepcionalmente obrigados a eliminar de seu banco de dados resultados incorretos ou inadequados, especialmente quando inexistente relação de pertinência entre o conteúdo do resultado e o critério pesquisado.*[1] **(Grifei)**

Importa salientar que o armazenamento de dados pelos provedores de aplicação possuem determinadas restrições, dentre elas a prevista no art. 16 do Marco Civil da Internet. Confira-se:

1 REsp 1582981/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016

Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda:

I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7 o; ou

II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

Verifica-se, portanto, que há obrigação legal de armazenamento de certas informações, porém é vedada a guarda de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

Desse modo, não é possível atribuir ao agravante a obrigação de prestar "todas as informações" sobre o malfadado site fraudulento, vez que tal determinação, além de vaga, encontra óbice na vedação expressa de guarda de dados pessoais "que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular" (art. 16, da Lei n.º 12.965/2014).

Tanto é que, as informações que encontravam-se à disposição da agravante já foram devidamente prestadas, como se denota das próprias razões recursais. Confira-se: (f. 11):

meio do buscador da Google, mas não há nenhuma prova de que a Google tenha relação com o *site* ou o hospeda, como equivocadamente alegado pela parte contrária, devendo ser observado, ainda, que o site já está indisponível na origem:



Não obstante, a partir de buscas internas, a Google informa que localizou e demonstra abaixo as informações disponíveis em seus sistemas em evidente ato de boa-fé:



Portanto, entendo que, ao contrário do que definido na decisão agravada, falta um dos requisitos autorizadores da tutela de urgência, qual seja, a probabilidade do direito do agravado. Neste caso, por serem cumulativos os requisitos do art. 300, do CPC, deve ser indeferida a tutela de urgência, com o consequente provimento do agravo de instrumento.

Diante do exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento interposto pela G. B. I. Ltda., para revogar a decisão impugnada apenas no que tange à obrigação de "DETERMINAR a apresentação pelo requerido G. B. I. Ltda. de todas as informações relativas ao responsável pelo anúncio da empresa M. A. L., no prazo de 30 (trinta) dias" (f. 72).

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(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, 14 de maio de 2021.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Apelação Cível n.º 0800017-46.2018.8.12.0039 - Pedro Gomes

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, AUXÍLIO-DOENÇA, E SUA CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – SENTENÇA DE EXTINÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PARA RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – EXCEÇÃO PREVISTA NO RE 631.240/MG – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 631.240/MG, com repercussão geral, dispensou a exigência de prévio requerimento administrativo "***Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção do benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão*".**

Portanto, configurado o interesse de agir do apelante, eis que o pedido de restabelecimento do benefício, encontra-se dentro das exceções previstas no julgado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de março de 2021.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

A. M. dos S. interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Pedro Gomes que julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, ajuizado em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social.

Suscita preliminar de cerceamento do direito de defesa e do devido processo legal, afirmando que, ao contrário do entendimento do magistrado o apelante procurou a autarquia pleiteando o restabelecimento do benefício, apresentando exames e laudos médicos, inobstante, indeferiu a autarquia seu requerimento afirmando que estaria apto ao trabalho.

Sustenta que o apelado tem o controle de todos os movimentos e requerimentos formulados através de seus sistemas e, apesar disso, usou de má-fé, alegando a falta de pedido administrativo, mormente tendo em vista que o requerimento realizado em 21.06.2017 foi indeferido, o que prova o requerimento administrativo e a pretensão resistida pelo requerido, restando, por conseguinte, configurado o interesse processual.

Alega que não houve a análise das provas produzidas nos autos, que comprovam a gravidade das doenças que acometem o apelante, permitindo-se a concessão do benefício pleiteado, pois restou provado que o apelante não possui condições de retorno à atividade braçal. Requer a nulidade da sentença e o retorno dos autos à comarca de origem.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por A. M. dos S., contra a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Pedro Gomes que julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, ajuizado em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social.

O autor ajuizou esta ação objetivando o restabelecimento do auxílio-doença e a sua conversão e/ou concessão de aposentadoria por invalidez, alegando que o benefício foi indevidamente cessado em 10.11.2013, pois se encontra incapacitado para o trabalho. Requereu, em sede de antecipação de tutela o restabelecimento do benefício. A tutela foi indeferida, tendo o magistrado determinado a realização de prova pericial (f. 75-80).

Citado, o requerido apresentou contestação (f. 83-85) alegando que o autor não compareceu à reabilitação profissional ou avaliação social, que se trata de caso de indeferimento provocado. Não tendo havido qualquer irregularidade no indeferimento do benefício. Suscitou falta de interesse de agir ante a necessidade de prévio requerimento administrativo, uma vez que o STF, no RE 631.240, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o segurado que não formulou seu requerimento perante o INSS antes de se socorrer do Poder Judiciário não possui interesse de agir. Requereu a extinção do feito sem resolução do mérito.

Realizada a perícia médica judicial determinada pelo magistrado, o Laudo foi colacionado à f. 114-31.

O magistrado proferiu a sentença (f. 140-43), julgando "extinto o feito sem resolução de mérito, em razão da ausência de interesse de agir".

A) Preliminar:

Suscita o apelante preliminar de cerceamento do direito de defesa e do devido processo legal, afirmando que, ao contrário do entendimento do magistrado o apelante procurou a autarquia pleiteando o restabelecimento do benefício, apresentando exames e laudos médicos, inobstante, indeferiu a autarquia seu requerimento afirmando que estaria apto ao trabalho.

A preliminar suscitada diz respeito ao mérito do recurso e com ele será analisada.

B) Mérito:

Conforme relatado, o magistrado julgou extinto o feito sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir. Entendeu o magistrado, *"a ação não se enquadra nas exceções que autorizam a formulação do pleito diretamente em juízo, de modo que se faz necessária a comprovação do prévio requerimento administrativo, nos termos da decisão proferida pelo STF"*.

Inobstante o entendimento externado pelo magistrado, tem-se que assiste razão ao apelante. Explica-se.

A decisão do magistrado pautou-se na decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 631.240/sc, com repercussão geral, que para o ajuizamento do pedido de concessão de benefício previdenciário, é necessário o prévio requerimento administrativo para a configuração do interesse de agir. A ementa do julgado encontra-se abaixo transcrita, *in verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse de agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. ***Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção do benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.***

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir." (Recurso Extraordinário n. 631.240/MG, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, j. Em 03.09.2014) (destaque nosso)

O caso em tela, como se percebe, subsume-se à hipótese contida no item 4 da ementa supra, pois o autor/apelante pleiteia o restabelecimento do auxílio-doença e a sua conversão e/ou concessão de aposentadoria por invalidez, alegando que o benefício foi indevidamente cessado. Confira-se o relatado na sentença (f. 140):

> *" A. M. dos S. ajuizou ação com pretensão de restabelecimento de auxílio-doença ou concessão de aposentadoria por invalidez contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, alegando que recebeu o benefício previdenciário até 10/11/2013, sendo este cessado posteriormente".*
>
> *Dessa forma, é de se concluir que, ao contrário do que ocorre com os outros benefícios, para o "restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido", no caso, o auxílio-doença, não há necessidade de prévio requerimento administrativo. Vejamos a jurisprudência:*
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE – SENTENÇA MONOCRÁTICA QUE JULGOU EXTINTO O FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – PRETENDIDA REFORMA – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO JUNTO AO INSS – EXCEÇÃO PREVISTA NO RE 631.240/MG – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *1. Ao julgar o RE 631.240/MG, o STF decidiu em repercussão geral que para se caracterizar a presença de interesse de agir é preciso haver necessidade de ir a juízo pela negativa do pedido na via administrativa (pretensão resistida). Esta é a regra geral.*
>
> *2. No entanto, dispensou a exigência de prévio requerimento administrativo quando a hipótese for de "restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido.*
>
> *3. Sendo assim, resta evidente o interesse de agir do apelante, mesmo levando em consideração o julgamento do RE 631.240, uma vez que o restabelecimento do benefício enquadra-se em uma das exceções previstas na ementa daquele julgado.*
>
> *4. Recurso conhecido e provido para o fim de tornar insubsistente a sentença e determinar o regular seguimento do feito". (TJMS. Apelação n. 0800517-88.2017.8.12.0026, Bataguassu, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j. 20.09.2018)*
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE - PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – RE 631.240/MG – DESNECESSIDADE – AUXÍLIO-DOENÇA ANTERIORMENTE CONCEDIDO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *Comprovado que a autora ficou afastada do trabalho em gozo de auxílio-doença, todavia interrompido posteriormente pela autarquia, resta evidenciado que o INSS mostrou-se contrário à pretensão da parte beneficiária, o que importa na negativa automática de concessão do auxílio-acidente, enquadrando-se na exceção da exigência do prévio requerimento administrativo". (TJMS. Apelação n. 0800408-93.2015.8.12.0010, Fátima do Sul, 1ª Câmara Cível, Relator(a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 31/07/2018)*
>
> *"PREVIDENCIÁRIO – REMESSA OFICIA –. NÃO CONHECIDA – INTERESSE DE AGIR. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE – AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORAL. TERMO INICIAL – ALTA PROGRAMADA. 1. (...). 2. A cessação do auxílio-doença é suficiente para configurar a pretensão resistida por parte do INSS e o consequente interesse de agir da parte autora, ainda que não tenha havido prévio requerimento de prorrogação do auxílio-doença na esfera administrativa, uma vez que o INSS tem obrigação de avaliar se houve a recuperação da capacidade laborativa do segurado. (...)" (TRF-4 – AC: 50040281420194047209 SC 5004028-14.2019.4.04.7209, Relator: Eliana Pggiarin Marinho, Data de Julgamento: 17/11/2020, Turma Regional Suplementar de SC)*
>
> *"(...)*

2. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 631.240/MG, julgado sob a sistemática da repercussão geral, firmou entendimento quanto à necessidade de prévio requerimento administrativo junto ao INSS para a concessão de benefício previdenciário antes da propositura da ação judicial objetivando idêntica pretensão, salvo quando o entendimento da Autarquia Federal for notória e reiteradamente contrária à postulação do segurado e nos casos de revisão, restabelecimento ou manutenção do benefício anteriormente concedido. (...)" (Resp 1145184/PR, Rel Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/04/2018, Dje 20/04/2018).

No caso, o autor comprovou que recebeu o auxílio doença em 2012 e que foi cessado em 10.11.2013, destacando-se que o pedido é de restabelecimento do benefício cessado. Dessa forma, a questão padece da necessidade de maiores discussões.

Além do mais, tendo já sido realizada a perícia médica oficial que concluiu pela incapacidade total do autor/apelante para o trabalho a partir de 12.09.2018, confirmado o interesse do autor.

Contudo, não estando os autos prontos para o julgamento, devem ser devolvidos à vara de origem.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e dou-lhe provimento para declarar a insubsistência da sentença e, via de consequência, determinar o retorno dos autos à comarca de origem para o seu processamento.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 30 de março de 2021.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Apelação Cível n.º 0801577-84.2018.8.12.0051 - Itaquiraí

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – OFENSA À DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – COBRANÇA DE DÉBITO PRETÉRITO – IRREGULARIDADE NO MEDIDOR DE ENERGIA COMPROVADA – REVISÃO DO FATURAMENTO CABÍVEL – BOA-FÉ CONTRATUAL E VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Tendo o recorrente apontado os motivos do seu inconformismo, contrapondo-os com os fundamentos lançados na sentença, deve ser rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa à dialeticidade.

Comprovada a medição a menor, é lícito à concessionária apurar a diferença entre a quantidade de energia consumida e efetivamente cobrada e exigir do consumidor a contraprestação devida, com fundamento no princípio da boa-fé contratual, que deve pautar a conduta dos contratantes, e na vedação ao enriquecimento ilícito.

Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de março de 2021.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

J. R., não se conformando com a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Itaquiraí, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito proposta em desfavor E. M. G. do S. - D. de E. S.A., interpõe o presente recurso de apelação.

Relata que a inspeção no relógio medidor foi feita à revelia pela concessionária, ou seja, sem a presença ou acompanhamento de qualquer membro da residência, o que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sustenta que não houve prova de que tenha ocorrido fraude, tampouco a constatação de qualquer ilícito por parte do consumidor, portanto, é inadmissível que a apuração unilateral sirva de prova.

Argumenta que meras suposições não autorizam a imputação de fraude ao consumidor, sendo necessário a prova de que tenha contribuído para o resultado.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a sentença recorrida e julgar procedentes os pedidos iniciais.

Em contrarrazões (f. 142/158), a apelada suscita preliminar de violação ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pugna pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Joaquim Raymundo, objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Itaquiraí, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito proposta em desfavor da E. M. G. do S. - D. de E. S.A.

Relata que a inspeção no relógio medidor foi feita à revelia pela concessionária, ou seja, sem a presença ou acompanhamento de qualquer membro da residência, o que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sustenta que não houve prova de que tenha ocorrido fraude, tampouco a constatação de qualquer ilícito por parte do consumidor, portanto, é inadmissível que a apuração unilateral sirva de prova.

Argumenta que meras suposições não autorizam a imputação de fraude ao consumidor, sendo necessário a prova de que tenha contribuído para o resultado.

Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a sentença recorrida e julgar procedentes os pedidos iniciais.

Passo ao exame da preliminar de não conhecimento do recurso, suscitada pela apelada, ao fundamento de que o recorrente malferiu o princípio da dialeticidade, pois limitou-se a repetir o que foi dito na peça de ingresso.

Como é sabido, *"o sistema processual brasileiro consagra e positiva o princípio da dialeticidade ao exigir que o recurso faça impugnação específica aos fundamentos do provimento jurisdicional atacado (arts. 544, § 4º, I, do Código de Processo Civil de 1973; 932, III, e 1.021, § 1º, do atual Código de Processo Civil; e 259, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça)" (STJ, AgInt no AREsp 1172338/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 18/06/2018).*

In casu, o recorrente aponta os motivos do seu inconformismo, contrapondo-os com os fundamentos lançados na sentença, razão pela qual, sem maiores considerações, rejeito a preliminar.

No mérito, a controvérsia submetida ao crivo desta instância revisora gira em torno de cobrança excessiva, decorrente do fornecimento de energia elétrica à unidade consumidora do apelantes, o qual defende sua ilegalidade, haja vista a apuração unilateral feita pela concessionária.

Contudo, extrai-se que a fatura cobrada provém de revisão do faturamento levada a efeito pela concessionária, após a instauração de procedimento para apurar possível irregularidade na captação de energia elétrica e que foi constatado a existência de "UC com Jamper no Pontalete entrada com saída", que é caracterizada quando a energia passa diretamente da rede externa para a rede interna sem passar pelo medidor.

Ainda é possível constatar que o consumo de energia elétrica da unidade consumidora subiu consideravelmente, após a remoção da irregularidade constatada do medidor, conforme fl. 94 dos autos.

Nota-se que no período entre marco e setembro de 2017 não há consumo registrado e que, após a substituição do medidor, logo no primeiro mês foi apurado o consumo de 2,53 kwh.

Nesse aspecto, verificado o consumo de energia a menor, é lícito à concessionária apurar a diferença entre a quantidade consumida e efetivamente cobrada e, consequentemente, exigir do consumidor a contraprestação devida, evitando o enriquecimento sem causa deste.

Embora, de fato, não existam provas de que o consumidor foi o autor de eventual adulteração, que culminou na revisão do faturamento da energia elétrica, é certo que ele se beneficiou do consumo, conforme, aliás, sopesou o magistrado sentenciante:

> *"Esse vício resta devidamente evidenciado pelo histórico de consumo juntado aos autos pela requerida (fls. 94), que demonstra evidente alteração de consumo nos meses de março a setembro de 2017, sendo que este foi restabelecido com a substituição do medidor.*
>
> *Se a parte autora não agiu de forma fraudulenta, deveria, no mínimo, ter desconfiado dos valores que estavam sendo cobrados nas faturas, e agido de boa-fé, comunicando a concessionária, demonstrando zelo com o equipamento que lhe foi cedido nos termos do art. 167, da Resolução n. 414/2010 da ANEEL, que assim dispõe:*
>
> *Art. 167. O consumidor é responsável:*
>
> *(...)*
>
> *III – pelos danos causados aos equipamentos de medição ou ao sistema elétrico da distribuidora, decorrentes de qualquer procedimento irregular ou deficiência técnica da unidade consumidora*
>
> *Assim, cabe ao consumidor manter em adequado funcionamento os equipamentos necessários para a medição do consumo de energia, sendo que qualquer problema deve ser comunicado à concessionária para que proceda aos ajustes necessários, o que não foi feito pela parte autora, motivo pelo qual a sua pretensão não merece guarida.*
>
> *Na hipótese, não há qualquer ilegalidade ou mesmo irregularidade na elaboração do "Termo de Ocorrência", principalmente porque devidamente atestada a fraude no medidor da residência da parte autora.*
>
> *Assim, a parte requerida comprovou que o medidor de energia elétrica foi efetivamente adulterado/fraudado, provocando desvio de energia elétrica e, por conseguinte, redução indevida do valor constante da fatura, ou seja, a Enersul recebeu* menos do que lhe era devido.

E, uma vez atestada a fraude, a concessionária se tornou autorizada a calcular e cobrar a diferença de consumo de energia elétrica não paga." (f. 125/126).

Dessa forma, comprovada a irregularidade no aparelho medidor do consumo de energia elétrica, correta a cobrança retroativa de valores consumidos e não pagos, com fundamento no princípio da boa-fé contratual, que deve pautar a conduta dos contratantes, e vedação ao enriquecimento ilícito, sendo, portanto, de rigor a improcedência do pedido de inexistência de débito.

Ante o exposto, conheço do presente recurso, mas nego-lhe provimento para manter incólume a sentença recorrida.

Outrossim, com fulcro no artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios, fixados em primeiro grau, para R$1.200,00 (mil e duzentos reais); devendo, contudo, tal verba permanecer suspensa, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 30 de março de 2021.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Apelação Cível n.º 0806721-95.2019.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL – IMPUGNAÇÃO AO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA - PESSOA NATURAL – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVEM A FALTA DE PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – IMPUGNAÇÃO REJEITADA – ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA – CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AFORAMENTO DE APELAÇÃO – ERRO INJUSTIFICÁVEL – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO.

01. Não trazendo o impugnante elementos concretos que evidenciem a ausência dos pressupostos para concessão do benefício da gratuidade da justiça à pessoa natural, rejeita-se a impugnação, com amparo no artigo 99, § 1º do Código de Processo Civil.

02. A exclusão de um dos litisconsortes do polo passivo, por ilegitimidade, com o prosseguimento do feito em relação aos demais, não configura extinção da totalidade da demanda. Por conseguinte, proferida decisão interlocutória e não sentença, é cabível a interposição de agravo de instrumento e não recurso de apelação cível.

02. Nesse contexto, o caso é de não ser conhecido o recurso, por erro injustificável na sua interposição, sem possibilidade de se aplicar ao caso o princípio da fungibilidade. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de março de 2021.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

V. R. C. interpõe recurso de apelação, irresignado com a decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, MS, que indeferiu a inicial, em relação à requerida D. E. I., por ser manifestamente parte ilegítima para figurar no polo passivo, devendo ser excluída.

Em suas razões recursais (fl. 104/110), o autor pleiteia a reforma da sentença de primeiro grau, porquanto entende que é possível a aplicação da Teoria da Aparência pois a consumidora julgava estar contratando com a proprietária do imóvel, e não com a intermediária,tanto que toda a oferta dos lotes fora praticado pela imobiliária e não pelo empreendedor Eldorado.

Alega que o corretor A. A. é proprietário da empresa D. E., e que além disso, o contrato, a venda, e os recebimentos mensais financeiros haviam a logomarca da empresa em questão.

Assim, obtempera que "amparado pela Teoria da aparência pode demandar contra a empresa que intermediou contrato havido, visto que toda a contratação e pagamentos são feitos nas dependências da intermediária, preconizados então o direito do consumidor conforme incide no artigo 7º. Do CDC, por incidir na espécie, o principio da boa fé objetiva ante a solidariedade havida entre as empresas."

Requer então que seja afastada a extinção do processo, sem julgamento do mérito e pela devida devolução dos autos ao Juízo de origem para o processamento do feito.

Deixou de recolher o preparo, em razão de ser beneficiário da justiça gratuita (f. 90).

Contrarrazões às fls. 116/122, oportunidade em que a recorrida impugnou a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao apelante e, no mérito, postulou o desprovimento do recurso.

Por sua vez, o apelante defendeu a manutenção dos benefícios da justiça gratuita (f. 201-9), porém deixou escoar o prazo assinado para se manifestar a respeito do cabimento do recurso (f. 212 e 215).

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por V. R. C., irresignado com a decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, MS, que indeferiu a inicial, em relação à requerida D. E. I. por ser manifestamente parte ilegítima para figurar no polo passivo, devendo ser excluída.

Cumpre, inicialmente, analisar a impugnação ao benefício da gratuidade da justiça, concedido ao apelante, pelo juízo de primeiro grau. Ocorre que a irresignação manifestada pela recorrida não merece prosperar, eis que não trouxe aos autos elementos concretos que infirmem a presunção de veracidade da declaração, deduzida por pessoa natural, de insuficiência de recursos para arcar com as despesas processuais, segundo prescreve o artigo 99, § 3º do Código de Processo Civil.

Assim, ante a ausência de provas que demonstrem que o autor não faz jus à concessão da gratuidade, rejeito a impugnação, o que faço com fundamento no § 2º do supracitado dispositivo legal.

Conforme relatado, o autor pleiteia a reforma da sentença de primeiro grau, porquanto entende que é possível a aplicação da Teoria da Aparência pois a consumidora julgava estar contratando com a proprietária do imóvel, e não com a intermediária, tanto que toda a oferta dos lotes fora praticado pela imobiliária e não pelo empreendedor Eldorado.

Alega que o corretor A. A. é proprietário da empresa D. E. I., e que além disso, o contrato, a venda, e os recebimentos mensais financeiros haviam a logomarca da empresa em questão.

Assim, obtempera que "amparado pela Teoria da aparência pode demandar contra a empresa que intermediou contrato havido, visto que toda a contratação e pagamentos são feitos nas dependências da intermediária, preconizados então o direito do consumidor conforme incide no artigo 7º. Do CDC, por incidir na espécie, o principio da boa fé objetiva ante a solidariedade havida entre as empresas."

Requer então que seja afastada a extinção do processo sem julgamento do mérito e pela devida devolução dos autos ao Juízo de origem para o processamento do feito.

Os autos versam sobre ação revisional ajuizada em desfavor de E. E. I. Ltda e D. E. I.

Conforme decisão de f. 100/101, a parte autora deveria explicar a causa de pedir para o ingresso da requerida D. E. I. no polo passivo, já que, a rigor, tal empresa não figura no contrato, não tendo contraído obrigações objeto deste feito, sob pena de indeferimento da inicial.

Observo que a r. decisão recorrida não se trata de sentença propriamente dita, mas de decisão interlocutória em face da qual, conforme disposto no artigo 1.015, VII, do CPC, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, e não o de apelação, aqui incorretamente intentada.

Deveras, a exclusão de um dos litisconsortes do polo passivo, por ilegitimidade, com o prosseguimento do feito em relação aos demais, não configura extinção da totalidade da demanda. Por conseguinte, proferida uma decisão interlocutória e não uma sentença, é cabível a interposição de agravo de instrumento e não recurso de apelação cível.

Nesse contexto, o caso é de não ser conhecido o recurso, por erro injustificável na sua interposição, sem possibilidade de se aplicar ao caso o princípio da fungibilidade. Nesse sentido, vejamos:

> *EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE? EXCLUSÃO DE UM DOS EXECUTADOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL, SEM EXTINÇÃO DO PROCESSO? RECURSO CABÍVEL: AGRAVO? PRECEDENTES? SÚMULA 83/STJ.*
>
> *1. É pacífico nesta Corte Superior que a decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, prosseguindo-se a execução com relação aos demais co-executados, é recorrível por meio de agravo de instrumento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de apelação.*
>
> *2. Precedentes: AgRg nos Edcl no Ag 1132332/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/04/2010, DJe 05/05/2010; AgRg no Resp 771.253/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/03/2009, DJe 14/04/2009; Resp 889082/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 3.6.2008, DJe 6.8.2008; Resp 1026021/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17.4.2008, DJ 30.4.2008; Resp 801.347/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21.3.2006, Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul DJ 3.4.2006.*
>
> *3. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO. (AgRg no Ag 1236181/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 13/09/2010)*
>
> *EXECUÇÃO FISCAL? EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE? EXCLUSÃO DE UM DOS EXECUTADOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL, SEM EXTINÇÃO DO PROCESSO? RECURSO CABÍVEL: AGRAVO? PRECEDENTES? SÚMULA 83/STJ.*
>
> *1. É pacífico nesta Corte Superior que a decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, prosseguindo-se a execução fiscal com relação aos demais co-executadas, é recorrível por meio de agravo de instrumento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de apelação.*
>
> *2. Precedentes: REsp 889082/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 3.6.2008, DJe 6.8.2008, REsp 1026021/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17.4.2008, DJ 30.4.2008; REsp 801.347/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21.3.2006, DJ 3.4.2006. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 771.253/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/03/2009, DJe 14/04/2009)*
>
> *PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIAS PASSÍVEIS DE ARGÜIÇÃO. SÚMULA 07/STJ. EXCLUSÃO DE UM DOS EXECUTADOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL, SEM EXTINÇÃO DO PROCESSO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO.*

1. A possibilidade de verificação de plano, sem necessidade de dilação probatória, delimita as matérias passíveis de serem deduzidas na exceção de pré-executividade, independentemente da garantia do juízo.

2. Não é possível a argüição de ilegitimidade passiva por exceção de pré-executividade, se, para a aferição dessa, for necessária dilação probatória.

3. É inviável o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.

4. "A decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, sob o fundamento de ilegitimidade passiva ad causam, é impugnável por meio de agravo, uma vez que não põe termo à relação processual" (Resp 364339/SP, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 21.06.2004).

5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 801.347/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21/03/2006, DJ 03/04/2006, p. 288)

No mesmo sentido o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça, conforme se infere dos arestos abaixo:

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE – EXCLUSÃO DE UM DOS EXECUTADOS – ACOLHIDA – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO – RECURSO CABÍVEL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – RECURSO NÃO CONHECIDO – ALEGADA OMISSÃO NO TOCANTE À FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS – OMISSÃO SANADA – EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. Acolhe-se os embargos de declaração para sanar a omissão apontada no tocante à fixação dos honorários recursais. (TJMS. Embargos de Declaração n. 0041725-39.2012.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 20/11/2017, p: 24/11/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA PARA EXCLUSÃO DE UM DOS EXECUTADOS – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – RECURSO NÃO CONHECIDO. É interlocutória a decisão que exclui um dos litisconsortes do polo passivo, por ilegitimidade de parte, prosseguindo-se o feito perante os demais, recorrível, portanto, por meio de agravo de instrumento. A interposição de apelação configura erro grosseiro e impede o conhecimento do recurso. (TJMS. Apelação n. 0041725-39.2012.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 01/08/2017, p: 08/08/2017)

Importante ressaltar que o princípio da instrumentalidade das formas não pode ser aplicado ao caso concreto já que não serve para acobertar erro crasso cometido pela parte. Havendo a lei disposto, expressamente, sobre qual o recurso cabível, impossível se aplicar o princípio da fungibilidade, que pressupõe dúvida razoável, quer pela omissão da lei, quer pela divergência doutrinária ou jurisprudencial, sobre o recurso pertinente para atacar determinado ato judicial. A hipótese, assim, é de não conhecimento do recurso.

Ante o exposto, não conheço do recurso de apelação interposto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 30 de março de 2021.

***

4ª Câmara Cível
Relator em substituição legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Apelação Cível n.º 0822141-40.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS MATERIAIS – IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA E PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO REJEITADAS – AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICADO – INOCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA COM AÇÃO INDIVIDUAL – SINDICATO QUE ATUA COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL – INEXISTÊNCIA DE DESÍDIA OU EXCLUSÃO INJUSTIFICADA DA APELADA DA AÇÃO COLETIVA – ATO ILÍCITO NÃO VERIFICADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Muito embora possa a parte adversa oferecer impugnação à justiça gratuita, o ônus de provar alteração na situação financeira do impugnado ou que tem ele plenas condições de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, é do impugnante. No caso, além de não ter anexado qualquer comprovação, os documentos anexados na inicial demonstram a hipossuficiência econômica da apelada.

A prescrição da pretensão de reparação civil é trienal, cujo termo inicial é a data em que tomou o ofendido inequívoco conhecimento da extensão dos danos. Precedentes do STJ.

Cuida-se de ação de reparação ajuizada por Policial Civil do Estado de MS pretendendo a condenação do SINPOL/MS a reparação por danos materiais, decorrente de sua exclusão de ação coletiva promovida pelo sindicato. Cumpre ressaltar que a ação coletiva do sindicado foi exitosa, enquanto que a individual ajuizada pela apelada não.

Ainda que não haja litispendência entre as ações coletivas com as individuais e que detêm o sindicato legitimidade ativa *ad causam* para atuar como substituto processual, independente de prévia autorização, na hipótese dos autos não houve prática de ato ilícito na exclusão da apelada da ação coletiva, porquanto, na instrução processual, restou evidenciado ter a apelada optado por ação individual em detrimento da coletiva, não sendo, portanto, arbitrária ou injustificada a exclusão por parte do sindicato.

Considerando que jamais foi a intenção da apelada em participar da ação coletiva proposta pelo sindicato, como também restou evidenciado que o sindicato, em momento algum, impediu sua participação no processo ou, ainda, de aproveitar-se da sentença coletiva e liquidá-la individualmente, não se vislumbra a prática de qualquer ato ilícito ensejador de reparação por danos materiais.

Não deve a apelada, diante de sua escolha por ação individual e sua evidente desídia, beneficiar-se da própria torpeza.

Sentença reformada para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, rejeitaram a impugnção ao benefício da Justiça Gratuita, rejeitaram a prejudicial e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 15 de junho de 2021

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta pelo S. dos P. C. do E. de M. G. do S. em face de MFCA, pretendendo a reforma da sentença de fls. 1011/1015, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, a fim de condenar o sindicado ora apelante ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 26.893,14 (vinte e seis mil, oitocentos e noventa e três reais e quatorze centavos), com correção monetária pelo IGPM a contar do último cálculo elaborado e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Preliminarmente, ofertou impugnação à justiça gratuita e arguiu a prescrição do direito de reparação civil.

No mérito, sustenta que a ação que o condenou ao pagamento de indenização por danos materiais à apelada não deve prosperar, posto que à época da propositura da demanda, a lei e a jurisprudência consideravam existir litispendência entre ação individual e ação coletiva, de modo que, diante da retroatividade jurisprudencial, inexiste dolo por parte do Sindicato, porquanto que teria a apelada optado por ajuizar ação individual.

Defende que a apelada teria usufruído de seu direito de optar por advogado e ação diversos do Sindicado; a inocorrência de similitude dos julgados cotejados pela apelada em face do ora recorrente; direito à ciência inequívoca da recorrida acera do trâmite da ação coletiva não foi afrontado ou prejudicado; inexistência de afronta ao princípio da isonomia e incompatibilidade entre a sentença objurgada e a jurisprudência do STJ, aplicando-se a teoria da *actio nata.*

Prequestiona a matéria.

Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso a fim de que seja reformada a sentença e julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial. Alternativamente, requer seja adotado o marco do trânsito em julgado da ação de conhecimento para contagem da prescrição e, ainda, o retorno dos autos à origem para conclusão da instrução probatória (razões às fls. 1019/1066).

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (fls. 1073/1094).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta pelo S. dos P. C. do E. de M. G. do S. em face de MFCA, pretendendo a reforma da sentença de fls. 1011/1015, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, a fim de condenar o sindicato ora apelante ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 26.893,14 (vinte e seis mil, oitocentos e noventa e três reais e quatorze centavos), com correção monetária pelo IGPM a contar do último cálculo elaborado e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Preliminarmente, ofertou impugnação à justiça gratuita e arguiu a prescrição do direito de reparação civil.

No mérito, sustenta que a ação que o condenou ao pagamento de indenização por danos materiais à apelada não deve prosperar, posto que à época da propositura da demanda, a lei e a jurisprudência consideravam existir litispendência entre ação individual e ação coletiva, de modo que, diante da retroatividade jurisprudencial, inexiste dolo por parte do sindicato, porquanto que teria a apelada optado por ajuizar ação individual.

Defende que a apelada teria usufruído de seu direito de optar por advogado e ação diversos do Sindicato; a inocorrência de similitude dos julgados cotejados pela apelada em face do ora recorrente; direito à ciência inequívoca da recorrida acera do trâmite da ação coletiva não foi afrontado ou prejudicado; inexistência de afronta ao princípio da isonomia e incompatibilidade entre a sentença objurgada e a jurisprudência do STJ, aplicando-se a teoria da *actio nata.*

Prequestiona a matéria.

Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso a fim de que seja reformada a sentença e julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial. Alternativamente, requer seja adotado o marco do trânsito em julgado da ação de conhecimento para contagem da prescrição e, ainda, o retorno dos autos à origem para conclusão da instrução probatória (razões às fls. 1019/1066).

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (fls. 1073/1094).

Era o que merecia destaque.

ADMISSIBILIDADE.

Os requisitos de admissibilidade encontram-se presentes, pois, além de tempestivo, o preparo foi devidamente recolhido (fls. 1.067/1.069). Assim, **recebo** o recurso em seus efeitos devolutivo e suspensivo (art. 1012 e 1.013, ambos do CPC).

IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA.

Muito embora possa a parte adversa oferecer impugnação à justiça gratuita, o ônus de provar alteração na situação financeira do impugnado ou que tem ele plenas condições de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, é do impugnante, mediante a juntada aos autos de documentos hábeis a justificar a revogação do benefício.

Neste sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. REVISÃO DAS TARIFAS BANCÁRIAS. PEDIDO RECONVENCIONAL. TARIFAS DE REGISTRO E DE AVALIAÇÃO DO BEM. RECURSO REPRESENTATIVO. ABUSIVIDADE IDENTIFICADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO INDICADO NAS TARIFAS. IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA. ÔNUS DA PROVA DO IMPUGNANTE. NÃO CUMPRIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Conforme entendimento consolidado no STJ, através do recurso representativo da controvérsia. REsp n. 1.578.553. é válida a cobrança das tarifas de registro e de avaliação do bem, ressalvada a abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto. Na hipótese, não há provas de que os serviços de registro do contrato e de avaliação do bem foram efetivamente prestados para justificar a cobrança das respectivas tarifas, o que evidencia a abusividade na contratação e consequente invalidade da cobrança. **O ônus da prova de que o impugnado tem condições financeiras de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, sem prejuízo do seu sustento e de sua família, cabe ao impugnante, através da juntada de documentos hábeis capazes de justificar a revogação do benefício. Não atendido tal encargo, deve ser mantida a decisão que defere os benefícios da justiça gratuita ao impugnado**" (**TJMS**; AC 0800296-38.2018.8.12.0037; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues; DJMS 26/07/2019; Pág. 76) – destaquei*

No caso dos autos, a despeito da renda bruta da apelante ser de R$ 8.026,37 (oito mil, vinte e seis reais e trinta e sete centavos), deduzidos os descontos legais (Previdência e IR), plano de saúde e empréstimos, sua renda líquida é inferior a 3 mil reais.

Além do mais, não comprovou o Sindicato impugnante que possui a apelada condição financeira suficiente para arcar com as custas do processo.

Dessa forma, afasto a impugnação.

PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO.

Para saber se a pretensão deduzida na inicial foi alcançada pela prescrição, imperioso em esclarecer o prazo prescricional e o termo inicial.

Pois bem. Em se tratando de ação cuja pretensão é a reparação civil, o Código Civil é claro em dispor que o prazo prescricional é trienal. Vejamos:

> *"Art. 206. Prescreve:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Em três anos:*
>
> *(...)*
>
> *V - a pretensão de reparação civil;"*

Quanto ao termo inicial, via de regra, o ato ilícito e a pretensão surgem instantaneamente, ou seja, conta-se da data em que o ilícito foi praticado. Neste sentido, aliás, é o que dispõe o art. 189 do CC:

> *"Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206."*

Contudo, há exceção à regra!

Em algumas situações o prazo prescricional não se inicia quando da prática do ilícito, mas sim no momento em que a lesão torna-se aparente. Em outras palavras, quando o dano emerge aos olhos do ofendido.

O tema, a propósito, me parece que é matéria já pacificada perante o Superior Tribunal de Justiça. Observe:

> *"RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO DO SOLO E DO LENÇOL FREÁTICO POR PRODUTOS QUÍMICOS UTILIZADOS EM TRATAMENTO DE MADEIRA DESTINADA À FABRICAÇÃO DE POSTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. PRECEDENTES. 1. A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a ocorrência de similitude fática entre o acórdão atacado e o paradigma, o que não ocorreu no caso. 2. Inviável a incidência da Súmula nº 7/STJ a obstaculizar o conhecimento do recurso, visto que se trata, na espécie, tão somente de firmar posição sobre tese jurídica, isto é, qual o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Precedentes. 3. Não há como se presumir que, pelo simples fato de haver uma notificação pública da existência de um dano ecológico, a população tenha manifesto conhecimento de quais são os efeitos nocivos à saúde em decorrência da contaminação. **4. Na linha dos precedentes desta Corte Superior, o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo**. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte não provido, para dar prosseguimento ao processo". (REsp 1346489/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 26/08/2013).*

O caso dos autos se amolda ao entendimento do STJ, porquanto a apelada somente tomou inequívoco conhecimento da extensão dos danos, ou seja, de que não possuía qualquer direito creditício decorrente da

ação coletiva proposta pelo SINPOL/MS, quando teve negado o pedido de inclusão nos precatórios dela originados, o que se deu na data de 04/07/2018, conforme documentos que seguem às fls. 36/37.

Destarte, considerando que a presente ação foi ajuizada em 25/07/2018, ou seja, antes do decurso do prazo prescricional trienal, rejeito a prejudicial.

MÉRITO.

Ao examinar os autos, extrai-se que a autora/apelada alegou na inicial, em breve síntese, que é Policial Civil e que teria sido indevidamente excluída da ação coletiva de nº 0014981-95.1998.8.12.00001, promovida pelo Sindicato dos Policiais Civis de Mato Grosso do Sul – SINPOL/MS, ora apelante.

Assevera que os pedidos formulados na ação coletiva do sindicato foram julgados procedentes, sendo o Estado de Mato Grosso do Sul condenado à proceder a incorporação aos subsídios dos autores daquela demanda, mediante atualização monetária, do auxílio-alimentação, a partir da vigência das Leis Estaduais nº 1834 e nº 1836, ambas de 06 de abril de 1998.

Afirmou, ainda, que por ter sido excluída da ação coletiva, não recebeu os valores decorrentes dos Precatórios n. 2008.035059-0 e 2008.035062-4, respectivamente nos valores de R$ 6.989,85 (seis mil novecentos e oitenta e nove reais oitenta e cinco centavos) e R$ 19.903,29 (dezenove mil novecentos e três reais e vinte e nove centavos).

Por esta razão, ajuizou a presente ação de indenização por danos materiais em face do SINPOL/MS, pretendendo o recebimento da quantia de R$ 26.893,14 (vinte e seis mil, oitocentos e noventa e três reais e quatorze centavos), referente ao que teria direito se não tivesse sido excluída da ação coletiva.

A sentença de fls. 1.011/1.015 julgou procedentes os pedidos formulados na inicial nos seguintes termos:

> *"Assim, para averiguar se houve danos causados à requerente, é imprescindível verificar se houve o cometimento de ato ilícito pelo demandado, ao indeferir o pedido de recebimento dos valores provenientes dos precatórios supramencionados.*
>
> *Portanto, passa-se a apreciação da alegada litispendência entre a ação coletiva proposta pelo requerido e a ação individual da requerente.*
>
> *O artigo 104 do Código do Consumidor dispõe: "As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva", ou seja, é estabelecido que nos casos de direitos difusos e coletivos, a existência concomitante de ações individuais e coletivas não ensejariam litispendência, contudo, não é previsto no que diz respeito as ações que tem direto individual homogêneo.*
>
> ***Em que pese o requerido argumentar que a demandante foi excluída do rol de beneficiários e a ocorrência da litispendência decorrer da aplicação do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que não merece guarida, isso porque se trata de direito coletivo e não de direito individual homogêneo, ou seja, aquele previsto no artigo 81, inciso II do Código de Defesa do Consumidor*** *(os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base),* ***afastando-se assim, a ocorrência de litispendência, cabendo à requerente optar entre permanecer com a ação individual ou suspendê-la e ingressar na ação coletiva, o que no caso, a requerente solicitou pela seu ingresso****.*
>
> *Ademais, no que diz respeito ao argumento do requerido de que ao tempo do trânsito em julgado da sentença da ação coletiva, a requerente não era mais filiada ao sindicado, observa-se que lhe assiste razão, posto que da análise dos holerites de fls. 30/33, consta que*

de janeiro a dezembro de 1998 a demandante era filiada ao sindicato e tinha descontado de seu salário as contribuições sindicais, fazendo assim, jus de usufruir de eventuais benefícios provenientes da filiação até o fim de dezembro de 1998.

Desta forma, resta indevida a exclusão da requerente do rol de substituídos da ação civil pública ajuizada em 1998, até porque o Sindicato sendo um órgão que protege determinada categoria profissional, em caso de ajuizamento de ação coletiva, não pode excluir seus filiados que tenham semelhança de cargo e função, sob pena de afronta ao princípio da igualdade.

Sendo assim, comprovada a ilegalidade de exclusão da requerente do rol de beneficiários na ação coletiva, certamente é cabível a indenização por danos materiais por ato ilícito perpetrado pelo demandado, nos termos do artigo 927 do Código Civil."

Inconformado, recorre o Sindicato dos Policiais Civis buscando a reforma da sentença.

Acerca da responsabilidade civil, o Código Civil estabelece que a reparação do dano é obrigatória para aquele que o cometeu:

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Nesse contexto, cinge a controvérsia em analisar se praticou o SINPOL/MS ato ilícito ao excluir a apelada dos valores provenientes da ação coletiva.

Pois bem. Logo de início, convém anotar que não se desconhece que não há litispendência entre demandas coletivas em defesa dos interesses individuais e homogêneos com as correlatas ações individuais.

A propósito, ao revés de que sustenta o sindicado, referido posicionamento já era majoritário muito antes da propositura das ações nos anos de 1997 e 1998.

É isso o que se extrai da norma inserta no Código de Defesa do Consumidor que, diga-se de passagem, passou a vigorar em 11/03/1991. Observe:

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

(...)

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva."

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pelo menos desde meados da **década de 90**, é firme no sentido de **inexistir litispendência** entre ação coletiva ajuizada por sindicato com demanda individual.

Vejamos julgado de relatoria do e. Min. Edson Vidigal do STJ, proferido no ano de 1999:

> *"PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO ORDINÁRIA AJUIZADA POR SINDICATO. LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA**. AUTARQUIA FEDERAL. AUTONOMIA ADMINISTRATIVO-FINANCEIRA. LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO. NÃO INCLUSÃO DA UNIÃO NA LIDE. 2. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. REAJUSTE DE 28,86% OUTORGADO AOS MILITARES PELAS LEIS NºS 8.622/93 E 8.627/93. EXTENSÃO AOS SERVIDORES CIVIS. REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO. PRECEDENTES. **1. Não ocorre litispendência da ação individual em face da anterior propositura de ação coletiva por entidade de classe ou sindicato. Precedentes**. 2. A Autarquia não age por delegação, mas sim por direito próprio e com autoridade pública; dada sua autonomia jurídica, administrativa e financeira, deve responder no polo passivo da ação visando o reajuste de 28,86%, não havendo que se falar em litisconsórcio necessário com a União. 3. Diante da determinação inserta no Art. 37, X, da Constituição Federal, a Lei nº 8.627/93, ao disciplinar sobre a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, não poderia determinar reajuste apenas para os militares, impondo-se a sua extensão aos servidores públicos civis. (Precedente do STF, RMS nº 22.307-7, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 13.06.97). 4. Os servidores civis, pertencentes às categorias funcionais que também foram beneficiadas com reajustes menores pela Lei nº 8.627/93, devem receber apenas a complementação do seu reajuste, até o limite de 28,86% (EDcl no RMS nº 22.307-7, Rel. p/ Acórdão Nelson Jobim, julgado em 11.03.98). 5. Recurso conhecido mas não provido. (**STJ**. REsp 236.302/PE, Rel. **Ministro Edson Vidigal**, Quinta Turma, **julgado em 14/12/1999**)"* - destaquei

A propósito, ainda é este o entendimento que vigora perante o STJ:

> *"PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. AÇÃO INDIVIDUAL. ACORDO EM AÇÃO COLETIVA ANTERIOR. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. OBSERVÂNCIA. **1. O sistema processual brasileiro admite a coexistência de ação coletiva e ação individual que postulem o reconhecimento de um mesmo direito, inexistindo litispendência entre elas.***
>
> *2. Prestada a jurisdição na demanda coletiva, não é mais possível ao interessado buscar que o provimento judicial de uma jurisdição prevaleça sobre o da outra, porquanto isso representaria clara afronta ao princípio do juiz natural. 3. Hipótese em que a presente ação de revisão de benefício foi aforada mais de dois anos após a homologação de acordo na Ação Civil Pública n. 0002321-59.2012.4.03.6133, no qual a autarquia se comprometeu a revisar a renda mensal dos benefícios por incapacidade, estabelecendo um cronograma para o pagamento dos valores em atraso. 4. Agravo interno desprovido. (STJ. AgInt no REsp 1674125/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/03/2021, DJe **17/03/2021**)"* - destaquei

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA. INOCORRÊNCIA. RESP 1.336.026/PE (JULGADO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS). MODULAÇÃO DOS EFEITOS. **1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de inexistir litispendência entre ação individual e ação coletiva, assim como no sentido de ser inaproveitável e inoponível a coisa julgada formada na ação coletiva para quem litiga individualmente e não desistiu de sua ação**. No caso, não tendo os autores requerido a suspensão da ação individual nem intervindo na ação coletiva como litisconsortes, não há óbice para a propositura da ação individual, pois não se configura a litispendência, e a coisa julgada formada na ação coletiva não os alcança. [...] 7. Agravo Interno não provido. (STJ. AgInt no REsp 1890827/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2021, DJe **02/03/2021**)"* - destaquei

Não poderia deixar de consignar que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais. É esta a redação do art. 8º, inciso III da Constituição Federal:

> *"Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:(...)*
>
> *III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;"*

Assim, também não se desconhece que, diferentemente das associações, que atuam por representação, os sindicatos não necessitam de autorização expressa para ingressar em juízo, quer seja nas ações ordinárias, que nas seguranças coletivas, diante da legitimidade ativa *ad causam* para atuar como substitutos processuais.

Corroborando com este entendimento:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 3, 17%. EMBARGOS À EXECUÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO. TRIBUNAL DE ORIGEM AFIRMOU QUE NÃO HOUVE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA. AÇÃO COLETIVA. FACULDADE DO EXEQUENTE DE PROPOR O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA NO JUÍZO SENTENCIANTE OU NO PRÓPRIO DOMICÍLIO. SINDICATO. RELAÇÃO NOMINAL. DISPENSÁVEL. [...]* ***8. Por fim, esclareça-se que é firme no STJ a orientação de que os Sindicatos, na qualidade de substitutos processuais, detêm legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, independente de autorização expressa ou relação nominal.*** *Nesse sentido: REsp 1.666.086/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2017. 9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (**STJ**. REsp 1709441/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)"* - destaquei

Contudo, ainda assim, data máxima vênia, no caso em específico dos autos, tenho que NÃO praticou o SINPOL/MS ato ilício.

Isso porque, em primeiro lugar, a prova dos autos não deixa qualquer margem de dúvidas de que foi a APELADA quem não quis que o sindicato ajuizasse a ação em seu nome, posto que OPTOU por ingressar em juízo com advogado particular.

Durante a instrução processual, anexaram as partes nos autos inúmeros depoimentos prestados por Policiais Civis em outros processos que discutem a mesma matéria. Dentre eles destaco:

A. A. F. (vide fls. 943/944):

> *"(...)* ***que na época, houve um pessoal que não quis entrar pelo Sindicato; que alguns policiais, que estava com procuração com advogado para assinatura percorrendo as delegacias para entrar com a ação; que o depoente não quis assinar porque o Sindicato já tinha informado que iria entrar com a ação; que o próprio pessoal da Sinpol foram até as delegacias avisando que iriam entrar com a ação****; que os fatos ocorreram entra 1997 e 1998;* ***que os policiais que estavam com advogado alegaram que o Sindicato demoraria muito para entrar com a ação****; que tudo que acontece na polícia todos sabem;* ***que todos os policiais sabiam que estavam entrando com a ação, sendo de conhecimento notório****; que era de conhecimento notório que os policiais que estavam entrando com ação pelo advogado não estariam na ação ajuizada pelo Sinpol; que no Sindicato não faz notícias por escrito; que quem é policial sabe que na delegacia todos ficam sabendo dos assuntos da polícia; que não houve informação por escrito, mas era de conhecimento geral;* ***que os policiais que entraram com ação pelo advogado foram primeiro no Sindicato, e pela dificuldade do Sindicato em entrar com a ação, preferiram entrar com Advogado*** *(...)".*

L. C. B. B. (vide fls. 989):

> *"(...) que como não vinha o reajuste, a classe resolveu entrar com a ação; que os policiais que não eram filiados ajuizaram ação junto ao Dr. Paulo Rossini e quem era afiliado entrou com ação pelo Sinpol;* ***que alguns policiais, mesmo filiados, optaram por entrar com ação pelo Dr. R.; que conheceu os dois lados; que o Dr. P. R. não poderia representar a maioria porque eram filiados; que o Dr. P. R. e os advogados do Sinpol entraram em acordo, sendo que 20% dos policiais entraram com o R., através de representação, para que não houvesse duplicidade na ação; que o conhecimento a respeito da ação era geral****; que pelo que se lembra, foi a primeira ação coletiva da Sinpol (...)".*

Portanto, mesmo na qualidade de filiados, alguns Policiais Civis resolveram ajuizar ação autônoma (individual), acreditando que a ação coletiva a ser proposta pelo sindicato demoraria muito, como de fato aconteceu.

A prova dos autos demonstra que a apelada ajuizou a ação individual em data muito anterior – **ano de 1997**. Enquanto que a ação coletiva proposta pelo SINPOL foi ajuizada em **junho/1998** (fls. 490/536).

O que ocorreu é que, ao final, a ação coletiva do SINPOL teve o mérito julgado parcialmente procedente, enquanto que a **ação individual foi julgada improcedente** por este e. Tribunal de Justiça em **08/03/2005** (Apelação n. 0030945-13.1970.8.12.0001[1]).

A toda evidência, é indene de dúvidas que jamais foi a intenção da apelada em participar da ação coletiva do sindicato, como também restou evidenciado que o sindicato, em momento algum, impediu sua participação no processo ou, ainda, de aproveitar-se da sentença coletiva e liquidá-la individualmente.

Não houve, pois, desídia ou exclusão injustificada da apelada da ação coletiva.

Em julgamento de caso semelhante, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que somente há responsabilidade civil dos sindicatos quando a exclusão do membro se der por desídia ou motivo injustificado. Observe:

> *"RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. SINDICATO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ROL DE SUBSTITUÍDOS. OMISSÃO DE NOME DE MEMBRO DA CATEGORIA. CULPA DO SINDICATO PROFISSIONAL. PREJUÍZO. OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO 1. Há responsabilidade civil subjetiva e obrigação de indenizar em caso de conduta omissiva culposa que cause dano material efetivo a outrem.* ***2. Conquanto constitua faculdade do sindicato propor ação, como substituto processual, para defender os interesses de membros da categoria, ao fazê-lo não lhe é dado excluir, caprichosa ou culposamente, um dos representados, sem justo motivo, sob pena de responsabilidade civil, se sobrevier dano material****. 3. O sindicato é o representante legal de toda a categoria profissional no direito brasileiro. Na qualidade de substituto processual pode e deve defender em juízo os interesses de todos os componentes da categoria empregados de determinada empresa.* ***4. Sindicato que, como substituto processual, move e ganha ação trabalhista em favor de membros da categoria, mas omite do rol de substituídos, injustificadamente, um de seus integrantes, responde por indenização civil, decorrente do dano material efetivo causado ao empregado não favorecido pela decisão de mérito no processo****. 4. O sindicato não pode eleger, a seu talante, em favor de quem propõe a demanda, na qualidade de substituto processual, sob pena de discriminação, no mínimo culposa. Ademais, se fosse dado ao sindicato escolher os substituídos, ao sabor de suas conveniências, tal equivaleria fomentar eventual recusa de substituição processual, em situações extremas, até mesmo por represália ou por injunções políticas, nem sempre sãs, situações de todo indesejáveis e inadmissíveis. 5. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento, para condenar o Sindicato Reclamado ao pagamento de indenização por dano material correspondente aos valores que teria recebido o Reclamante se seu nome constasse do rol de substituídos no processo anterior. (****TST****. Recurso de Revista n. TST-PR-152500-02.2007.5.01.0051; Rel. Min. João Oreste Salazen; julgado em 22/02/2017)" –* destaquei

1 Acórdão disponível em: https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=58974&cdForo=0

Ademais disso, a despeito de as ações coletivas que objetivarem direitos individuais homogêneos e direitos coletivos (*stricto sensu*) não induzirem litispendência para as ações individuais, de acordo com o art. 104 do CDC, os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou ultra partes não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência do autos do ajuizamento da ação Coletiva.

Portanto, deveria a apelada ter postulado a suspensão de sua ação, o que não o fez.

Impende registrar que poderia, ainda, ter requerido o ingresso na ação coletiva, tanto na fase de conhecimento, quanto na de execução (art. 97 do CDC), o que também não o fez. Aliás, mesmo após o infortúnio de sua ação individual quedou-se inerte!!!

Imperioso ressaltar que a ação individual ajuizada pela apelada teve o pedido julgado improcedente por este Tribunal de Justiça em março/2005. Desse modo, teve ela tempo o suficiente para ingressar na ação coletiva ou liquidar aquela sentença, até mesmo porque, o próprio sindicato promoveu o cumprimento de sentença, tão somente, em abril/2008 (fls. 386/388).

Contudo, somente após o início do pagamento dos precatórios é que tentou buscar o recebimento, quando, obviamente, já não era mais possível.

Assim, com as devidas vênias, o que se vislumbra não é ato ilícito por parte do sindicato, mas sim desídia da própria apelada.

Nesses termos, impor ao sindicato a obrigação de pagar (indenizar materialmente) a apelada a quantia que, em tese, teria direito de receber, seria o mesmo que beneficia-la com a própria torpeza, o que é inadmissível.

Destarte, ainda que não haja litispendência entre as ações coletivas com as individuais e que detêm o sindicato legitimidade ativa *ad causam* para atuar como substituto processual, independente de prévia autorização, na hipótese dos autos NÃO houve prática de ato ilícito na exclusão da apelada da ação coletiva, porquanto, na instrução processual, restou evidenciado ter ela optado por ação individual em detrimento da coletiva, não sendo, portanto, arbitrária ou injustificada a exclusão por parte do sindicato.

O recurso, portanto, deve ser provido para o fim de reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

DISPOSIÇÕES FINAIS.

De rigor ressaltar que o julgador não está obrigado a se manifestar especificamente sobre cada um dos dispositivos invocados pelas partes, necessitando, pois, apenas indicar aqueles no qual embasa seu juízo de valor, como no caso em apreço, em que, pelos motivos acima delineados, a sentença deve ser reformada para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Por derradeiro, unicamente a fim de se evitar eventual oposição de aclaratórios com fins específicos de prequestionamento, dou por prequestionados todos os dispositivos legais e julgados colacionados pelas partes, reconhecendo a inexistência de qualquer violação.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Sindicato dos Policiais Civis de Mato Grosso do Sul – SINPOL/MS, e a ele dou provimento, para o fim de, em reforma à sentença objurgada, julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Inverto, outrossim, o ônus da sucumbência, devendo a apelada arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 15% sobre o valor atualizado da causa. A exigibilidade, todavia, fica suspensa em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a impugnção ao benefício da Justiça Gratuita, rejeitaram a prejudicial e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Alexandre Bastos e Juiz Lúcio R. da Silveira

Campo Grande, 15 de junho de 2021

***

Jurisprudência Criminal



3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Embargos de Declaração Criminal n.º 0001003-22.2015.8.12.0012/50000 - Ivinhema

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL OPOSTOS PELA DEFESA – ALEGAÇAO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – PEDIDO DE APLICAÇÃO RETROATIVA – NÃO CABIMENTO – INSTITUTO PRÉ-PROCESSUAL DESTINADO AO INVESTIGADO – RETROATIVIDADE LIMITADA DA NORMA HÍBRIDA – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM* – PERSECUÇÃO PENAL JÁ OCORRIDA SOB A ÉGIDE DA LEI PROCESSUAL ANTERIOR – CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU RECURSAL – APLICAÇÃO DO INSTITUTO DESCABIDA – ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA EM RELAÇÃO AO CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO – DELITO DE NATUREZA PERMANENTE – CONSUMAÇÃO QUE SE PROTRAI NO TEMPO – INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 111, INCISO III, DO CPP – PRESCRIÇÃO NÃO CARACTERIZADA – REDISCUSSÃO DE MATÉRIAS TRATADOS NA APELAÇÃO E DECIDIDAS NO ACÓRDÃO – IMPOSSIBILIDADE – MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO JULGAMENTO – AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NO *DECISUM* – ACLARATÓRIOS REJEITADOS.

I – O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma processual, com reflexos penais, uma vez que pode ensejar a extinção da punibilidade. Contudo, diante da natureza híbrida, não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominantemente processual, que segue o princípio do *tempus regit actum*, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica.

II – Descabida a aplicação retroativa do instituto previsto no art. 28-A do CP (acordo de não persecução penal) inserido pela Lei n. 13.964/2019 quando a persecução penal já ocorreu, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada por acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no caso em tela" (AgRg no REsp 1860770/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020). Precedentes do STJ.

III – Ademais, a Primeira Turma do Pretório Excelso, no julgamento do HC 191.464, assentou a compreensão de que "o recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia."

IV – Como cediço, a posse irregular de arma de fogo é classificada como crime de natureza permanente, cuja consumação se protrai no tempo. Portanto, na hipótese, aplica-se a regra prevista no artigo 111, inciso III, do Código Penal, a qual dispõe que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr "*nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência*."

V – Conforme restou expressamente noticiado na denúncia e provado nos autos, o réu adquiriu a arma de fogo do tipo pistola, calibre .380, e, desde então (meados de 2009), passou a possuí-la irregularmente em sua residência, tanto que, em março do ano de 2015, veio a efetuar um disparo com o referido armamento, cujo fato também foi objeto da denúncia. Desse modo, ao contrário do que tenta fazer crer a defesa, o crime de posse irregular da arma não se limitou ao ano de 2009, mas, em verdade, se estendeu até data incerta do mês de março do ano de 2015, período em que cessou a

prática criminosa. Assim, é esta data que deve ser considerada como marco inicial da prescrição, não se justificando, pois, a extinção da punibilidade do agente.

VI – Quanto ao mais, é consabido que os embargos declaratórios não podem ser utilizados como via oblíqua para rediscutir o mérito da decisão ou com a finalidade única e exclusiva de prequestionar dispositivos de lei, sendo imperativa a observância rigorosa dos requisitos exigidos no artigo 619 do Código de Processo Penal.

VII – Na hipótese, não se vislumbra a ocorrência da alegada omissão ou obscuridade no acórdão impugnado, pois houve o enfrentamento de todos os pontos debatidos nas razões do recurso de apelação, estando suficientemente fundamentado o acórdão que manteve a sentença condenatória em todos os seus termos.

VIII – Embargos rejeitados.

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 os embargos de declaração, com as ressalvas do 1º Vogal.

Campo Grande, 25 de março de 2021.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

O Sr. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por J. B. D. em face do acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça (p. 334-354), que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de Apelação Criminal, para manter incólume a sentença que o condenou como incurso nos artigos 12 e 15, ambos da Lei n. 10.826/03, às penas de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção e de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em suas razões (p. 01-22), a defesa sustenta que o acórdão embargado padece dos vícios da omissão e da contradição, haja vista que: *a)* deixou de converter o julgamento em diligência para que fosse oportunizado o oferecimento do acordo de não persecução penal, implementado pela Lei n. 13.964/2019; *b)* não se pronunciou acerca do critério utilizado para exasperação da pena basilar em patamar superior a 1/8 (um oitavo); *c)* não enfrentou as teses defensivas e tampouco expôs os fundamentos para a manutenção do regime prisional semiaberto; d) deixou de expressar adequadamente os motivos da não concessão da substituição da pena corpórea por restritivas de direitos.

Por tais razões, requer sejam acolhidos os presentes aclaratórios, com efeitos infringentes, para, sanando os vícios apontados: ***a)*** oportunizar o acordo de não persecução penal ao réu, baixando os autos à origem; ***b)*** reconhecer a nulidade *ab initio* do processo, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em virtude da ausência de juntada aos autos do vídeo que desencadou a ação penal; ***c)*** absolver o réu dos delitos que lhes são imputados, por ausência de provas, atipicidade da conduta ou pela aplicação do princípio da consunção; ***d)*** oportunizar ao Ministério Público Estadual a proposta de suspensão condicional do processo; e) afastar os maus antecedentes e reduzir a pena ao mínimo legal; ***e)*** reconhecer a atenuante da confissão espnotânea; fixar o regime aberto; e ***f)*** substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Posteriormente, em petição de p. 27-29, a defesa arguiu a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, em relação ao delito de posse irregular de arma de fogo (artigo 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (p. 37-45), manifesta-se pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa, extinguindo-se a punibilidade do réu J. B. D., no que concerne ao delito previsto no artigo 12 da Lei n. 10.826/03.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relator)

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por J. B. D em face do acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça (p. 334-354), que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de Apelação Criminal, para manter incólume a sentença que o condenou como incurso nos artigos 12 e 15, ambos da Lei n. 10.826/03, às penas de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção e de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em suas razões (p. 01-22), a defesa sustenta que o acórdão embargado padece dos vícios da omissão e da contradição, haja vista que: *a)* deixou de converter o julgamento em diligência para que fosse oportunizado o oferecimento do acordo de não persecução penal, implementado pela Lei n. 13.964/2019; *b)* não se pronunciou acerca do critério utilizado para exasperação da pena basilar em patamar superior a 1/8 (um oitavo); *c)* não enfrentou as teses defensivas e tampouco expôs os fundamentos para a manutenção do regime prisional semiaberto; d) deixou de expressar adequadamente os motivos da não concessão da substituição da pena corpórea por restritivas de direitos.

Por tais razões, requer sejam acolhidos os presentes aclaratórios, com efeitos infringentes, para, sanando os vícios apontados: ***a)*** oportunizar o acordo de não persecução penal ao réu, baixando os autos à origem; ***b)*** reconhecer a nulidade *ab initio* do processo, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em virtude da ausência de juntada aos autos do vídeo que desencadou a ação penal; ***c)*** absolver o réu dos delitos que lhes são imputados, por ausência de provas, atipicidade da conduta ou pela aplicação do princípio da consunção; ***d)*** oportunizar ao Ministério Público Estadual a proposta de suspensão condicional do processo; e) afastar os maus antecedentes e reduzir a pena ao mínimo legal; ***e)*** reconhecer a atenuante da confissão espnotânea; fixar o regime aberto; e ***f)*** substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Posteriormente, em petição de p. 27-29, a defesa arguiu a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, em relação ao delito de posse irregular de arma de fogo (artigo 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (p. 37-45), manifesta-se pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa, extinguindo-se a punibilidade do réu J. B. D, no que concerne ao delito previsto no artigo 12 da Lei n. 10.826/03.

É que basta para análise da pretensão.

Inicialmente, deve ser consignado que os embargos de declaração consubstanciam mecanismo destinado ao aprimoramento de manifestação judicial de cunho decisório, no sentido de eliminar eventual ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, cuja existência possa causar prejuízo à efetiva interpretação e eficácia do julgado (CPP, art. 620).

A função dos embargos, portanto, é integrativa, tendo por fim afastar do *decisum* qualquer omissão prejudicial à solução da lide, não permitir a obscuridade ou a ambiguidade identificada e extinguir contradição entre premissa argumentada e a conclusão assumida.

O vício da omissão, como é cediço, restará configurado quando a decisão deixar de apreciar a alegação ou questão relevante para o julgamento, sendo a mácula originada em razão dos fundamentos apresentados pelas partes, na exata dimensão do efeito devolutivo e em respeito ao princípio da dialeticidade, que rege os recursos no âmbito processual penal.

Nessa perspectiva, deve ser pontuado que a matéria arguida nestes aclaratórios, relativa ao acordo de não persecução penal, não foi objeto de debate nas razões do recurso de Apelação, de modo que, quanto a este ponto, tecnicamente, revela-se inconcebível cogitar em omissão do acórdão.

Não se pode olvidar, entretanto, ser possível conhecer matérias de ordem pública durante o julgamento do recurso, ainda que não levantadas pelas partes, mas nem por isso estará configurada a omissão quando o acórdão deixa de levá-las em consideração.

I. Feito tal esclarecimento, passo à análise da questão concernente ao acordo de não persecução penal.

Dispõe o novel artigo 28-A do Código de Processo Penal, *verbis*:

> *"Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o* ***investigado*** *confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:*
>
> *I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;*
>
> *II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;*
>
> *III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);*
>
> *IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou*
>
> *V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.*
>
> *§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.*
>
> *§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:*
>
> *I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;*
>
> *II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;*

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor."

Como se vê, o acordo de não persecução penal, instituído pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), que introduziu o artigo 28-A no Código de Processo Penal, é uma faculdade concedida ao Ministério Público, que poderá ser exercida em momento anterior à propositura da ação penal, nos casos em que a pena mínima abstratamente cominada pelo preceito secundário do tipo for inferior a 4 (quatro) anos, o agente não for reincidente ou criminoso habitual e vier a confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça.

A despeito das divergências que cercam a matéria, entendo que a norma possui natureza jurídica híbrida (mista), pois, ao mesmo tempo em que cria um instituto destinado a evitar a deflagração do processo criminal, interfere no direito de punir do Estado, uma vez que pode ensejar a **extinção da punibilidade** do agente (art. 28-A, § 13º, do CPP).

Como cediço, sendo benéfica ao agente, os efeitos da norma penal de conteúdo material devem se alargar para atingir os fatos e processos anteriores à sua entrada em vigor, nos moldes do artigo 5º, inciso XL, da Carta da República, que dispõe "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*".

Por outro lado, para as leis penais processuais, a regra é a aplicação imediata, ressalvando-se a validade dos atos praticados anteriormente, em conformidade com o princípio do *tempus regit actum*, consagrado no artigo 2º do Código de Processo Penal, *verbis*: "*A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*".

Em se tratando de leis penais híbridas, conforme já decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgReg no HC n. 191.464/SC, "*possível haver conformação entre os postulados, de forma que, de um lado, a aplicação da lei não necessariamente retroagirá em seu grau máximo (inclusive após o trânsito em julgado); e, de outro lado, não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior. Se a conformação não for realizada expressamente pelo próprio legislador, cabe ao intérprete fazê-la*."

A questão concernente à possibilidade de aplicação do ANPP remete à análise da retroatividade da norma implementada pela Lei n. 13.964/19 aos processos em curso, notadamente quando já recebida a denúncia ou, mesmo, prolatada a sentença.

Com efeito, o deslinde da controvérsia deve passar pela ponderação dos princípios *tempus regit actum* e da retroatividade da lei penal benéfica, sem perder de vista a essência da inovação legislativa em questão e o momento processual adequado para sua incidência.

Após minuciosa reflexão sobre o assunto, cheguei à conclusão de que o acordo de não persecução penal (ANPP) constitui instituto pré-processual, com reflexos penais, destinado aos *investigados* (não aos réus). Nessa linha de intelecção, diante da natureza mista da norma, de cunho preponderantemente processual, deve-se prestigiar a marcha progressiva do processo criminal já efetivamente instaurado, em atenção ao princípio do *tempus regit actum*.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal, como visto, evidencia que a possibilidade de composição (ANPP) se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia, tanto que a consequência do descumprimento ou da não homologação do acordo é, especificamente, o oferecimento de denúncia, para subsequente deflagração da ação penal (artigo 28-A, §§ 8º e 10º, do CPP).

Nessa esteira, o ato de recebimento da denúncia, com a consequente instauração da ação penal, constitui verdadeiro limitador da viabilidade do ANPP, uma vez que a finalidade do instrumento de composição é, justamente, evitar o início da ação penal.

Destarte, não se justifica discutir a possibilidade do ajuste negocial nos casos em que a inicial acusatória foi ofertada pelo *Parquet* e devidamente recebida sob a égide da legislação processual anterior.

Ressalta-se que outros instrumentos já foram incluídos na legislação processual com o objetivo de desobrigar a deflagração do processo crime, através de medidas despenalizadoras, sendo possível destacar, a título de exemplo, os institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal, implementados pela Lei n. 9.099/95.

Neste particular, cabe rememorar que o STF, no julgamento do HC n. 74.305, de relatoria do Ministro Moreira Alves, teve a oportunidade de enfrentar a aplicação intertemporal do instituto da suspensão condicional do processo, oportunidade em que assentou a compreensão de que a retroatividade penal benéfica deve se adequar às finalidades para as quais foi editada a lei penal. Confira-se:

> *"'HABEAS CORPUS'. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95). Lex mitior. Âmbito de aplicação retroativa. - Os limites da aplicação retroativa da 'lex mitior', vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído. - Se já foi protalada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. 'Habeas corpus' indeferido." (HC n° 74.305, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1996 6)*

A mesma compreensão foi adotada no tocante à questão da transação penal, prevalecendo, à época, o entendimento de que, inaugurada a etapa processual, restaria preclusa a possibilidade de oferecimento de transação penal:

> *SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. TRANSAÇÃO PENAL. ARTS. 89 E 76 DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. APLICAÇÃO NO TEMPO. RETROATIVIDADE. A lei nova benéfica pode ser aplicada tanto imediatamente, por ser desdobramento dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), como retroativamente, a ponto de alcançar fatos anteriores, desde que se mostre favorável ao agente (CF, art. 5º, LV). Incabível se mostra a suspensão do processo, a que se refere o art. 89 da Lei nº 9.099/95, por se tratar de fato apreciado por sentença anterior ao advento da mesma. Incabível, ainda, a transação penal prevista no art. 76 da mesma lei, porquanto pressupõe que seja acordada em momento anterior à formação da relação jurídica processual. Visando evitar o processo, não pode ser tida como vantagem da qual possa valer-se o condenado no momento em que se encontra o processo. Precedentes da Corte. Recurso extraordinário não conhecido." (STF: RE 217.626, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24.04.1998)*

Seguindo o mesmo raciocínio já adotado para institutos semelhantes – *de natureza híbrida* –, o Pretório Excelso, no julgamento do HC n. 191.464, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, externou a impossibilidade de fazer incidir o ANPP quando devidamente instaurada a ação penal, com o recebimento da denúncia. Vejamos:

> *EMENTA – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP) – RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. A Lei nº 13.964/2019,*

no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus regit actum. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia". (HC 191464 AgR, Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, Processo Eletrônico DJe-280 Divulg 25-11-2020 Public 26-11-2020) – destaquei.

Da mesma forma, a Primeira Turma da Corte Suprema se pronunciou, no julgamento do HC 187.341-SP, sobre a aplicação da Lei n. 13.964/2019 no tempo, avaliando a retroatividade da nova regra prevista no artigo 171, § 5º, do Código Penal – *exigência de representação da vítima no crime de estelionato* –, ocasião em que restou assentado que a norma se aplica apenas às denúncias oferecidas após a vigência da nova lei.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 5ª Turma, tem reiteradamente se posicionado no sentido de que o ANPP pode retroagir aos fatos anteriores à Lei n.º 13.964/2019, desde que a denúncia não tenha sido recebida e deflagrada a persecução penal. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. DECISÃO DA 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONDICIONANDO A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO ACORDO À INEXISTÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO, QUE OCORREU IN CASU. ARQUIVAMENTO DO RESPECTIVO INCIDENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APÓS A DENÚNCIA. INSTITUTO PRÉ-PROCESSUAL QUE VISA OBSTAR A PERSECUÇÃO PENAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA. COERÊNCIA E ALCANCE DA NORMA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA NO SEGUNDO GRAU E NESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não padece de ilegalidade a decisão de 1º grau que determina o arquivamento de incidente de acordo de não persecução penal, se a autorização concedida pela Câmara revisional do Ministério Público Federal para a realização de tal acordo estava condicionada à inexistência de trânsito em julgado da condenação, que, no caso concreto, havia ocorrido um mês antes do pronunciamento da Câmara revisional.

2. De mais a mais, o provimento obtido pela defesa junto à Câmara revisional do MPF somente vincularia o promotor natural do feito, remanescendo, ainda, a necessidade de homologação de acordo pelo magistrado, a quem incumbiria efetuar o controle de legalidade da proposta formulada pelo Parquet, averiguando, entre outros requisitos, se a norma legal que faculta a proposição do acordo se aplicaria no caso concreto.

3. O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma processual, com reflexos penais, uma vez que pode ensejar a extinção da punibilidade. Contudo, não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do tempus regit actum, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica.

4. "Descabida a aplicação retroativa do instituto mais benéfico previsto no art. 28-A do CP (acordo de não persecução penal) inserido pela Lei n. 13.964/2019 quando a persecução

penal já ocorreu, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada por acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no caso em tela" (AgRg no REsp 1.860.770/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020). Precedentes.

5. É verdade que parte da doutrina vem entendendo pela possibilidade de aplicação da regra nova aos processos em andamento. Todavia, mesmo que se entenda pela aplicação da orientação dada à Lei 9.099/1995 na ADIN 1.769 (STF - Pleno), o limite temporal da retroatividade a ser utilizado será a sentença condenatória (STF, HC 74.305-SP (Plenário), Rel. Min. Moreira Alves, decisão 9.12.96; HC 74.856-SP, Rel. Min. Celso de Mello, "DJ" 25.4.97; HC 74.498-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti, "DJ" 25.4.97 e HC 75.518-SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, 02.05.2003).

- Recentemente, a Suprema Corte de Justiça Nacional, no HC nº 191.464-SC, da relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 18/09/2020) - que invocou os precedentes do HC nº 186.289-RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 01/06/2020), e do ARE nº 1171894-RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 21/02/2020) - externou a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP, quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível à impugnação.

6. No caso concreto, ainda que o primeiro pleito de acordo (negado pelo Ministério Público no 1º grau e que ensejou recurso para a Câmara Revisional do MPF) tenha sido formulado pela defesa antes de transitada em julgado a condenação, tal pedido somente foi veiculado após a confirmação da condenação no segundo grau de jurisdição e neste Tribunal Superior.

7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC 140.818/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ.

APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

(...)

4. No que concerne ao pleito de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A, do Código de Processo Penal, registro que se trata de indevida inovação recursal, em sede de agravo regimental, motivo pelo qual não é possível seu exame. Precedentes.

5. Ademais, ainda que superado o mencionado óbice, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 191.464/SC, de relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO, externou a impossibilidade de fazer-se incidir o acordo de não persecução penal quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível de impugnação.

(...) O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia" (HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020).

6. Na mesma linha, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a retroatividade do art. 28-A, do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, se revela incompatível com o propósito do instituto, quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada em sede de apelação criminal, como na espécie.

7. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no AREsp 1787498/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. NORMA EMINENTEMENTE PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, reconhecendo o caráter eminentemente processual da norma trazida no art. 28-A do Código de Processo Penal (acordo de não persecução penal), vem decidindo pela sua aplicação somente aos processos em curso até o recebimento da denúncia.

2. Inviável o acolhimento da pretensão da parte agravante, considerando que a denúncia no caso foi recebida em 26/4/2019, anteriormente à vigência do dispositivo em comento.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 621.721/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021)

A Sexta Turma do STJ, apesar de já ter se pronunciado em sentido contrário, em recente decisão datada de 09/03/2021, por maioria, entendeu ser possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, introduzido pelo chamado "Pacote Anticrime", desde que não recebida a denúncia (HC n. 628.647).

De semelhante tom, cito precedentes desta e. Corte de Justiça:

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – INCIDÊNCIA DO ACORDO DA NÃO PERSECUÇÃO PENAL PREVISTO NO ART. 28-A DO CPP – INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DIANTE DA REGULAR INSTRUÇÃO PROCESSUAL, COM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA JÁ PROFERIDA, E RECURSO CONTRA ELA INTERPOSTO – TEMPUS REGIT ACTUM – EMBARGOS REJEITADOS 1 – Inaplicável o instituto trazido pelo artigo 28-A, caput, do Código de Processo Penal, quando verificado na hipótese, a regular instrução processual, com sentença penal condenatória já proferida, e recurso contra ela interposto, circunstâncias estas a evidenciar que houve resguardo dos direitos fundamentais do imputado e em consonância com as normas penais e processuais vigentes então, incidindo desta forma, à regra tempus regit actum; 2 – Embargos rejeitados, de acordo com o parecer. (TJMS; Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001669-73.2017.8.12.0005/50000 – Aquidauana; Relator Des. José Ale Ahmad Netto, 1ª Seção Criminal, Julgado em 27/01/2021)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DE REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - REJEITADA – MÉRITO – RECEPTAÇÃO DOLOSA - PROVAS SUFICIENTES DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA - ELEMENTO SUBJETIVO CONFIGURADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. I - Preliminar de nulidade rejeitada. Considerando que, quando da publicação da Lei nº 13.964/2019, a denúncia

já havia sido oferecida, havendo, inclusive, sentença condenatória, não há que se falar em remessa dos autos para oferecimento do acordo de não persecução penal. II - Mérito. Extraindo-se dos autos a materialidade, a autoria e o dolo direto do acusado, sobretudo diante das circunstâncias da infração e a própria conduta do agente, demonstrado que ele tinha conhecimento de que a motocicleta apreendida se tratava de produto de crime, deve ser mantida a condenação pelo crime de receptação dolosa. Com o parecer, preliminar rejeitada e, no mérito, recurso não provido. (TJMS; Apelação Criminal n. 0023381-97.2018.8.12.0001 – Campo Grande; Relator Juiz Substituto em Segundo Grau Waldir Marques, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 16/03/2021)

Assim, considerando que o acordo de não persecução penal tem a finalidade precípua de evitar o ajuizamento da ação penal, mediante o preenchimento de condições legais, verificáveis na fase pré-processual, entendo ser incabível a aplicação do instituto no presente momento, quando já proferida sentença penal condenatória, após regular instrução processual.

Portanto, rejeito a pretensão.

II. Sucessivamente, por se tratar de questão prejudicial, passo à análise da aventada prescrição da pretensão punitiva estatal no tocante ao crime de posse irregular de arma de fogo, cujo pedido, apesar de apresentado a destempo (p. 27-29), também diz respeito à matéria de ordem pública, cognoscível, inclusive, de ofício.

A despeito das ponderações expostas pela defesa e, inclusive, pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, cumpre destacar, inicialmente, que a posse irregular de arma de fogo é classificada como crime de natureza permanente, cuja consumação se protrai no tempo.

O Código Penal, ao disciplinar o início do prazo prescricional dispõe, em seu artigo 111, que "*A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: [...] III* - ***nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência***;"

Na hipótese dos autos, a denúncia expressamente descreve que "*em data, horário e local imprecisos, porém, em momento anterior ao ano de 2009 e neste município de Ivinhema/MS, o denunciado* ***J. B. D.*** *de forma livre e voluntária, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, adquiriu arma de fogo, do tipo pistola, calibre 380, com acabamento visível em cromo,* ***e A PARTIR DE ENTÃO PASSOU A POSSUÍ-LA NO INTERIOR DE SUA RESIDÊNCIA, em desacordo com determinação legal ou regulamentar***."

Como visto, a inicial acusatória deixa claro que o apelante adquiriu a arma de fogo do tipo pistola, calibre .380, e, desde então (meados de 2009), passou a possuí-la irregularmente em sua residência, tanto que, em março do ano de 2015, veio a efetuar um disparo com o referido armamento, cujo fato também foi objeto da denúncia.

Confira-se (p. 3):

*"**CONSTA AINDA QUE, NO DIA 01 DE MARÇO DE 2015, POR VOLTA DAS 19H00MIN**, em sua propriedade rural às margens da Rodovia MS 141, próximo ao Córrego Azul, neste município de Ivinhema/MS, o denunciado **J. B. D.**, de forma libre e voluntária, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, **efetuou disparo de arma de fogo, utilizando-se de uma pistola, calibre n .380, em local habitado.***

Infere-se que, no dia, hora e local dos fatos, o denunciado promovia uma confraternização entre amigos, oportunidade em que faziam uso de bebidas alcoólicas e encontravam-se na parte externa da residência.

*Ocorre que, em dado momento, **O DENUNCIADO DIRIGIU-SE AO INTERIOR DA RESIDÊNCIA, APOSSOU-SE DE UMA ARMA DE FOGO, DO TIPO PISTOLA, CALIBRE .380,M QUE MANTINHA NO IMÓVEL E RETORNOU A ÁREA EXTERNA***

DO LOCAL, MOMENTO EM QUE EFETUOU UM DISPARO DE ARMA DE FOGO *em direção a parte superior de uma garrafa de cerveja (tampa), com a finalidade de abri-la.*

*Ademais, restou expressamente consignado na denúncia que "**a arma do crime não foi encontrada, tampouco apreendida, tendo a esposa do denunciado, S. da S. e D. informado que seu esposo se desfez da arma utilizada para efetuar o disparo, após a grande repercussão do vídeo compartilhado por aplicativo de mensagens**..." (p. 4).*

Como visto, ao réu foi imputada a conduta de possuir irregularmente a referida arma de fogo por longo período, ao menos até março do ano de 2015, mês em que foi efetuado o disparo com a referida arma (fato descrito na denúncia e provado nos autos).

Ressalto que os fatos noticiados na inicial acusatória, inclusive a posse irregular da arma de fogo até data incerta do mês de março do ano de 2015, restaram seguramente comprovados pelo farto conjunto probatório carreado aos autos, conforme bem destacado no acórdão prolatado por esta Terceira Câmara Criminal (p. 334-354).

Desse modo, ao contrário do que tenta fazer crer a defesa, o crime de posse irregular da arma não se limitou ao ano de 2009, mas, em verdade, se estendeu até o mês de março do ano de 2015, período em que cessou a prática criminosa. Assim, é esta data que deve ser considerada como marco inicial da prescrição.

Feito tal esclarecimento, observa-se que não houve o decurso do lapso temporal necessário para a caracterização da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Como dito, a prática criminosa se estendeu até o ano de 2015, época em que já estava em vigor a Lei n. 12.234/2010, que, entre outras alterações, expungiu do ordenamento jurídico a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, entre a data do fato e a data de recebimento da denúncia.

Nesse átimo, impossível cogitar, no caso versando, em prescrição da pretensão punitiva retroativa entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia.

No tocante às demais hipóteses possíveis de prescrição, vislumbra-se que não restaram caracterizadas na hipótese.

Como visto, entre a data do fato criminoso (março de 2015) e a data de recebimento da denúncia (07/01/2019, p. 112) não transcorreu o prazo prescricional aplicável à pena máxima prevista para o crime de posse irregular de arma de fogo (pena máxima de 03 anos – prazo prescricional de 06 anos), descartando-se, portanto, a prescrição da pretensão punitiva propriedade dita.

Da mesma forma, não restou caracterizada a prescrição da pretensão punitiva retroativa, uma vez que entre a data de recebimento da denúncia (07/01/2019) e a publicação da sentença (27/10/2019) não transcorreu o lapso temporal de 4 (quatro) anos, previsto no artigo 109, inciso V, do CP (referente à pena de 01 ano e 02 meses aplicada para o crime de posse irregular de arma de fogo).

Desse modo, fácil perceber que, no caso, não restou caracterizada a prescrição da pretensão punitiva do estado.

III. No tocante às demais teses veiculadas, os embargos declaratórios também não comportam acolhimento, uma vez que não se vislumbra a ocorrência de omissão ou contradição no acórdão embargado, mas mero inconformismo da defesa com o resultado do julgamento.

Afora as questões anteriormente debatidas, verifica-se que a defesa, com a nítida intenção de rediscutir as matérias exaustivamente analisadas e decididas por este colegiado, argumenta que o acórdão embargado não se pronunciou sobre o critério utilizado para exasperação da pena-base, não enfrentou as teses defensivas e tampouco expôs os fundamentos para a manutenção do regime prisional semiaberto, bem como deixou de

expressar adequadamente os motivos da não concessão da substituição da pena corpórea por restritivas de direitos.

Além disso, de modo genérico, reiterou os pedidos já formulados em apelação: de nulidade do processo, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em virtude da ausência de juntada da mídia que desencadeou a ação penal; de absolvição do embargante quanto aos delitos que lhes foram imputados, por ausência de provas, por atipicidade da conduta ou pela aplicação do princípio da consunção; de redução da pena-base ao mínimo legal; de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; de fixação do regime aberto; e, por fim, de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Na hipótese dos autos, a despeito dos argumentos expendidos pela defesa, vislumbra-se que o acórdão embargado enfrentou todos os pontos debatidos nas razões do recurso de Apelação Criminal, restando suficientemente fundamentada a manutenção da sentença condenatória imposta ao embargante.

A propósito, transcrevo a ementa do acórdão, que bem sintetiza todas as matérias tratadas e decididas pelo órgão colegiado, *verbis*:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DISPARO DE ARMA DE FOGO – ARTIGOS 12 E 15, AMBOS DA LEI N. 10.826/03 – PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – DESNECESSIDADE DE JUNTADA DE VÍDEO REFERENTE AO DISPARO – DELITO DEMONSTRADO POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA QUE ESTIVERAM A TODO TEMPO A DISPOSIÇÃO DA DEFESA – MÁCULA NÃO EVIDENCIADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – REFUTADO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – APREENSÃO DE ARMA – DESNECESSIDADE – ARTIGO 167 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – MATERIALIDADE E AUTORIA FARTAMENTE COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA DESCRITA NO ARTIGO 15 DA LEI N. 10.826/03 – DISPARO EFETUADO EM ZONA RURAL – IMPOSSIBILIDADE – LOCAL HABITADO E QUE CONTAVA COM DIVERSAS PESSOAS QUE PARTICIPAVAM DE FESTIVIDADE – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS – INAPLICÁVEL – POSSE DE ARMA ANTERIOR AO DELITO DE DISPARO – CONTEXTOS FÁTICOS DISTINTOS – DESÍGNIOS AUTÔNOMOS – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE – NÃO POSSÍVEL – ANTECEDENTES CRIMINAIS MACULADOS – PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS – IRRELEVÂNCIA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – NÃO CONFIGURADA – AGENTE QUE NEGA AS PRÁTICAS CRIMINOSAS – PEDIDOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INCABÍVEIS – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *I – Inexiste cerceamento de defesa oriundo da ausência de juntada do vídeo que retrata o recorrente efetuando disparo de arma de fogo, pois os delitos a ele imputados podem ser comprovados por qualquer meio de prova admitido em direito, e não apenas pela reportada mídia. No caso, a acusação está alicerçada em farto conjunto probatório, verificando-se que os elementos de convicção estão todos acostados aos autos e estiveram, a todo tempo, à disposição da defesa do Apelante, inexistindo ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Preliminar rejeitada.*
>
> *II – Não há falar em absolvição, pois o conjunto probatório carreado aos autos, formado por Relatório de Investigação Policial, no qual se descreve, de forma detalhada, a conduta criminosa praticada pelo apelante, por fotografias que retratam o réu de posse da arma de fogo e pela farta prova oral, inclusive de testemunha que presenciou o momento do disparo, é robusto em comprovar a veracidade da acusação.*
>
> *III – A apreensão da arma de fogo é dispensável para fins de configuração dos crimes previstos nos artigos 12 e 15 da Lei nº 10.826/2003, sobretudo porque o próprio apelante confessa que, com a repercussão do vídeo em que efetuava disparo com a referida arma, acabou se desfazendo do artefato. Entretanto, conforme remansosa jurisprudência desta*

Corte, a efetiva utilização da arma pode ser comprovada por outros meios de prova, tal como ocorre na hipótese dos autos.

IV – Incabível a tese de atipicidade da conduta descrita no artigo 15 da Lei n. 10.826/03, pois, apesar do disparo ter sido efetuado em zona rural, é certo que o local era habitado e, na ocasião, ocorria uma festividade com diversas pessoas que presenciaram o ato, sendo a conduta suficiente para gerar perigo à segurança pública.

V – O princípio da consunção deve ser aplicado nos casos em que há uma sucessão de condutas com existência de um nexo de dependência, devendo um crime ser praticado como meio necessário para a prática de outro delito. No caso em discussão, entretanto, denota-se que o apelante possuía a arma de fogo há vários anos, de sorte que o delito previsto no artigo 12 da Lei n. 10.8268/03 já estava consumado antes mesmo da data do cometimento do disparo. Assim, as condutas de possuir arma de fogo e efetuar disparo de arma de fogo se aperfeiçoaram em momentos fáticos distintos e decorrem de desígnios autônomos, não havendo, portanto, falar em absorção de um crime pelo outro.

VI - O decurso do período depurador de 05 (cinco) anos, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, que trata especificamente da reincidência, afasta a possibilidade de caracterização desta agravante, todavia, não desconstitui a mácula dos antecedentes criminais, porquanto tal vetorial refere-se à vida pregressa do agente, não se limitando a determinado lapso temporal.

VII – Constatando-se que o recorrente negou a prática dos crimes de posse irregular de arma de fogo e disparo de arma de fogo, afirmando que o artefato tratava-se de uma réplica de pistola, não deve ser beneficiado com a atenuante da confissão espontânea, mesmo porque sua versão em nada contribuiu na formação do convencimento do julgador.

VIII – Embora a reprimenda aplicada seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, os antecedentes criminais maculados do apelante, revelam que o regime inicial semiaberto é mais adequado à prevenção e reprovação da conduta, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

IX - De igual modo, a negativação da referida moduladora veda a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44 do Código Penal, pois demonstra que a medida não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a prevenção e repressão do crime.

X – Com o parecer, preliminar de nulidade rejeitada e, no mérito, recurso desprovido.

Conforme se observa, o acórdão embargado enfrentou todas as teses debatidas, de tal forma que, fundamentadamente, rejeitou a preliminar de nulidade e, no tocante ao mérito, refutou os pedidos de absolvição, de redução da pena basilar, de aplicação da atenuante da confissão espontânea, de abrandamento de regime prisional para o aberto e de substituição de pena por restritivas de direito, não havendo, portanto, omissão a ser sanada.

Ressalta-se que inexiste deficiência de fundamentação no acórdão ou omissão quanto às teses debatidas nas razões de apelação, o que pode ser facilmente constatado em simples leitura do *decisum* (p. 334-354).

Nesse pórtico, os aclaratórios devem ser rejeitados, pois consistem em mero inconformismo da defesa com ao resultado do julgamento.

A esse respeito, a jurisprudência é pacífica no sentido de que é vedada a utilização dos embargos declaratórios com fins de rediscutir matérias já analisadas em sede recursal. Vejamos:

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – ALEGADA CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E OBSCURIDADE QUANTO DA ANÁLISE DOS PEDIDOS DEFENSIVOS DAS RAZÕES DE APELAÇÃO – MERO INCONFORMISMO –

VIA INADEQUADA – FINALIDADE DE PREQUESTIONAMENTO – INVIABILIDADE – EMBARGOS REJEITADOS.

Ausência de omissão, contradição e obscuridade. Mero inconformismo em face da motivação para manutenção da condenação. Clara pretensão de rediscutir questões devidamente apreciadas.

Mesmo para fins de prequestionamento, a oposição dos embargos de declaração presupõe a ocorência de omisão, contradição ou obscuridade no acórdão, em respeito ao disposto no artigo 619 do CP. O prequestionamento antes não levantado tem o declarado propósito de abrir caminho a recursos aos tribunais superiores. Em verdade pretende o embargante pós-questionar, todavia tal escopo é inviável, pois todo recurso deve obedecer aos presupostos legais de admisibildade.

Embargos rejeitados. (TJMS; Embargos de Declaração n.° 0003823-49.2012.8.12.0002/50000 - Dourados; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 15.09.2014). - destaquei.

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS – INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO – PRETENDIDA REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – ACLARATÓRIOS REJEITADOS. ***Os embargos declaratórios não podem ser utilizados como via oblíqua para rediscutir o mérito debatido na decisão.*** *Inexistência da contradição apontada. (TJMS; Embargos de Declaração n. 1409655-16.2014.8.12.0001/50000 - Campo Grande; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 15.09.2014). - destaquei.*

Ademais, sabe-se que o direito não é aplicado conforme o desiderato das partes e sim de acordo com o convencimento do magistrado, não havendo, portanto, a necessidade de se pronunciar especificamente todas as teses levantadas.

A propósito, o e. STJ possui entendimento firmado no sentido de que "*o julgador não é obrigado a manifestar-se sobre todas as teses expostas no recurso, ainda que para fins de prequestionamento, desde que demonstre os fundamentos e os motivos que justificaram suas razões de decidir*". (STJ, EDcl no AgRg no HC 302.526/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe 01/02/2017).

IV. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração opostos por Juliano Barros Donato, ante a inexistência de vícios a serem sanados no acórdão embargado.

É como voto.

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza (1º Vogal)

Após profusa reflexão sobre a matéria, acompanho integralmente o voto da i. Relatora, contudo entendo pertinente tecer breves apontamentos com o propósito de explicitar as razões da superação do entendimento dantes adotado por este subscritor.

Isso porque existem precedentes desta Terceira Câmara Criminal, inclusive de minha relatoria, quanto ao cabimento da retroatividade do ANPP em todas as fases do processo desde que este ainda não estivesse acobertado pelo manto da coisa julgada.

Deveras, é certo que a introdução do referido instrumento de não persecução penal (norma de natureza híbrida) materializa situação mais benéfica ao acusado.

Entretanto, melhor analisando a questão, entendo ser necessário obstar uma desconexão ou desorientação do processo, revelando-se cogente, para tal fim, a utilização de sistema que leve em consideração a fase processual do caso.

Referido raciocínio é extraído de interpretação sistemática do artigo 6º da Lei de introdução ao Código de Processo Penal, artigo 90 da Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e 2º do Código de Processo Penal (teoria do isolamento dos atos processuais).

Desse modo, considerando-se que, neste particular, já havia a triangularização processual quando da vigência da lei posterior, o benefício pré-processual não há de ser aplicado aos autos.

Em abono dessa conclusão, colhe-se o escólio de Gustavo Badaró[1]*:*

> *"Os processos que* ***já estavam com a fase instrutória iniciada*** *quando a lei entrou em vigor* ***deverão seguir sob o império da lei antiga****, até a sentença."* (Destacou-se).

Coligado a isso, conforme se extrai do judicioso voto proferido pela i. Relatora, a matéria caminha para a pacificação.

No bojo do HC 628.647 citado no voto inaugural, a Ministra Laurita Vaz mencionou que, apesar da existência de decisões em sentido contrário da própria 6ª Turma, diversos julgados da 5ª Turma do STJ estão no sentido de que o acordo de não persecução penal, por ser instituto da fase pré-processual, pode alcançar fatos ocorridos antes da vigência da lei, mas desde que a denúncia não tenha sido recebida.

Outrossim, há, nesse sentido, precedente unânime por parte da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no qual fora fixada a tese "*o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*".

São estes os motivos pelos quais revejo o posicionamento dantes aplicado e acompanho o voto da i. Relatora.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (2º Vogal)

Acompanho o voto da relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram os embargos de declaração, com as ressalvas do 1º Vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 25 de março de 2021.

***

1 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6ª ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 112.

3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Habeas Corpus Criminal n.º 1402843-11.2021.8.12.0000 - Nova Andradina

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – ACOLHIDA EM PARTE – RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – MATÉRIA QUE REFOGE AO ÂMBITO DA VIA ELEITA – MÉRITO – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – PACIENTE ENCARCERADO DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA – PERICULOSIDADE EVIDENCIADA – AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA – MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA – SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS OU POR PRISÃO DOMICILIAR – PANDEMIA DO COVID-19 – RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INVIABILIZAM A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXTREMA DEBILIDADE POR MOTIVO DE DOENÇA GRAVE – REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO NO INTERIOR DO CÁRCERE – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA.

I – O *Habeas Corpus* não é a via adequada para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório e, ainda, que possuam via impugnativa própria, como é o caso do pedido de reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado. Preliminar de não conhecimento do *writ* acolhida neste particular.

II – Inexiste constrangimento ilegal na manutenção da prisão preventiva, pois a medida encontra-se devidamente justificada na necessidade imperiosa de garantia da ordem pública, diante da gravidade acentuada da conduta imputada ao paciente – tráfico de 480kg de maconha em veículo preparado e com participação de batedor de estrada – e dos elementos que sugerem a sua periculosidade, notadamente por se tratar de agente que permaneceu preso durante a instrução processual, não se justificando que, após a prolação da sentença que o condenou por tráfico, seja colocado em liberdade.

III – É pacífica a orientação jurisprudencial do STJ no sentido de que "*tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura dele depois da condenação em Juízo de primeiro grau.*" (HC 547.478/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 23/03/2020).

IV – A Recomendação n. 62/2020 do CNJ não é norma impositiva que autoriza indistintamente a libertação de presos provisórios e definitivos, cabendo a análise das circunstâncias de cada caso e das condições pessoais de cada interno, as quais, nestes autos, não recomendam a substituição da custódia preventiva por medidas alternativas, diante da gravidade concreta da conduta atribuída ao paciente e dos indicativos de periculosidade social. Ademais, a despeito da enfermidade apresentada, não se vislumbra a extrema debilidade do seu estado de saúde (artigo 318, II, do CPP), valendo destacar que o paciente tem feito o uso regular de medicamentos no interior do presídio. Logo, nada impede que o paciente continue recebendo o tratamento adequado para sua doença no próprio estabelecimento prisional e que, em caso de eventual contaminação pelo novo "Coronavírus", seja inserido em isolamento, bem como que sejam ministradas, de imediato, as prescrições pertinentes na hipótese de aparecimento dos sintomas.

V – Com o parecer, ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, acolheram em parte a preliminar, para conhecer parcialmente do *habeas corpus* e, nesta extensão, denegar a ordem, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 31 de março de 2021

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

O advogado S. S. impetra ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor de M. T. dos S., apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina-MS.

Discorre, em síntese, que o paciente foi preso, denunciado e condenado à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico interestadual de drogas, sendo-lhe, por ocasião da sentença, negado o direito de recorrer em liberdade.

Argumenta, entretanto, que o paciente é portador de doença grave (HIV) e apresenta saúde debilitada, inclusive com transtornos de suicídio, não sendo possível sua manutenção no ambiente carcerário, notadamente diante dos riscos de infecção por covid-19, conforme Recomendação 62/2020 do CNJ.

Esclarece que a quantidade de droga, por si só, não pode justificar o afastamento da redutora do tráfico privilegiado, visto que o paciente é primário, não integra organização criminosa e atuou na condição de "mula", sendo-lhe devido, por tal razão, a concessão da referida minorante e do direito de recorrer em liberdade ou, alternativamente, a substituição da custódia por medidas cautelares diversas.

Ressalta que a fundamentação adotada para manutenção da prisão preventiva é inidônea, pois embasada em argumentos genéricos e abstratos acerca da gravidade do crime de tráfico de drogas.

Salienta, ainda, que o paciente não tem obtido bons resultados no tratamento do HIV, mostrando-se recomendável, diante do fato de integrar o grupo de risco para a infecção por "Coronavírus", a concessão do direito de recorrer em liberdade ou a conversão da custódia em prisão domiciliar, a fim de que possa dar continuidade em seu tratamento fora do ambiente do cárcere.

Por tais razões, justificando a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requer o deferimento da liminar, a fim de que seja reconhecida a redutora do tráfico privilegiado e abrandado o regime prisional imposto na sentença, bem como para que seja concedido o direito de recorrer em liberdade ou operada a substituição da custódia cautelar por prisão domiciliar ou outras medidas diversas.

Ao final, pugna pela concessão definitiva da ordem, garantindo-se ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade ou em prisão domiciliar.

A tutela de urgência foi indeferida às p. 71-75.

A autoridade indigitada coatora prestou informações às p. 79-80.

Em parecer (p. 90-99), a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo não conhecimento do *Habeas Corpus* e, no tocante ao mérito, pela denegação da ordem. Ao final, prequestiona os artigos 312, 313 e 318, todos do Código de Processo Penal.

É o relato do essencial.

VOTO

O(A) Sr(a). Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relator(a))

Desponta dos autos que o paciente foi preso e autuado em flagrante por suposta prática dos delitos tipificados no artigo 33, *caput*, e artigo 35, c/c. artigo 40, inciso V, todos da Lei n. 11.343/06, eis que abordado, na rodovia MS 134, km 105, em Nova Andradina, transportando, no veículo caminhão VW/24.250, ano 2008/2009, de cor branca e placas MSH-1524, da cidade de Eunápolis-BA, 20 (vinte) fardos de "maconha", que totalizaram 480kg (quatrocentos e oitenta quilos) da referida substância.

Segundo restou apurado, em fiscalização de rotina, policias militares visualizaram o veículo marca/modelo VW/GOL, placas PXX-3138 de Uberaba-MG e o caminhão VW/24.250, placas MSH-1524, de Eunapolis-BA, parados no acostamento e, ante a suspeita, averiguaram a situação. Em vistoria no caminhão, a guarnição localizou os diversos fardos de maconha, os quais estavam escondidos entre caixas de madeira no interior da carroceria.

Conforme informações preliminares, o corréu G. era o responsável por conduzir o veículo VW/GOL e tinha a função de "batedor" de estrada, ao passo que Marcelo Tristão conduzia o caminhão VW/24.250 e tinha como passageiro a pessoa de Wagner Paulo, os quais vinham da cidade de Coronel Sapucaia-MS com teórico destino à cidade de Eunápolis-BA.

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o d. Juízo da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina concedeu liberdade provisória aos autuados G. S., M. T. dos S. e W. P. R. da R., aplicando-lhes medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Contudo, na data de 30/07/2020, este e. Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0003334-62.2020.8.12.0800, interposto pelo Ministério Público Estadual, por unanimidade, decretou a custódia preventiva do paciente e demais corréus, em acórdão que restou assim ementado:

> *EMENTA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU LIBERDADE PROVISÓRIA – TRÁFICO DE DROGAS – DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA – QUANTIDADE EXPRESSIVA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – INDICATIVOS DE PERICULOSIDADE DOS ENVOLVIDOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – PANDEMIA OCASIONADO PELO COVID-19 – RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ – ALEGAÇÃO DE RISCO À SAÚDE – NÃO DEMONSTRADA – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE NÃO RECOMENDAM A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO DOMICILIAR – CUSTÓDIA CAUTELAR DECRETADA – RECURSO PROVIDO.*
>
> *I – A decretação da prisão preventiva justifica-se em virtude da gravidade concreta do delito imputado aos recorridos, extraível da quantidade elevada de drogas (480kg de maconha) que estava sendo transportada para outro Estado da Federação, bem como das circunstâncias aferidas no caso concreto, destacando-se o envolvimento de várias pessoas, o modus operandi empregado e os altos valores financeiros movimentados em operações dessa magnitude, as quais evidenciam tratar-se de atividade elaborada e, possivelmente, suportada por organização criminosa voltado ao tráfico. Nesse átimo, ficam nítidos os indicativos de periculosidade social dos recorridos e a imprescindibilidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública.*

II – Eventuais condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema (HC 217.175/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 12/03/2013).

III – Inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, haja vista que as circunstâncias aferidas no caso concreto demonstram que estas não seriam suficientes para a garantia da ordem pública, considerando-se a censurabilidade das condutas imputadas aos recorridos.

IV – A Recomendação n. 62/2020 do CNJ não é norma impositiva que autoriza indistintamente a libertação de presos provisórios e definitivos, cabendo a análise das circunstâncias de cada caso e das condições pessoais de cada interno, as quais, nestes autos, não recomendam a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas, diante da particular gravidade da conduta atribuída aos recorridos e dos fortes indícios de periculosidade social. Ademais, não há demonstração de que os autuados façam parte do chamado grupo de risco para a doença e, embora a defesa argumente que M. seja portador de HIV, não houve comprovação nos autos de seu acometimento por tal moléstia, tampouco de seu quadro ser de imunodepressão, revelando-se inviável a substituição da prisão preventiva por medidas diversas previstas no artigo 319 do CPP. Ademais, nada impede que os recorridos recebam o tratamento adequado no interior do estabelecimento prisional e que, em caso de eventual contaminação pelo novo "Coronavirus", sejam inseridos em isolamento, bem como que sejam ministradas, de imediato, as prescrições pertinentes na hipótese de aparecimento dos sintomas.

*V – Com o parecer, recurso ministerial provido, para decretar a segregação cautelar dos recorridos. (***TJMS***. Recurso em Sentido Estrito n. 0003334-62.2020.8.12.0800, Nova Andradina, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 31/07/2020, p: 12/08/2020)*

O mandado de prisão preventiva foi devidamente cumprido no dia 11/01/2021, encontrando-se o paciente M. T. dos S., desde então, preso cautelarmente (p. 445-448 dos autos n.º 0002540-62.2020.8.12.0017).

Em virtude de ter permanecido foragido, houve o desmembramento da ação penal em relação ao paciente, sendo certo que, após regular instrução processual (autos de n.º 0002540-62.2020.8.12.0017), sobreveio a sentença que o condenou pela prática do delito tipificado no artigo 33, caput, c/c. artigo 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

A impetração, portanto, volta-se contra esta decisão.

I – Inicialmente, entendo que a preliminar de não conhecimento aventada pela d. Procuradoria-Geral de Justiça comporta acolhimento parcial.

Como visto, sustenta-se na impetração que o paciente faz jus ao privilégio encartado no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sob a justificativa de que preenche todos os requisitos previstos em lei, os quais não foram adequadamente analisados pela Juíza singular.

Refere-se que a quantidade de droga não constitui fundamento idôneo para a conclusão de que o paciente se dedica às atividades criminosas, notadamente porque, no caso, exercia a atividade de "mula do tráfico" e não foi condenado pelo crime de associação.

Nestes termos, o impetrante requer seja declarada "*nula a dosimetria e determinado que a autoridade coatora reconheça o tráfico privilegiado e aplique a redução que entender de direito"* (p. 50).

Conforme bem ponderado pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, o pedido relativo à redutora do tráfico privilegiado diz respeito à matéria afeta ao mérito da ação penal, de tal maneira que deve ser discutida pela via impugnativa própria, que, aliás, já foi utilizada pela defesa (recurso de apelação).

Sabe-se que os Tribunais Superiores passaram a não admitir a impetração do referido remédio heroico quando o ato indigitado coator for passível de impugnação por meio processual adequado, seja petição dirigida ao próprio juiz, recurso próprio ou revisão criminal.

Conforme ponderado pelo Exmo. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, "*O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*" (STJ; HC 601.577; Proc. 2020/0190210-8; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 15/09/2020; DJE 21/09/2020).

Se não bastasse, a análise da questão demanda inevitável incursão na seara fático-probatória, o que não é admissível na via estreita do *Habeas Corpus*, consoante ilustram os seguintes julgados:

> *EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS –* **RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – PRELIMINAR MINISTERIAL DE NÃO CONHECIMENTO DA QUESTÃO QUE SE ENCONTRA EM GRAU DE RECURSO – INVIABILIDADE POR MEIO DA VIA ELEITA –** *PLEITO DEFENSIVO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA E MANTIDA DURANTE TODO O PROCESSO – REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESTA PARTE, DENEGADA.* **1 – Descabe a análise por meio de Habeas Corpus, como sucedâneo de pedido de algum benefício da pena, já pleiteado no recurso próprio, inclusive ainda pendente de julgamento;** *2 – Presentes os motivos autorizadores do art. 312, do CP (fumus comissi delicti – relativo à materialidade e indícios de autoria – e o periculum libertatis – risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal), bem como o instrumental de admissibilidade (artigo 313, I, do Código de Processo Penal – delito abstratamente apenado com pena superior a 04 quatro anos de reclusão), não sendo inclusive recomendável a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, denega-se ordem de Habeas Corpus que visa revogar prisão cautelar fundamentada em elementos concretos extraídos dos autos; 3 – Condições pessoais favoráveis, por si só, não garantem direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar; 4 – Ordem parcialmente conhecida, e nesta denegada. (TJMS; Habeas Corpus n. 1401845-77.2020.8.12.0000 – Dourados; Relator Des. José Ale Ahmad Netto, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 10/03/2020) – destaquei.*

> *EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PROVÁVEL* **APLICAÇÃO DA MINORANTE DO PRIVILÉGIO E REGIME BRANDO - MATÉRIA QUE REFOGE AO ÂMBITO DA VIA ELEITA** *– ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA – DECISÃO FUNDAMENTADA – PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVANTE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES – INSUFICIENTE – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.* **O habeas corpus não é a via adequada para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório, eis que na estreita via é incabível a análise de provas**. *Havendo prova da materialidade, indícios suficientes de autoria do fato delituoso e a necessidade de garantir a ordem pública, pois a paciente, em tese, transportava mais de 22 Kg de maconha, não há falar em constrangimento ilegal, pois presentes os motivos ensejadores para a prisão cautelar, sendo irrelevantes as condições pessoais que eventualmente lhe sejam favoráveis. Assim, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão se revelariam inadequadas e insuficientes (art. 310, II, CPP). (TJMS; Habeas Corpus*

n. 1412333-28.2019.8.12.0000 – Dourados; Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 15/10/2019) – destaquei.

"EMENTA – ORDEM DE HABEAS CORPUS – DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE AUTORIA – MATÉRIA QUE REFOGE AO ÂMBITO DA VIA ELEITA – PRETENSÃO NÃO CONHECIDA – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA – CONDUTA DELITUOSA DESPROVIDA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA – PRETENDIDA A LIBERDADE PROVISÓRIA OU SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA COM FIXAÇÃO DE MEDIDAS DO ART. 319 DO CPP – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA. I. ***O habeas corpus não é a via adequada para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório, eis que na estreita via é incabível a análise de provas. Ordem não conhecida neste particular.*** *II. (...)" (TJMS. Habeas Corpus n. 1402800-16.2017.8.12.0000, Ivinhema, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 15/05/2017, p: 19/05/2017) – destaquei.*

Ademais, descabe falar em nulidade da sentença, pois a Julgadora singular expôs os fundamentos pelos quais deixou de aplicar o privilégio encartado no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06 (conforme se observa de cópia da sentença – p. 63-64), revelando-se inconcebível cogitar a hipótese de ausência de motivação ou manifesta ilegalidade do *decisum* que, aliás, encontra-se respaldado por precedentes oriundos desta Corte.

Portanto, não havendo manifesta ilegalidade no *decisum*, a preliminar de não conhecimento suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça, neste particular, deve ser acolhida, impondo-se o conhecimento do presente *Writ* quanto aos pedidos de revogação da custódia preventiva (direito de recorrer em liberdade) ou de substituição por prisão domiciliar ou outras medidas cautelares alternativas.

II – Conforme destacado anteriormente, a prisão preventiva do paciente foi decretada por esta Corte de Justiça, no julgamento do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público (autos n.º 0003334-62.2020.8.12.0800), em virtude da gravidade concreta da conduta. A propósito, vale destacar trecho do acórdão:

"Com efeito, as circunstâncias que envolvem o caso enfocado, em especial a quantidade elevada de droga apreendida, o modus operandi empregado, a divisão de tarefas entre os envolvidos e os altos valores financeiros movimentados em operações dessa magnitude, evidenciam uma atividade elaborada e, possivelmente, suportada por organização criminosa voltada ao tráfico, realçando fortes indicativos de periculosidade dos pacientes.

Portanto, no caso em epígrafe, a prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentada na necessidade imperiosa de resguardar a ordem pública, diante da gravidade concreta da conduta apurada, do fundado receio de reiteração delitiva e dos indicativos de periculosidade social dos envolvidos."

Por ocasião da sentença condenatória, a d. Juíza *a quo* não concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, sob os seguintes fundamentos (p. 67):

"Com fulcro no art. 387, §1º, do CPP, considerando a gravidade in concreto da prática delitiva, pelas circunstâncias do crime (elevada quantidade de droga transportada, o concurso de agentes e o destino interestadual da droga), as quais demonstram o envolvimento do sentenciado com organização criminosa, mantenho a sua prisão preventiva, mormente para evitar a reiteração criminosa. Com efeito, em relação ao problema de saúde do réu, este informara em seu interrogatório que está fazendo o uso regular de medicamentos, sendo que já foi solicitada atenção ao respectivo juiz corregedor do presídio (p. 596). Expeça-se guia provisória e remeta-se ao juízo de execução penal, solicitando a permanência do sentenciado no local em que se encontra, em razão dos vínculos familiares."

Como se observa, o decreto prisional encontra-se satisfatoriamente fundamentado nas hipóteses legais, sendo certo que a decisão proferida pelo d. Juízo singular evidencia, à saciedade, a imprescindibilidade de

manutenção da medida para a garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta da conduta criminosa imputada ao paciente.

Neste particular, importante rememorar que o paciente foi autuado em flagrante transportando, em comunhão de esforços e unidade de desígnios com os corréus G. e W., 20 (vinte) fardos de "maconha", que totalizaram 480kg (quatrocentos e oitenta quilos) da referida substância.

A droga estava acondicionado na carroceria do caminhão VW/24.250, ano 2008/2009, de cor branca e placas MSH-1524, da cidade de Eunápolis-BA, o qual era conduzido pelo paciente M. T. e tinha como passageiro a pessoa de W. P., ao passo que o corréu G. seguia à frente no veículo VW/GOL, placas PXX-3138 de Uberaba-MG e tinha a função de "batedor" de estrada.

Com efeito, as circunstâncias que envolvem o caso enfocado, destacando-se, novamente, a quantidade vultosa de entorpecente apreendido, o *modus operandi* empregado na empreitada criminosa, a divisão de tarefas entre os agentes e os altos valores financeiros envolvidos em operações desse porte, permitem concluir tratar-se de uma atividade bem organizada, realçando, por consectário, os fortes indícios de periculosidade do paciente.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal assentou que "*a gravidade concreta do crime, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciados pela expressiva quantidade e pluralidade de entorpecentes apreendidos, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública*" (HC n. 130.708/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 06/04/2016).

De maneira idêntica, o colendo Superior Tribunal de Justiça "*possui entendimento consolidado no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva é decretada em razão da gravidade concreta da conduta delituosa, evidenciada pelo modus operandi com que o crime fora praticado.* (RHC 69.889/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016).

Diante desse panorama, inegável se afigura a necessidade de manutenção da custódia cautelar, máxime considerando que as particularidades, as circunstâncias fáticas, a própria dinâmica dos acontecimentos, culminam por delinear a gravidade concreta da conduta que teria sido praticada, ensejando indicativos sobre a periculosidade do paciente, nocivas à segurança e à incolumidade social.

A despeito dos argumentos expostos na impetração, é pacifica a orientação jurisprudencial no sentido de ser possível a segregação cautelar decorrente de sentença condenatória recorrível desde que presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva.

Nesse sentido, correta a decisão proferida pela Juíza singular, uma vez que o paciente permaneceu preso durante toda a instrução processual e não houve modificação dos fundamentos que ensejaram a decretação da medida constritiva, mas, ao contrário, a sentença condenatória apenas reforça os termos iniciais, realçando a existência de provas no tocante à materialidade e autoria delitivas, bem como a presença dos pressupostos e das condições previstas nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal.

A propósito, cito precedentes do e. STJ:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO MANTIDA NA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. RISCO AO MEIO SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. IMPUGNAÇÃO QUANTO AO REGIME INICIAL FIXADO. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.*
>
> *1. Presentes elementos concretos para justificar a manutenção da prisão preventiva, para garantia da ordem pública. A decretação da prisão preventiva, bem como a negativa*

ao direito de recorrer em liberdade foram devidamente fundamentadas pelas instâncias ordinárias, tendo sido demonstradas, com base em elementos concretos, a gravidade da conduta e sua periculosidade, evidenciadas pela quantidade das drogas apreendidas - 37 porções de maconha pesando 743,3 g, um tijolo da mesma substância com peso de 425 g e uma porção de cocaína pesando 0,66 g -, circunstâncias que demonstram maior envolvimento com o narcotráfico e o risco ao meio social.

2. ***Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau.***

3. A presença de condições pessoais favoráveis não impede a decretação da prisão preventiva.

4. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

5. A questão relativa à fixação de regime inicial menos gravoso constitui inovação recursal, uma vez que não deduzido na petição do habeas corpus, o que impede sua análise no presente agravo regimental.

6. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido. (AgRg no HC 610.430/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020) – destaquei.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE RECORRER EM LIBERDADE APÓS CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PACIENTE PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO. PREVENTIVA MANTIDA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. COVID-19. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

AGRAVO DESPROVIDO.

1. O exame pelo STJ de matéria que não foi apreciada pelas instâncias ordinárias enseja indevida supressão de instância, com explícita violação da competência originária para o julgamento de habeas corpus (art. 105, I, c, da Constituição Federal).

2. ***A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts.312, 313 e 315 do Código de Processo Penal.***

3. ***Mantidas as circunstâncias que justificaram a decretação da prisão preventiva de paciente que ficou preso durante toda a instrução processual, não há ilegalidade na sentença condenatória que não lhe concede o direito de recorrer em liberdade.***

4. Os pedidos não formulados na inicial do habeas corpus e, portanto, não apreciados na decisão agravada não são passíveis de conhecimento em razão da indevida inovação recursal.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 559.847/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe 20/11/2020) – destaquei.

Logo, inexiste constrangimento ilegal pela negativa do direito de recorrer em liberdade, dadas as circunstâncias do delito e sua gravidade, mais ainda se considerar que o paciente permaneceu preso durante a instrução criminal, persistindo os elementos que determinam sua segregação.

Nesse átimo, cito recente pronunciamento desta e. Corte de Justiça:

EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERESTADUAL E RECEPTAÇÃO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – PACIENTE PRESO DURANTE TODO O PROCESSO – AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA – MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. I – Não há constrangimento ilegal pela negativa do direito de recorrer em liberdade se o paciente permaneceu preso durante toda a instrução criminal, salvo quando demonstrada alteração fática relevante ou ilegalidade do ato que determinou a prisão preventiva. II – Com o parecer, denega-se a ordem. (TJMS; Habeas Corpus n. 1402831-31.2020.8.12.0000 – Jardim; Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, julgado em 16/04/2020)

Assim, não se detecta qualquer ilegalidade decorrente da manutenção da segregação cautelar do paciente, pois persistem os requisitos autorizadores previstos nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal.

III – No que concerne aos pedidos de substituição da custódia por medidas cautelares diversas ou por prisão domiciliar, em razão do estado de saúde do paciente, que é portador de HIV e apresenta quadro de depressão, integrando o grupo de risco para a infecção de "COVID-19", entendo que, de igual forma, não merecem acolhimento.

Sabe-se que, diante do atual cenário de pandemia viral ocasionada pelo COVID-19 ("Coronavirus"), o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020, que dispõe sobre medidas profiláticas à propagação do referido vírus no interior dos estabelecimentos prisionais, assim dispondo:

"Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;"

Inicialmente, deve ser pontuado que a Recomendação editada pelo CNJ não é norma impositiva que autoriza indistintamente a libertação de presos provisórios e definitivos. Em verdade, o ato foi editado com a finalidade de orientar os juízes e tribunais a reavaliarem a necessidade de manutenção das prisões e a possibilidade de substituição destas por custódia domiciliar ou outras medidas alternativas, de acordo com as peculiaridades de cada caso e das condições pessoais de cada interno.

Nesse pórtico, a despeito do momento crítico vivenciado em nosso país, tal situação, por si só, não pode ser interpretada como uma espécie de "alvará de soltura" para todo e qualquer indivíduo que se encontre encarcerado, pois, em contrapartida, ainda persiste o direito da coletividade de ver preservada a paz social, que não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de modo a evitar a reiteração criminosa e a intensificação da insegurança social.

Com efeito, se por um lado é dever do Estado salvaguardar a vida, a saúde e a integridade física e psíquica dos internos do sistema prisional, também o é, por outro viés, promover a paz e a segurança da sociedade, cuja essência reside no combate à criminalidade.

Por certo que a ordem constitucional outorgou ao Estado o dever de proteger os direitos fundamentais contra a agressão de terceiros, como bem sintetiza o Ministro Gilmar Mendes:

> *"Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção (...) também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (...) pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: (...) dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas." (STF: HC 102.087/MG).*

Justamente nesse sentido, aliás, foi o posicionamento emanado do Plenário do Supremo Tribunal Federal ao negar referendo ao entendimento esposado pelo Ministro Marco Aurélio (ADPF n. 347) acerca da população carcerária frente à pandemia do COVID-19.

Alicerçado em tais premissas, embora se reconheça a gravidade da pandemia viral em curso e a necessidade de adoção de medidas preventivas à propagação do "COVID-19", é certo que, na hipótese, a ordem almejada não comporta concessão.

Com efeito, a gravidade acentuada da conduta imputada ao paciente, no caso, claramente evidencia que a prisão preventiva é inarredável, em virtude da necessidade imperiosa de promover a garantia da ordem pública, que ficaria seriamente abalada com a revogação ou substituição da custódia.

Ademais, não se vislumbra a extrema debilidade do estado de saúde (artigo 318, inciso II, do CPP), pois, segundo consta do exame laboratorial e do laudo médico acostados aos autos, respectivamente, à p. 59 e 60 dos autos, o paciente apresenta carga viral "Não detectado" (o que sugere boa resposta terapêutica), não havendo informações de que seu estado de saúde seja grave ou de que não esteja recebendo a assistência médica necessária na unidade prisional.

Ressalta-se, também, das informações prestadas pela d. Juíza singular (p. 80), que "*o paciente teria informado que estava fazendo o uso regular de medicamentos no presídio, além de este juízo já ter solicitado ao Juiz Corregedor do presídio a respectiva atenção especial ao quadro de saúde apresentado pelo paciente*."

Portanto, não há elementos probatórios no sentido de que o paciente esteja extremamente debilitado em decorrência da mencionada doença e, muito menos, de que há impossibilidade de ser prestada assistência médica no estabelecimento prisional, para que possa fazer jus à segregação domiciliar.

Cumpre anotar, ainda, que inúmeras medidas sanitárias estão sendo implementadas pelo Poder Público no sentido de evitar a incursão e a disseminação da doença no interior dos estabelecimentos prisionais.

A propósito, faço referência à Portaria Interministerial n. 7/2020 (DOU de 18/3/2020 - nº 53-B, Seção 1, p. 1), que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do sistema prisional, destacando-se dentre as medidas a necessária identificação e o monitoramento da saúde dos custodiados incluídos nos grupos de risco e a criação de espaços de isolamento.

Por fim, de acordo com a alteração introduzida pela Recomendação n.º 78/2020, o alcance da Recomendação n.º 62/2020 do CNJ foi restringido, havendo orientação no sentido de que as referidas medidas não sejam aplicadas a processados ou condenados por crimes hediondos ou equiparados, a exemplo do tráfico de drogas.

Logo, inexiste constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente, pois a manutenção da custódia encontra-se validamente justificada, haja vista as circunstâncias do caso que retratam, *in concreto*, a imprescindibilidade da medida.

Ante o exposto, acolho em parte a preliminar suscitada pela PGJ, para conhecer parcialmente do presente *Habeas Corpus* e, nesta extensão, com o parecer, denegar a ordem.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram em parte a preliminar, para conhecer parcialmente do habeas corpus e, nesta extensão, denegar a ordem, nos termos do voto da Relatora.

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 31 de março de 2021.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Habeas Corpus Criminal n.º 1403136-78.2021.8.12.0000 - Nova Alvorada do Sul

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA – GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO – INDICATIVOS DE PONTO DE VENDA DE DROGAS – INDÍCIO DE PERICULOSIDADE – REVOGAÇÃO POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA. PRETENSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR – ELEMENTOS DE CONVICÇÃO INDICANDO, *PRIMA FACIE*, QUE A PACIENTE NÃO É RESPONSÁVEL PELOS FILHOS MENORES DE 12 ANOS E QUE COMERCIALIZAVA ENTORPECENTES NA PRÓPRIA RESIDÊNCIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA – INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA POR QUAISQUER OUTRAS MEDIDAS DIVERSAS DA PRISÃO – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

I– O decreto prisional está calcado em decisão devidamente fundamentada, que demonstra os indícios suficientes de autoria da paciente nos delitos tipificados no artigo 33, *caput,* da Lei 11.343/06, bem como a necessidade da medida como forma, principalmente, de garantir a ordem pública. Paciente que, a princípio, era uma das responsáveis por ponto de venda de drogas diversas e de elevada nocividade (maconha e cocaína), a realçar a gravidade concreta da conduta delitiva. Precedentes.

II– Eventuais condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, desconstituir a segregação processual, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a custódia excepcional.

III– O art. 318, V e 318-A, ambos do CPP, disciplinam a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar à mulher com filho menor de 12 anos, desde que o delito não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa e nem contra seu filho ou dependente. Além de tais requisitos, segundo entendimento do STF, esposado no julgamento do *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, a concessão de tal benefício poderá ser negada desde que ocorra situação excepcionalíssima, mediante fundamentação do julgador. *In casu*, a situação excepcionalíssima repousa nos indicativos de a paciente comercializar entorpecentes na própria residência, fazendo desta uma boca de fumo, de modo que a convivência perniciosa a que a criança poderia ser submetida desautoriza a custódia domiciliar. Ademais, há indicativos que os filhos menores de 12 anos estão sob os cuidados do genitor.

IV– Incabível a substituição da custódia preventiva por quaisquer outras medidas diversas da prisão, elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, por serem insuficientes e inadequadas ao caso concreto.

V– Ordem conhecida e denegada, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, denegaram a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator em substituição legal.

Campo Grande, 14 de abril de 2021

Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de M. A. R. M., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Nova Alvorada do Sul/MS.

Relata a impetrante que a paciente se encontra presa preventivamente em razão de decisão prolatada no bojo dos autos n. 0000317-88.2021.8.12.0054, cujo objeto é a apuração da suposta prática, por parte da paciente, dos crimes de tráfico de drogas e infração de medida sanitária preventiva, pois teria sido flagrada, junto de L. F. V. de S. e R. M. de O. F., portando substância análoga à cocaína, pasta base de cocaína e maconha, sem usar máscara facial para evitar o contágio e propagação da Covid-19.

Informa que, realizada audiência de custódia, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva. Argumenta ter sido requerida pela Defesa a conversão da prisão preventiva em domiciliar, destacando ser a paciente mãe de uma adolescente e três crianças, contudo, o magistrado singular entendeu por bem indeferir o pedido.

Sustenta a ausência concreta dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, descritos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Alega que a paciente é ré primária, sem antecedentes criminais, não se dedica a atividades ilícitas, tem família constituída e residência fixa no distrito da culpa e tem direito de responder o processo em liberdade. Aduz, também, que a paciente é genitora e guardiã de três crianças, sendo necessária a substituição da prisão preventiva pela modalidade domiciliar.

Discorre sobre o direito que entende aplicável ao caso e pede o deferimento de liminar, a fim de ser determinada a imediata soltura da paciente até o julgamento do *writ*. No mérito, seja concedida definitivamente a ordem, confirmando-se a liminar deferida, para o fim de revogar a prisão preventiva, permitindo-se que a paciente aguarde o trâmite processual em liberdade. Alternativamente, pleiteia a concessão da liberdade com aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, dentre as quais, a prisão domiciliar.

O pleito liminar foi indeferido (p. 133-135).

A autoridade coatora prestou informações (p. 141-142).

Em parecer, a Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (p. 145-160).

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Infere-se dos autos n. 0000317-88.2021.8.12.0054 (Consulta ao SAJ de Primeiro Grau) que no dia 08 de março de 2021, por volta da 0h, na Rua Antonio Stradiotti, bairro Maria de Lourdes, na cidade de Nova Alvorada do Sul/MS, R. M. de O. F., L. F. V. de S. e M. A. R. M., foram presos em flagrante, pela prática, em tese, das condutas delituosas descritas no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e art. 268, *caput*, do Código Penal, pois surpreendidos tendo em depósito e trazendo consigo drogas, tendo sido apreendido o total de 16,6 g

(dezesseis gramas e 600 miligramas) de maconha, 30,3 g (trinta gramas e trezentos miligramas) de cocaína e 2,4 g (duas gramas e quatrocentos miligramas) de pasta-base de cocaína.

Pois bem. Em que pese o inconformismo exposto na inicial, a manutenção da custódia preventiva encontra-se satisfatoriamente fundamentada, não havendo falar em constrangimento ilegal passível de ser sanado pela via do presente *Habeas Corpus*.

Inicialmente, cumpre destacar que a prisão de natureza cautelar constitui medida de caráter excepcional, cuja decretação exige fundamentação concreta que demonstre, com exatidão, a presença das condições e pressupostos que autorizam a constrição prévia da liberdade, sem que haja ofensa ao princípio da presunção de inocência, quais sejam, o *fummus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Revela-se necessário, portanto, além da prova de materialidade delitiva e dos indícios de autoria, a demonstração, com base em circunstâncias concretas, da necessidade da custódia para acautelar a ordem pública ou a ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A propósito, eis a dicção do Código de Processo Penal:

> *Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.*
>
> *§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.*
>
> *§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.*
>
> *Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
>
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*
>
> *II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;*
>
> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*
>
> *IV – (revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011)*
>
> *§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.*
>
> *§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.*

No caso em epígrafe, observa-se que o decreto prisional está calcado em decisão devidamente fundamentada, na qual restaram demonstrados os indícios suficientes de autoria da paciente no delito de tráfico de drogas.

Deve ser destacado, inicialmente, que o caso admite a aplicação da prisão de caráter processual, pois a pena do delito suplanta 4 (quatro) anos de reclusão, restando preenchida a condição prevista no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Quanto ao *fummus comissi delicti*, verifica-se que resta demonstrado nos autos, em face dos elementos de informação colhidos no curso da investigação policial, notadamente através do auto de prisão em flagrante, depoimentos prestados pelos policiais e laudo preliminar de constatação.

De igual forma, o *periculum libertatis* encontra-se evidenciado no caso em testilha, visto que a custódia preventiva decorre da necessidade imperiosa de acautelar a ordem pública, que é assim definida pela melhor doutrina, *verbis*:

> *O significado da expressão 'garantia de ordem pública' não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade). Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da Justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade." (BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403/2011 - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131).*

In casu, o decreto prisional está fundamentado na garantia da ordem pública, diante da gravidade em concreto da conduta criminosa *a priori* desenvolvida pela paciente que, a princípio, vendia entorpecentes em sua residência, a qual foi apontada, em tese, como ponto de venda de drogas, a realçar a gravidade concreta da conduta delitiva.

A dinâmica dos fatos retratados nestes autos realçam indicativos concretos de atividade de comércio na denominada "boca de fumo" o que revela a personalidade subversiva e periculosidade da paciente, o que é suficiente para a manutenção da segregação para a garantia da ordem pública.

Nesse norte, aliás, foi a decisão proferida pelo Juízo de Custódia, que decidiu converter a prisão em flagrante em preventiva. Gize-se (p. 83-84 dos autos n. 0000317-88.2021.8.12.0054):

> *"Dos documentos constantes dos autos há suficiente fumus commissi delicti, porquanto há provas suficientes da materialidade e indícios suficientes de autoria, inicialmente pelo laudo preliminar de substância entorpecente (fl. 22), e, ainda pela apreensão de maconha, cocaína e pasta base de cocaína na posse dos autuados, ambos divididas em porções, além de petrechos utilizados no preparo e venda destas substâncias (balança de precisão, colher, prato, faca). No mais, consta também o depoimento das testemunhas presentes no momento da prisão.*
>
> *Não obstante isso, deve-se sempre lembrar que a prisão preventiva é medida excepcional, pois restringe a liberdade antes de decisão condenatória com trânsito em julgado. Por este motivo só é admitida quando estritamente presentes os pressupostos para sua decretação, quais sejam, indícios suficientes de autoria e prova materialidade do crime, somando-se a isso as hipóteses do artigo 313 do CPP e algum dos seguintes fundamentos: a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal e para assegurar aplicação da lei penal, conforme disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.*
>
> *Em primeiro lugar, a prisão é admissível, uma vez que as penas máximas em abstrato cominadas aos delitos que foram imputados aos conduzidos, somadas, passam de 04 (quatro) anos de privação da liberdade, nos termos do art. 313, I, do CPP.*

Outrossim, a quantidade e variedade de drogas apreendidas com os conduzidos não chega a ser desprezível, especialmente se considerada a variedade e natureza (maconha, cocaína e pasta base de cocaína), não deixando qualquer margem para interpretação sobre o crime.

Depreende-se dos autos que apesar de apenas o conduzido Ray Muller ostentar condenações transitadas em julgado (fls. 59/61), há indícios nos autos de que os acusados realizavam o comércio dos entorpecentes com a a manutenção de "boca de fumo", além da possível participação de adolescente, que foi apreendido no momento do flagrante, e, ainda, em local com grande movimentação de pessoas (próximo ao bar do C.).

Vale mencionar ainda que foram presos desobedecendo as medidas legais e sanitárias impostas para o controle da propagação do vírus Covid-19 (novo coronavirus).

Assim, ao menos por ora, entendo que a medida cautelar extrema é necessária para ***garantia da ordem pública*** *(risco concreto de reiteração e considerando a periculosidade em concreto do crime ora apurado), sendo caso de se converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.*

Por sua vez, o perigo gerado pelo estado de liberdade dos conduzidos (expressão dúbia inserida na parte final do art. 312 do CPP) se dá justamente pelo risco à ordem pública (risco de reiteração), já descrito anteriormente.

[...]

Ressalte-se que, embora a quantidade de drogas localizada não tenha sido elevada, a diversidade e natureza perniciosa do entorpecente – maconha, cocaína e pasta base – é considerada circunstância preponderante pelo artigo 42 da Lei nº 11.343/06 e, em princípio, traduz forte indício de periculosidade do agente, bem como de dedicação ao tráfico e pode ser considerada um dado concreto a justificar a confirmação da custódia excepcional em razão do efetivo risco à garantia da ordem pública, a exigir do julgador maior prudência na análise dos fatos.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. RISCO AO MEIO SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. RÉU NÃO INSERIDO NO GRUPO DE RISCO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a maior periculosidade do recorrente, na medida em que responde a diversos outros processos criminais, já tendo sido, inclusive, condenado por tráfico de drogas. Tal circunstância, somada à quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas, demonstra a propensão ao crime e o risco ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública. 3. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada. 4. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. 5. O risco trazido pela propagação da COVID-19 não é fundamento hábil a autorizar a revogação automática de

toda custódia cautelar, sendo imprescindível, para tanto, que haja comprovação de que o réu encontra-se inserido na parcela mais suscetível à infecção, bem como, que haja possibilidade da substituição da prisão preventiva imposta. 6. No caso, além de estar demonstrada a necessidade da prisão preventiva, diante da reiteração delitiva, o recorrente não comprovou qualquer comorbidade que o insira no grupo de risco de agravamento da COVID-19, não havendo, portanto, falar em liberdade provisória ou substituição da custódia por prisão domiciliar em razão da pandemia. 7. Recurso desprovido. (RHC 129.203/MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/08/2020, DJe 24/08/2020)

Cumpre anotar, neste palmilhar, que a jurisprudência é uníssona no sentido de que eventuais "*condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema*" (HC 217.175/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. em 12/03/2013). No mesmo sentido a orientação o C. STF: HC 112.642, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 10.08.12.

Mister ressaltar, no mesmo caminhar, que a prisão preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, nem se trata de execução antecipada de pena, desde que decorrente de ordem escrita e fundamentada, alicerçada em elementos concretos, conforme demonstrado no quadro fático delineado nos autos.

Deve-se, em verdade, haver a ponderação dos princípios constitucionais, de modo a não existir um princípio absoluto sobre os demais, a ponto de causar o desequilíbrio das garantias fundamentais como um todo. Isso porque a Carta Magna prevê, ao lado do princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII) o instituto da prisão processual (artigo 5º, LXI), desde que preenchido os requisitos e observados os pressupostos necessários para tanto, como é o caso em tela.

Noutro ponto, incabível a substituição da custódia por prisão domiciliar em razão do fato de a paciente ter filhos menores de 12 (doze) anos de idade.

Segundo dispõe o art. 318 do Código de Processo Penal:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

***V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos**;*

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. – destaquei.

Observa-se que, nos termos do artigo 318, V, da Lei Processual Penal, a prisão domiciliar pode ser concedida quando a acusada ou indiciada tiver filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Na hipótese dos autos, a paciente é "*genitora de *****, nascida em 24 de dezembro de 2007, *****, nascida em 05 de outubro de 2011, atualmente com nove anos de idade, *****, nascido em 31 de julho de 2013, atualmente com sete anos de idade, e *****, nascida em 24 de junho de 2015, atualmente com cinco anos de idade*", consoante cópias das Certidões de Nascimento de p. 12-15.

Entretanto, malgrado a paciente alegue que as crianças estavam sob sua guarda quando da sua prisão em flagrante, observa-se do caderno que os elementos de prova até então produzidos indicam que ela é a responsável tão somente pela filha adolescente.

Destarte, foram nesse sentido as declarações de R. M. de O. F., companheiro da paciente e quem foi preso na mesma oportunidade: "*Complementa que reside com a convivente ***** e a enteada ***** de treze anos e o amigo L.; Que, os demais filhos de M. residem com o genitor*" (sic, p. 49).

Além disso, as circunstâncias do caso concreto traduzem excepcionalidade à norma supramencionada, como asseverado pela autoridade coatora. Gize-se (p. 85-86, dos autos n. 0000317-88.2021.8.12.0054):

> *Neste caso, verifica-se que quando da prisão em flagrante, a acusada relatou em seu interrogatório prestado na fase inquisitorial que é mãe de quatro crianças menores de idade, sendo que uma possui 13 anos, não informando as idades dos demais (fls. 23/4).*
>
> *A jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF, STJ, etc) pacificou o entendimento de que nestes casos não basta a custodiada relatar que que é genitora de filhos menores de doze anos de idade, mas deve também comprovar essa informação e, ainda, demonstrar que é responsável pela guarda e a imprescindibilidade no auxílio da manutenção da subsistência dos menores, o que inclusive consta do teor do art. 318-A, caput, do CPP e não restou demonstrado neste caso, vez que não há qualquer documento que comprove a maternidade e indique essa dependência (STJ AgRg no HC 521730 SP 2019/0206096-1/STJ HC 0129992-93.2019.3.00.0000 GO 2019/0129992-7).*
>
> *Cumpre também destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento e concessão do habeas corpus coletivo HC 165704 STF, destacou a necessidade de comprovação da existência de dependência entre os infantes e o(a) genitor(a) que busca a concessão da substituição da prisão preventiva por domiciliar, entendendo aquela corte suprema que não basta a mera alegação da existência de filho menor para a concessão do benefício.*
>
> *Desse modo, não havendo elementos nos autos que comprovem a existência dos filhos menores e que indiquem a existência de dependência dos menores com os cuidados da denunciada, o caso é de indeferimento.*

Relevante destacar que a paciente foi presa na posse de drogas diversas e de elevado poder nocivo (cocaína) e, a princípio, fazia de sua residência uma boca de fumo, o que demonstra excepcional gravidade concreta do delito a afastar a possibilidade da conversão da prisão preventiva em domiciliar. Desponta dos elementos amealhados na investigação ter sido encontrado, dentre outros, um prato e colher com resquícios de droga sobre sua cama, o que foi confirmado por ela quando interrogada, oportunidade em que alegou ter usado, juntamente com os demais para preparar droga para o consumo pessoal (p. 38).

Ademais, a convivência perniciosa a que a criança poderia ser submetida desautoriza a custódia domiciliar.

Sobre o tema, colho precedente em *Habeas Corpus* coletivo proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual deixa clara a possibilidade de o julgador manter a custódia cautelar de presa mãe de filho menor de 12 (doze) anos quando presentes situações excepcionais. Colhe-se, ainda, recente julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que indica a possibilidade de aplicação do referido precedente mesmo a partir da vigência da Lei n. 13.769/2018, que introduziu o novel art. 318-A do Código de Processo Penal, pois senão:

> *HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES*

PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

(...)

XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, ***excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício****. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima. (HC 143641, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, Processo Eletrônico DJe-215 Divulg 08-10-2018 Public 09-10-2018) – destaquei.*

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES, ALÉM DE PETRECHOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FRATERNIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA. HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP. PREVALECE A APLICAÇÃO NA PARTE QUE A LEI NÃO REGULOU - SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS POSITIVOS E NEGATIVOS PARA PRISÃO DOMICILIAR. CUMULAÇÃO COM MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. (...)

5. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais.

6. ***A normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no Habeas Corpus n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei****. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja*

proteção deve ser integral e prioritária. (...) (HC 470.549/TO, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 20/02/2019) – destaquei.

Logo, incabível a concessão da prisão domiciliar à paciente, ante a ausência de preenchimento dos requisitos legais. Nesse sentido, colhe-se precedente desta Corte:

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS ANTERIORMENTE FIXADAS – AUSÊNCIA DE COMPARECIMENTO EM JUÍZO – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIR A ORDEM PÚBLICA – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR - FILHO MENOR DE 12 (DOZE) ANOS – EFEITOS NÃO AUTOMÁTICOS – PACIENTE QUE NÃO COMPROVOU SUA IMPRESCINDIBILIDADE - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VISLUMBRADO – ORDEM DENEGADA. I - Verificando-se que o paciente deliberadamente descumpriu medida cautelar anteriormente imposta, mudando de endereço sem prévia comunicação ao juízo, possível o decreto de prisão preventiva ante a necessidade de assegurar eventual aplicação da lei penal e garantir a ordem pública. II – No que pertine à alegação de que a prisão preventiva deve ser convertida para a domiciliar, o art. 318, do CPP, estabelece que o magistrado poderá conceder o benefício quando o agente for "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e/ou estiver grávida". Para a aplicação da referida norma legal, o juiz da causa deverá sopesar se o deferimento da cautelar diversa do cárcere atenderá às circunstâncias do caso concreto, mormente o embate entre o princípio da proteção integral à criança e a presença dos pressupostos da prisão preventiva. ***Dessa forma, o fato de a Paciente ter um filho pequeno, isoladamente, não impede a prisão cautelar, mormente quando demonstrados os requisitos da prisão preventiva****. Precedentes do STJ. III - Ordem denegada. Com o parecer da PGJ. (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1412155-79.2019.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 20/10/2019, p: 22/10/2019) – destaquei*

Outrossim, revela-se incabível a substituição da custódia preventiva por quaisquer outras medidas diversas da prisão, elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, por serem insuficientes e inadequadas ao caso concreto, considerando a gravidade acentuada do delito imputado à paciente.

Nesse sentido:

"EMENTA – HABEAS CORPUS – ***TRÁFICO DE DROGAS****, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO,* ***TRÁFICO ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO*** *E RECEPTAÇÃO – GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (750 KG DE ''MACONHA") – PRISÃO PREVENTIVA – REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE DO DELITO – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA –* ***APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – INVIABILIDADE –*** *AGENTE QUE ATUAVA COMO 'BATEDOR DE ESTRADA' – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA. I- Presentes os motivos autorizadores (fumus comissi delicti relativo à materialidade e indícios de autoria - e o periculum libertatis - risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal), bem como o requisito instrumental de admissibilidade (artigo 313, I , do Código de Processo Penal delito abstratamente apenado a mais de 04 quatro anos de reclusão), e não sendo recomendável a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, denega-se ordem de habeas corpus que visa revogar prisão cautelar fundamentada em elementos concretos, extraídos dos autos, quando a acusação é pela prática de tráfico, associação para o tráfico e tráfico entre estados da federação, pois o paciente teria sido supostamente contratado para agir como "batedor de estrada" para o transporte de 750 Kg (setecentos e cinquenta quilogramas) de maconha (artigo 33, caput, artigo 35, caput, c/c artigo 40 V todos da Lei 11.343/06), e ainda pelo crime de receptação (art. 180 do Código Penal),* ***mesmo que as condições pessoais sejam favoráveis, pois estas, por si só, não garantem o direito de responder ao processo em liberdade quando***

> ***presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar**. II- Ordem denegada. COM O PARECER DA PGJ. (TJMS. Habeas Corpus n. 1406409-70.2018.8.12.0000, Amambai, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 19/07/2018, p: 21/07/2018) - Destaquei.*

Logo, inexiste constrangimento ilegal ao direito de locomoção da paciente, pois a prisão preventiva encontra amparo no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, e foi validamente justificada na necessidade de resguardar a ordem pública, haja vista as circunstâncias do caso que retratam, *in concreto*, a imprescindibilidade da medida.

Ante o exposto, conheço do presente *habeas corpus* e denego a ordem.

É como voto, com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator em substituição legal.

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(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 14 de abril de 2021.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Apelação Criminal n.º 0801525-52.2016.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO, CORRUPÇÃO DE MENOR (ECA) E INCÊNDIO – PRELIMINAR DE NULIDADE DO INTERROGATÓRIO, EM PLENÁRIO, POR VIDEOCONFERÊNCIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – PANDEMIA DO COVID-19 – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO – GARANTIA DA AMPLA DEFESA, COM PARTICIPAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO – NÃO ACOLHIMENTO.

Rejeita-se a preliminar arguida pelo corréu. A irresignação defensiva está acobertada pela preclusão temporal, já que não arguida em plenário; além disso, o ato foi realizado com espeque no art. 185, § 2º, inciso IV, do CPP, e atendeu ao disposto na Recomendação n. 62/2020 do CNJ, bem como Portaria n. 1726/2020 do TJMS e, também, a defesa não demonstrou onde reside o aventado prejuízo aos interesses do recorrente, já que garantido a ampla participação da parte e do seu defensor durante todo a sessão de julgamento.

APELAÇÃO CRIMINAL – MÉRITO – DOIS CORRÉUS/DOIS RECURSOS – TESE DE JULGAMENTO CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS (INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA) – ACOLHIMENTO DA TESE ACUSATÓRIA PELOS JURADOS – SOBERANIA DO VEREDICTO – PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA (MANDANTE) – TESES AFASTADAS – DECOTE DA VETORIAL "PERSONALIDADE" (CORRÉU) – RECURSO PROVIDO EM PARTE (CORRÉU, NESSE ASPECTO) – DE OFÍCIO, DECOTE DAS AGRAVANTES NÃO DEBATIDAS EM PLENÁRIO – REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS DEFINITIVAS.

Não prospera a alegação de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos. A decisão dos jurados se apoiou em uma das versões apresentadas e debatidas em plenário, amparada pela prova oral produzida, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Igualmente, os membros do Conselho de Sentença entenderam que o corréu, efetivamente, foi o mandante do crime que culminou na morte da vítima, não sendo possível reconhecer participação de menor importância.

A fundamentação para vetorial "personalidade" (corréu) deve ser decotada, por ser inidônea (primeira fase).

Decota-se agravantes reconhecidas pelo magistrado sem debate em plenário, e sem pedido expresso da acusação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos,

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar de nulidade processual, nos termos do voto da Relatora. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de D. A. C. L. e proveram parcialmente o recurso de M.B., nos termos do voto da Relatora. Por unanimidade, de ofício, redimensionaram decotaram agravantes da segunda fase da dosimetria da pena, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 17 de junho de 2021

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de apelações criminais interpostas por M. B. e D. A. C. L. em face da sentença de f. 1245/1257, que os condenou pela práticas dos crimes tipificados nos arts. 121, § 2°, incisos I e IV, 250, § 1°, II, "a", ambos do Código Penal, e art. 244-B, § 2° da Lei n. 8.069/90.

Nas razões de f. 1269/1307, o apelante M. arguiu preliminar de nulidade da sentença, pela realização do interrogatório feito por videoconferência, o qual causou prejuízo para a defesa, além de ter manifestado, em duas oportunidades, que não concordava com o procedimento.

Se ultrapassada, no mérito, postulou a reforma do *decisum* por ser manifestamente contrário às provas dos autos; alternativamente, pediu o reconhecimento da participação de menor importância e a readequação da dosimetria da pena (fixação no mínimo legal).

O recorrente D., nas razões de f. 1308/1325, pugnou pela reforma da sentença para ser submetido a novo julgamento, uma vez que não há como prosperar a decisão do Tribunal do Júri por ser contrária às provas colhidas nos autos (absolvição), não tendo ele qualquer participação nos crimes de homicídio qualificado, corrupção de menores e incêndio.

Requereu também, em relação ao crime de homicídio, na primeira fase dosimétrica, a aplicação da pena-base no mínimo legal, afastando a vetorial negativa da culpabilidade; quanto ao crime de incêndio, reclamou a exclusão da agravante descrita no art. 61, II, "b" do CP.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual, às f. 1329/1358, pelo desprovimento dos apelos defensivos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 1375/1392, opinando pelo improvimento de ambos os recursos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache (Relatora)

Trata-se de apelações criminais interpostas por M. B. e D. A. C. L. em face da sentença de f. 1245/1257, que os condenou pela práticas dos crimes tipificados nos arts. 121, § 2°, incisos I e IV, 250, § 1°, II, "a", ambos do Código Penal, e art. 244-B, § 2° da Lei n. 8.069/90.

Em um breve retrospecto, extrai-se dos autos que, em decorrência do inquérito policial e posterior ajuizamento da ação penal n. 0003922-25.2013.8.12.0021, os denunciados B. dos S. F. e L. G. de S. foram pronunciados pela prática de crime doloso contra a vida (decisão de f. 417/423), tendo como vítima A. J. de S., por fato ocorrido no dia 1°/5/2013.

Na sequência, o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, no julgamento ocorrido em 30/11/2015, condenou B. e L. pelos crimes de homicídio e incêndio, sendo eles absolvidos do crime de corrupção de menores (f. 624/635).

O d. Juízo singular, na sentença de f. 636/646 - tópico "Disposições Finais" -, diante da referência do representante do MPE durante a fase dos debates em plenário, lastreado em depoimentos de que M. B., vulgo "M. Cadeira de Rodas", seria o mandante do crime, e que D. A. C. L., vulgo "D.", teria participado da execução dos crimes, determinou o encaminhamento da cópia integral dos autos para os fins do arts. 40 e 417 do CPP.

Desse modo, com base nos elementos extraídos da ação penal acima mencionada, o órgão ministerial ofereceu denúncia em face de M. e D., com o seguinte teor (f. 1/5):

> *"1º) FATO*
>
> *Consta dos inclusos autos de inquérito policial que em 01.05.2013, na Rua E. T., n.º xxx, em Três Lagoas/MS, os denunciados M. B. e D. A. C. L., em concurso de agentes com B. dos S. F. e L. G. de S., bem como com o adolescente *****, caracterizado pela comunhão de esforços e unidade de desígnios, mataram a vítima A. J. de S., causando-lhe os ferimentos descritos laudo de exame necroscópico de fls. 49/50 e mapa de esquema de lesões de fl. 51.*
>
> *Segundo se depreende dos elementos de informação, o denunciado D. A. C. L, juntamente com B. dos S. F. e L. G. de S. e com o adolescente *****, todos os últimos já condenados, ficaram incumbidos de matar a vítima, atendendo ao comando emanado pelo denunciado M. B., traficante de drogas da região em cujo imóvel a vítima residia.*
>
> *Conforme apurado, na data dos fatos, o denunciado D. A., em conjunto com seus comparsas executores, agindo mediante dissimulação e recurso que dificultou a defesa da vítima, cortaram o fornecimento de energia elétrica da residência desta, em seguida, arrobaram-lhe a porta e, falsamente se identificando como policiais, ordenaram que ela deitasse no chão para algemá-la, ocasião em que, desprevenida, atingiram-na na região das costas com inúmeros golpes de faca.*
>
> *Ainda de acordo com o apurado, os denunciados D. A. e M. B. praticaram o crime de homicídio supranarrado impelidos por motivo torpe, eis que ceifaram a vida da vítima por conta de desacerto envolvendo o comércio ilícito de entorpecentes.*
>
> *2º) FATO*
>
> *Consta também do caderno policial que, nas mesmas condições de tempo e espaço supradescritas, os denunciados M. B. e D. A. C. L., em concurso de agentes com o adolescente ***** e com B. dos S. F. e L. G. de S., agindo em unidade de desígnios e comunhão de esforços, causaram incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio das vítimas A. J. de S. e G. R. de S..*
>
> *Apurou-se que os denunciado D. A. C. L., atendendo as ordens do denunciado M. B., enquanto saía com os demais executores do local, despejaram líquido inflamável na cozinha e atearam fogo na casa habitada e destinada a habitação, já que nela ainda se faziam presentes as vítimas A. J. de S. e G. R. de S., tendo a última, após a saída daqueles, socorrido A. para fora da residência e acionado o SAMU, porém este não resistiu aos ferimentos e veio a óbito no hospital local.*
>
> *3º) FATO*
>
> *Restou ainda apurado que, nas mesmas condições de tempo e espaço mencionadas, os denunciados M. B. e D. A. C. L. corromperam e facilitaram a corrupção do menor *****, a ele ordenando e com ele praticando respectivamente, as infrações penais supradescritas.*
>
> *Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia M. B. e D. A. C. L. como incursos nas seguintes sanções do art. 121, §2º, II e IV, do Código Penal (1º Fato); art. 250, §1º, II, "a", do Código Penal (2º Fato) e art. 244-B, §2º, da Lei 8.069/90 (3º Fato); todos c/c o art. 29 e na forma do art. 69 do Código Penal." (sic)*

Rememorados os fatos, passo ao exame da pretensão recursal.

- Preliminar

a) nulidade da sentença – interrogatório por videoconferência:

Como é cediço, a instituição do júri é reconhecida pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXVIII, sendo assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Acerca da "plenitude de defesa", Renato Brasileiro Lima[1] ensina que "*Ao acusado é assegurado o direito de apresentar sua tese pessoal por ocasião do interrogatório, a qual também não precisa ser exclusivamente técnica, oportunidade em que poderá relatar aos jurados a versão que entender ser a mais convincente a seus interesses.*"

No caso, a irresignação defensiva postula a nulidade da realização da sessão de julgamento do Júri, por não ter sido providenciada a presença "física" do acusado M. em audiência, já que ele participou da solenidade por meio de videoconferência.

Pois bem.

O art. 185, § 2º, inciso IV, do CPP dispõe que:

> *"O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (...) § 2° **Excepcionalmente,** o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (...) **IV - responder à gravíssima questão de ordem pública."** (g.n.)*

Dos autos, extrai-se que, na decisão de f. 1116/1119, o d. Julgador designou o dia 16/10/2020 para julgamento pelo Tribunal do Júri, oportunidade em que registrou o seguinte:

> *"Em razão da situação de pandemia do vírus COVID-19 e as expressas previsões do Provimento nº 184/2018 e Resolução nº 105/2020 do CNJ, o acusado que estiver preso será interrogado e acompanhará o julgamento por videoconferência, devendo o cartório tomar as providências necessárias para sua realização."*

No caso, apenas M. B. estava preso preventivamente.

A Defensoria Pública Estadual, que assistiu os corréus na origem, foi intimada do *decisum* e nenhuma oposição apresentou (f. 1124).

É certo, contudo, que a advogada particular constituída pelo apelante M. apenas para "atuar em pedidos de Liberdade Provisória e *Habeas Corpus*" - conforme petição e procuração de f. 1113/1114 - impetrou *writ* combatendo, dentre outras questões, o julgamento por videoconferência.

O HC n. 1409597-03.2020.8.12.0000, julgado pela 1ª Câmara Criminal desse sodalício em 27/8/2020, recebeu a seguinte ementa:

> *"EMENTA - HABEAS CORPUS – PACIENTE E CORRÉUS PRONUNCIADOS – DISCUSSÃO ACERCA DA AUTORIA DELITIVA - NÃO CONHECIMENTO – **INCONFORMISMO DIANTE DA DESIGNAÇÃO DA SESSÃO DO JULGAMENTO (TRIBUNAL DO JÚRI) POR VIDEOCONFERÊNCIA DO PACIENTE – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA** – MÉRITO DO WRIT – PRESSUPOSTOS DA PREVENTIVA – EXCESSO*

1 Manual de Processo Penal: volume único - 6. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1350.

> *DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – SÚMULA 21 DO STJ – NA PARTE CONHECIDA, ORDEM DENEGADA. Consoante pacífico entendimento das Cortes Superiores, alegações acerca da autoria delitiva demandam exame do material fático-probatório, a ser produzido e discutido no curso da instrução do processo.* ***A irresignação da defesa, quanto o julgamento do paciente por videoconferência (Tribunal do Júri), como não foi apresentada para exame na origem, não pode ser conhecida em segundo grau, sob pena de supressão de instância.*** *Diante dos fatos sob apuração, reputo presentes os requisitos necessários previstos no art. 312, do CP (fumus comissi delicti – relativo à materialidade e indícios de autoria – e o periculum libertatis), bem como o instrumental de admissibilidade (artigo 313, I, do Código de Processo Penal – delito abstratamente apenado com pena superior a 4 quatro anos de reclusão). Nos termos da Súmula n. 21 do C. STJ, "Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução". (g.n.)*

Contra tal *decisum*, a defesa de M. interpôs *habeas corpus* perante o C. Superior Tribunal de Justiça (n. 612945/MS), tendo o e. Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, na data de 16/9/2020, conhecido em parte do remédio constitucional e, nessa extensão, denegado a ordem *in limine.*

E, apesar de interposto o RHC n. 13624/MS, na data de 17/9/2020, inclusive posterior pedido de reconsideração, o e. Ministro Relator, monocraticamente, manteve incólume a decisão.

Na sequência, antes da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, a defesa particular de M. impetrou segundo *habeas corpus,* o qual foi julgado pela 1ª Câmara do e. TJMS, com a ordem denegada.

Confira-se o teor da ementa:

> *"EMENTA - HABEAS CORPUS – PACIENTE – PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO -* ***SUSPENSÃO DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI – QUESTÃO NÃO CONHECIDA - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA -*** *PANDEMIA DO COVID-19 - NÃO DEMONSTRAÇÃO DE ESTAR O PACIENTE EM SITUAÇÃO DE RISCO OU VULNERABILIDADE - ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADA.* ***Não é possível o conhecimento de matéria ainda não submetida ao d. Juízo na origem, sob pena de supressão de instância.*** *Conquanto demonstrado que o paciente apresenta problemas de saúde, não restou demonstrado que o seu quadro seja tão grave a ponto de obstar que receba o devido acompanhamento médico a que fizer jus, inclusive com fornecimento de remédios, no local em que se encontra segregado, mesmo porque, desde o início da pandemia, o Poder Público vem adotando medidas com o objetivo de evitar e/ou minimizar a disseminação do COVID-19 no sistema prisional." (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1412373-73.2020.8.12.0000, Três Lagoas, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 22/10/2020, p: 26/10/2020) (g.n.)*

Como visto, diferentemente do que consta nas razões recursais, a insurgência da parte ré, a respeito da designação da sessão de julgamento por videoconferência, não foi apresentada em primeiro grau e, por tal motivo, não foi possível o exame pelo sodalício sul-mato-grossense, inclusive com entendimento mantido no Tribunal de Cidadania.

Noutro prumo, da leitura da ata de julgamento do Tribunal do Júri, bem como debates realizados - f. 1235/1239 - constatei também que, em momento algum, a defesa do ora recorrente - DPE de primeiro grau – insurgiu-se contra a realização do interrogatório por videoconferência no Plenário, ou mesmo asseverou que foi impedida de entrevistar ou manter contato com o ora apelante antes ou durante a sessão.

Desse modo, se a parte interessada, regularmente assistida, deixou de apresentar sua insurgência a tempo e modo, não pode ela, em razões recursais, arguir nulidade atingida pela preclusão.

De mais a mais, não se pode olvidar a situação excepcional de gravíssima questão de ordem pública e sanitária, e vivenciada por todos até os dias de hoje, decorrentes dos efeitos provocados pela pandemia da Covid-19.

Tal situação - excepcional - é sim motivo apto para relativizar o direito de presença do réu, sem, contudo, ofender o princípio da plenitude de defesa (que é assegurado de forma expressa na Carta Magna, além de incorporado no ordenamento pátrio por conta dos Tratados Internacionais ratificados pelo governo brasileiro), mormente, repito, quando se é garantido à parte o acompanhamento do julgamento pelo sistema de videoconferência e, especialmente, o contato com seu defensor (no caso, Defensoria Pública que o assistiu na oportunidade).

Em arremate, a preliminar não merece acolhimento.

A uma, porque a irresignação defensiva está acobertada pela preclusão temporal, já que não arguida em plenário. A duas, porque o ato foi realizado com espeque no art. 185, § 2º, inciso IV, do CPP, além de atender ao disposto na Recomendação n. 62/2020 do CNJ, bem como Portaria n. 1726/2020 do TJMS. A três, a defesa também não demonstrou onde reside o aventado prejuízo aos interesses do ora recorrente, já que garantido a ampla participação da parte e do seu defensor durante toda a sessão de julgamento.

- Mérito

a) tese defensiva - julgamento contrário às provas dos autos (insuficiência probatória) – apelantes M. e D.:

Nesse tópico, tem-se que ambos os recorrentes pretendem a anulação do julgamento porque a decisão dos jurados teria sido "manifestamente contrária" às provas agregadas nos autos.

Com efeito, o Julgamento Popular é disciplinado pela Constituição Federal de 1988 que traz, dentre seus princípios regentes, a soberania dos veredictos conforme disposto no artigo 5º, XXXVIII, "c", razão pela qual eventual nulidade deve estar adstrita às específicas hipóteses do art. 593, III, do CPP.

Ainda quanto ao tema, é certo que *"Embora os jurados sejam soberanos para decidir, não se admite a decisão caprichosa ou arbitrária, que contrarie o conjunto probatório. Não se tolera a ilegalidade nem mesmo dos soberanos jurados. Para corrigir tais arbitrariedades é que se admite a apelação quando a decisão dos jurados for 'manifestamente contrária à prova dos autos'"*[2]

Portanto, para desconstituir uma decisão do Tribunal do Júri é imprescindível a constatação de que não houve embasamento em nenhuma prova existente no processo.

Lembro, entrementes, que a aceitação de uma alternativa probatória está dentro do poder de opção decisória do Conselho de Sentença.

Assim, o provimento da apelação dos julgamentos do Tribunal do Júri deve ser excepcional, dado o princípio da soberania conferido pela Constituição Federal.

No escólio de Guilherme de Souza Nucci[3]:

> *"(...) Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (...)"*

2 BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos Recursos Penais. 3 ed, rev, atual e ampli. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2018, p. 251/252.

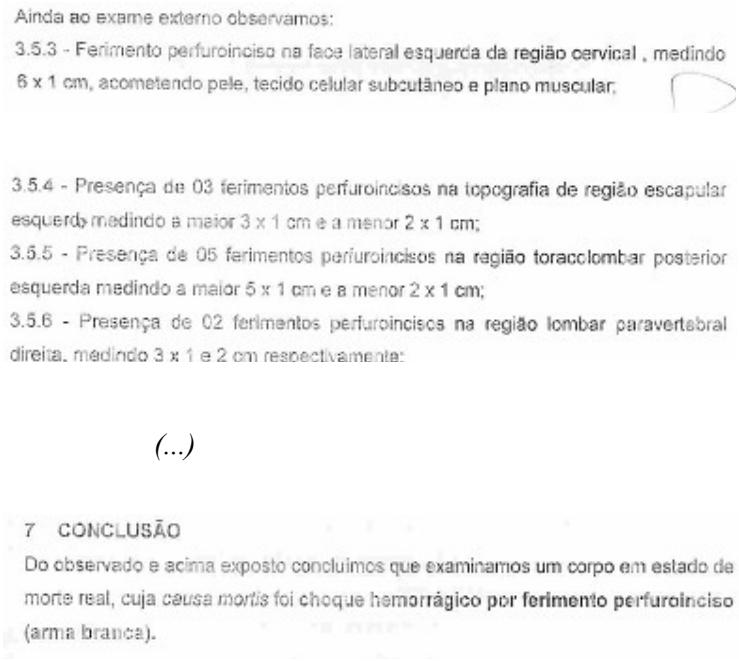
3 Código de Processo Penal, Editora Revista dos Tribunais, 8ª Edição, 2008, p. 959.

No caso em exame, a decisão dos jurados se apoiou em uma das versões apresentadas e debatidas em plenário, amparada pela prova oral produzida, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, em que se denota que D., por ordem de M., juntamente com outros réus já condenados, motivada por disputa/desacerto de ponto de drogas, teve a intenção de matar a vítima A. J. de S., agindo, portanto com *animus necandi*.

Veja.

Conforme registrado na decisão de pronúncia, e reconhecida pelo Conselho de Sentença, a materialidade delitiva está devidamente provada nos autos, conforme laudo de exame de corpo de delito de f. 100/103, indiciando que a vítima A. foi lesionada com golpes de arma branca, que o levou à morte.

Eis o teor:



Ainda ao exame externo observamos:
3.5.3 - Ferimento perfuroinciso na face lateral esquerda da região cervical , medindo 6 x 1 cm, acometendo pele, tecido celular subcutâneo e plano muscular;

3.5.4 - Presença de 03 ferimentos perfuroincisos na topografia de região escapular esquerda medindo a maior 3 x 1 cm e a menor 2 x 1 cm;
3.5.5 - Presença de 05 ferimentos perfuroincisos na região toracolombar posterior esquerda medindo a maior 5 x 1 cm e a menor 2 x 1 cm;
3.5.6 - Presença de 02 ferimentos perfuroincisos na região lombar paravertebral direita, medindo 3 x 1 e 2 cm respectivamente;

(...)

7 CONCLUSÃO
Do observado e acima exposto concluímos que examinamos um corpo em estado de morte real, cuja *causa mortis* foi choque hemorrágico por ferimento perfuroinciso (arma branca).

No que tange à autoria, faz-se necessário verificar os elementos e provas amealhados nos autos.

Após decisão de pronúncia (f. 917/926[4]), quando da sessão do Tribunal do Júri (f. 1235/1239), o recorrente M. B. negou ser o mandante do crime de homicídio praticado contra a vítima A., aduzindo que não tinha conhecimento da participação de D., bem como negou conhecer B. e ser o proprietário do imóvel onde os crimes narrados na denúncia foram praticados.

O apelante D., por igual (f. 1235/1239), negou a autoria imputada, informando que apenas ouviu comentários acerca do ocorrido no bairro onde todos os envolvidos moravam.

No entanto, apesar das teses defensivas, há outra versão nos autos.

E, quanto a ela, a despeito do alegado pelos apelantes, entendo que a tese da acusação, e abraçada pelo Conselho de Sentença, está albergada por elementos e provas, conforme passo a demonstrar.

Primeiro, extrai-se do inquérito policial e demais provas existentes nos autos n. 0003922-25.2013.8.12.0021, que C. M. de J., mãe do adolescente *****, no aditamento do termo de declarações de f. 26/27 (9/5/2013) narrou, em resumo, que *"(...) *****. apareceu em sua casa com sua bicicleta, entrou e começou a chorar, dizendo: Mãe, acabei com a minha vida, você viu o que eu fiz?. Logo ***** disse que era*

4 "(...) Ante o exposto, com fulcro no art. 413 do Código de Processo Penal, pronuncia-se Marcos Batista e Diego Aparecido Cardoso Lopes para que sejam submetidos a julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri por infração aos seguintes artigos: 1) art. 121, §2º, incs. I e IV, do Código Penal; 2) art. 244-B, §2º, da Lei 8069/90; 3) art. 250, §1º, inc. II, alínea "a", do Código Penal; todos na forma do art. 69 do Código Penal."

*um dos autores do crime ocorrido no dia anterior, noticiado no programa Ronda Policial. Então ***** disse que ele, "B." e "L." teriam pedido autorização para um tal "M. da Cadeira de Rodas" para dar uma surra no tal A., porém, durante a surra, B. acabou exagerando e mataram a vítima. M. estava desesperado porque dizia que agora sofreriam as consequências porque acabaram matando aquela pessoa. Ele disse também que estava sendo perseguido por bandidos e que no domingo o tal M. da Cadeira de Rodas o levaria para ficar escondido em uma fazenda. Nesta oportunidade, convidada pela Polícia Civil, acompanhou as declarações de seu filho e notou que ele mentiu durante o depoimento, alegando ter agido sozinho. Reitera que a versão que seu filho apresentou agora não é verdadeira, pois, além de ser difícil de acreditar, ele confidenciou que participaram, em três, ele, "B." e "L." na morte desse rapaz. O motivo, segundo o próprio M. V., seria uma disputa por território de venda de drogas, pois o tal M. da cadeira de rodas seria dono de uma Boca de Fumo onde trabalhavam seu filho ***** e os tais "B." e "L."." (sic)*

O termo de declarações em aditamento, do adolescente *****, foi acostado às f. 28/29, onde ele "*Mesmo sendo assistido por sua mãe nesta oportunidade e ela o contestando sobre a confissão sobre o crime e a participação de "L." e "B.", insiste em dizer que praticou o crime sozinho." (sic)*

A convivente da vítima A., G. R. de S., no dia seguinte ao fato narrado na denúncia (2/5/2013) declarou na Delegacia que "(...) *na noite de ontem, estava em sua casa, no endereço citado no boletim de ocorrência, assistindo televisão, quando se desentendeu com A. e disse que iria embora, sendo que ele permaneceu sentado no sofá assistindo televisão; Que, perguntado qual foi o motivo da discussão, a declarante informou que foi por causa de ciúmes; Que, em dado momento a luz da casa se apagou e então pediu a A. que fosse ver o que estava acontecendo, momento em que algumas pessoas chegaram ali na casa, dando chutes na porta e dizendo que eram policiais e era para abrir a porta; Que, a porta da cozinha foi aberta com os chutes que deram nela e pode ver que três indivíduos estavam encapuzados, com toca preta e portavam arma de fogo do tipo revólver, sendo que tinha também às mãos lanternas; Que, pelo que percebeu, haviam entre o bando oito pessoas; Que, de imediato os indivíduos foram ao encontro de A. e pediram que ele se deitasse no chão para algemá-lo, sendo que nesse momento passaram a desferir golpes de faca em A.; Que, quando os indivíduos estavam indo embora, derramaram gasolina que traziam com eles, em duas garrafas de dois litros, na porta da cozinha e atearam fogo; Que, a casa começou a se incendiar, sendo que a declarante socorreu A., e foram andando até a casa do pai dele que fica ali perto; (...) Que, ouviu quando um dos indivíduos pedia para A. pagar o que devia." (sic – f. 34/35)*

Na fase judicial (f. 779/780), G. relatou que o imóvel era de M., inclusive que o corréu B. era casado com a filha dele. Contou também que, duas semanas antes do evento, houve o desentendimento entre a vítima e M., sendo que este pediu a desocupação do imóvel e, depois disso, A. ficou com medo. Explicou que 4 ou 5 pessoas entraram no imóvel, arrombando a porta, falando que eram policiais, e pediram que A. deitasse de costas, momento em que foi golpeado (faca). Esclareceu ainda que os sujeitos cortaram a energia da casa (que era puxada de 'olaria' perto do local), que ficou escondida mas reconheceu a voz de B.. Declarou que viu quando as pessoas jogaram gasolina e colocaram fogo na casa. Por fim, esclareceu que se sentiu ameaçada por pessoas que dirigiam o carro para M. B. e, no velório/enterro de A., perguntou para M. porque ela não foi morta, tendo ele respondido porque "não tinha nada a ver com a situação."

Na mesma linha, temos o depoimento prestado pela genitora do adolescente *****. - contando que conversou com o filho e esse pediu que ela não revelasse mais informações sobre o caso, pois temia ser morto por *****. Narrou que o filho indicou que os autores do crime de homicídio foram B., L. e outras pessoas, e que a ordem partiu de M. por conta de dívida de drogas. Ainda, relatou que o filho falou que M. ordenou que ele, menor, assumisse a autoria da morte de A. (f. 779/778).

Merece destacar também os depoimentos das testemunhas de acusação J. P. F. da S. e I. M. B. do N., policiais que investigaram os fatos que levaram à condenação de B. e L. (ação penal anterior), contando que a vítima A. era "usuário/funcionário" do M. B., usando a casa em questão para vender drogas (fato notório).

Os delegados P. H. R. de S. (aposentado) e T. J. dos P. da S. apuraram, durante as investigações, que M. foi o mandante do crime, e D. um dos executores (oitivas realizadas); aliás, o delegado T. narrou que, quando

inquiriu D. (que trabalhava para M.), ele confessou a participação no crime "por temor" do corréu (sistema audiovisual de f. 831/832).

Por fim, merece registro a declaração do adolescente *****, no processo de apuração de ato infracional n. 0802599-49.2013.8.12.0021, relatando que D. foi um dos executores da vítima A. (f. 468):

Ressalto, assim, que as provas testemunhais colhidas nos autos são capazes de confirmar a versão acusatória, tanto que o Ministério Público Estadual, em plenário, argumentou acerca da autoria delitiva para, ao final, pedir a condenação dos apelantes, nos termos da pronúncia, o que foi acatado pelo Conselho de Sentença (termo de votação de quesitos de f. 1240/1244).

Repito. É dado ao Corpo de Jurados, dentro do livre convencimento, optar por qualquer das teses defendidas em plenário, desde que a versão acolhida tenha respaldo no caderno de provas dos autos.

O C. Superior Tribunal de Justiça há muito tempo firmou precedente no sentido de que "*manifestadamente contrária à prova dos autos é a decisão arbitrária, dissociada do conjunto fático-probatório produzido, e não aquela que apenas diverge do entendimento firmado pelo órgão julgador a respeito da matéria*"[5]

Concluindo, deve ser mantida incólume a decisão dos Jurados, a qual encontra respaldo nos elementos probatórios extraídos dos autos.

c) participação de menor importância - apelante/corréu M.:

É cediço que a "participação de menor importância", ou mínima (art. 29, §1º do CP), é a de reduzida eficiência causal.

Ou seja, o agente contribui para a produção do resultado, mas de forma menos decisiva, razão pela qual deve ser aferida exclusivamente no caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, o melhor critério para constatar a participação de menor importância é, uma vez mais, o da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*, como ensina C. M. (*in* Direito Penal Esquematizado - Parte Geral, Editora Método, 2009, 2ª edição, p. 496), situação que não se evidencia, na espécie.

Ao contrário do alegado pela defesa, os membros do Conselho de Sentença entenderam que M. efetivamente foi o mandante do crime que vitimou A. J. de S., conforme leitura da quesitação de f. 1242/1244.

Destarte, e considerando que o Código Penal Brasileiro, em relação ao concurso de pessoas, adotou, de regra, a Teoria Monista, na qual quem, de qualquer modo, concorre para um crime, por ele responde (art. 29 do CP), não há que se falar em participação de menor importância.

d) dosimetria da pena - apelantes M. e D.:

- crime de homicídio qualificado

Os recorrente D. e M. B. foram denunciados, pronunciados e condenados pela prática de homicídio, com duas qualificadoras (incisos I - motivo torpe, e IV - dissimulação e recurso que dificultou a defesa da vítima).

Conforme doutrina, as qualificadoras são tipo penal derivado devido ao fato de estabelecerem novos limites - mais elevados - para os delitos, com a previsão de nova pena (homicídio simples: pena de 6 a 20 anos de reclusão/ homicídio qualificado: pena de 12 a 30 anos de reclusão).

5 (...) não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que acolhe uma das versões respaldadas no conjunto probatório produzido, quando existente elemento probatório apto a amparar a decisão dos jurados." (STJ. REsp 1829600/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 07/02/2020).

In casu, constou da sentença objurgada o seguinte:

> *"Do acusado D. A. C. L.*
>
> *Do homicídio*
>
> *1ª Fase: Atento às circunstâncias expressas no art. 59 do Código Penal, considero que a culpabilidade do acusado superou a normalidade, pois o crime foi cometido com frieza, tendo a vítima falecido em razão de ter recebido 11 (onze) facadas nas costas enquanto estava imobilizada no chão. Também considero normais as consequências do crime. Quanto aos antecedentes, verifico que o acusado não os possui, razão pela qual pode ser considerado primário. Não há informes negativos sobre sua personalidade. Não há informes sobre sua conduta social. As circunstâncias e motivos do crime são normais para o tipo.*
>
> *Destarte, fixo a pena-base acima do mínimo legal do homicídio, em 14 (quatorze) anos de reclusão, ante a presença de 01 (uma) circunstância judicial desfavorável.*
>
> *2ª Fase: Não se verifica a presença de atenuantes.*
>
> *Conforme entendimento acima delineado, a qualificadora remanescente, prevista no inciso I do art. 121 do CP (motivo torpe), deve ser utilizada como circunstância agravante do art. 61, II, alínea a, do mesmo codex, razão pela qual, aumento a pena para 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.*
>
> *3ª Fase: Não há causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual torno definitiva a pena privativa de liberdade em 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.*
>
> *Da corrupção de menores*
>
> *1ª Fase: Atento às circunstâncias expressas no art. 59 do Código Penal, considero que a culpabilidade do acusado não superou a normalidade. Também considero normais as consequências do crime. Quanto aos antecedentes, verifico que o acusado não os possui, razão pela qual pode ser considerado primário. Não há informes negativos sobre sua personalidade. Não há informes sobre sua conduta social. As circunstâncias e motivos do crime são normais para o tipo.*
>
> *Destarte, fixo a pena-base no mínimo legal, em 01 (um) ano de reclusão.*
>
> *2ª Fase: Não se verifica a presença de atenuantes e tampouco de agravantes, razão pela qual mantenho a pena no patamar anterior.*
>
> *3ª Fase: Há a causa de aumento prevista no parágrafo 2º do artigo 244-B da Lei 8.069/1990, razão pela qual aumento a pena em 1/3 (um terço) e torno definitiva a pena privativa de liberdade em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão.*
>
> *Da crime de incêndio*
>
> *1ª Fase: Atento às circunstâncias expressas no art. 59 do Código Penal, considero que a culpabilidade do acusado não superou anormalidade. Também considero normais as consequências do crime. Quanto aos antecedentes, verifico que o acusado não os possui, razão pela qual pode ser considerado primário. Não há informes negativos sobre sua personalidade. Não há informes sobre sua conduta social. As circunstâncias e motivos do crime são normais para o tipo.*
>
> *Destarte, fixo a pena-base no mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.*
>
> *2ª Fase: Não se verifica a presença de atenuantes.*

Há como circunstância agravante a do art. 61, II, alínea b, do Código Penal, razão pela qual aumento a pena para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multas.

3ª Fase: Reconheço a presença de causa de aumento da pena, haja vista que o crime se deu contra casa habitada e destinada a habitação, conforme o artigo 250, §1º, II, "a", do Código Penal, e aumento a pena em 1/3 (um terço), torno definitiva a pena privativa de liberdade em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa.

Concurso Material

Aplicando-se a regra do concurso material de delitos, somam-se as penas, as quais restam definitivas em 22 (vinte e dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, sendo o valor de cada dia-multa ser de 1/30 do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Estabeleço o regime inicial fechado para cumprimento da pena, com base no art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal.

Poderá o acusado recorrer em liberdade, uma vez que assim respondeu o processo durante toda a fase de instrução.

Do acusado M. B.

Do homicídio

1ª Fase: Atento às circunstâncias expressas no art. 59 do Código Penal, considero que a culpabilidade do acusado superou a normalidade, pois o crime foi cometido com frieza, tendo a vítima falecido em razão de ter recebido 11 (onze) facadas nas costas, enquanto estava imobilizada no chão. Considero normais as consequências do crime. Verifica-se que o condenado possui maus antecedentes criminais, vez ostentar condenações anteriores (fls. 1082/1097). O condenado possui a personalidade voltada para o cometimento de crimes, tendo uma enorme ficha de antecedentes criminais, cometendo delitos há décadas. Não há informes sobre sua conduta social. As circunstâncias e motivos do crime são normais para o tipo.

Destarte, fixo a pena-base acima do mínimo legal do homicídio, em 18 (dezoito) anos de reclusão, ante a presença de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2ª Fase: Não se verifica a presença de atenuantes.

Conforme entendimento acima delineado, a qualificadora remanescente, prevista no inciso I do art. 121 do CP (motivo torpe), deve ser utilizada como circunstância agravante do art. 61, II, alínea a, do mesmo codex.

Nos exatos termos do art. 63 do CP, há ainda a agravante da reincidência, pois o crime dos autos foi cometido antes do término do período depurador previsto no art. 64 do Código Penal de outras que foi condenado (fl. 1089).

Há também a agravante de concursos de pessoas, prevista no artigo do 62, I, do Código Penal, pois o acusado promoveu e organizou a cooperação no crime e atividade dos demais agentes, coordenando o cometimento do crime.

Assim, aumento a pena para 28 (vinte e oito) anos e 07 (sete) meses de reclusão.

3ª Fase: Não há causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual torno definitiva a pena privativa de liberdade em 28 (vinte e oito) anos e 07 (sete) meses de reclusão.

Da corrupção de menores

1ª Fase: Atento às circunstâncias expressas no art. 59 do Código Penal, considero que a culpabilidade do acusado não superou a normalidade. Também considero normais as consequências do crime.

Verifica-se que o condenado possui maus antecedentes criminais, vez ostentar condenações anteriores (fls. 1082/1097). O condenado possui a personalidade voltada para o cometimento de crimes, tendo uma enorme ficha de antecedentes criminais, cometendo delitos há décadas. Não há informes sobre sua conduta social. As circunstâncias e motivos do crime são normais para o tipo.

Destarte, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, ante a presença de 02 (dois) circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2ª Fase: Não se verifica a presença de atenuantes.

Nos exatos termos do art. 63 do CP, há a agravante da reincidência, pois o crime dos autos foi cometido antes do término do período depurador previsto no art. 64 do Código Penal (fl. 1089).

Há também a agravante de concursos de pessoas, prevista no artigo do 62, I, do Código Penal, pois o acusado promoveu e organizou a cooperação no crime e atividade dos demais agentes coordenou o cometimento do crime.

Assim, aumento a pena para 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão.

3ª Fase: Há a causa de aumento prevista no parágrafo 2º do artigo 244-B da Lei 8.069/1990, razão pela qual aumento a pena em 1/3 (um terço) e torno definitiva a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos e 05 (cinco) meses de reclusão.

Do crime de incêndio

1ª Fase: Atento às circunstâncias expressas no art. 59 do Código Penal, considero que a culpabilidade do acusado não superou a normalidade. Também considero normais as consequências do crime. Verifica-se que o condenado possui maus antecedentes criminais, vez ostentar condenações anteriores (fls. 1082/1097). O condenado possui a personalidade voltada para o cometimento de crimes, tendo uma enorme ficha de antecedentes criminais, cometendo delitos há décadas. Não há informes sobre sua conduta social. As circunstâncias e motivos do crime são normais para o tipo.

Destarte, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 04 (quatro) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, ante a presença de 02 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2ª Fase: Não se verifica a presença de atenuantes.

Nos exatos termos do art. 63 do CP, há a agravante da reincidência, pois o crime dos autos foi cometido antes do término do período depurador previsto no art. 64 do Código Penal (fl. 1089).

Há também a agravante de concursos de pessoas, prevista no artigo do 62, I, do Código Penal, pois o acusado promoveu e organizou a cooperação no crime e atividade dos demais agentes coordenou o cometimento do crime.

Por fim, como circunstância agravante do art. 61, II, alínea b, do Código Penal.

Assim, aumento a pena para 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

3ª Fase: Reconheço a presença de causa de aumento da pena, haja vista que o crime se deu contra casa habitada e destinada a habitação, conforme o artigo 250,§1º, II, "a", do

Código Penal, e aumento a pena em 1/3 (um terço), tornando definitiva a pena privativa de liberdade em 08 (oito) anos, 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Concurso Material

Aplicando-se a regra do concurso material de delitos, somam-se as penas, as quais restam definitivas em 39 (trinta e nove) anos, 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa, sendo o valor de cada dia-multa ser de 1/30 do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Estabeleço o regime inicial fechado para cumprimento da pena, com base no art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal.

Considerando-se que persistem os motivos para a manutenção da prisão preventiva do réu, bem como a presente condenação, não se faculta recurso em liberdade. Logo, expeça-se

a competente Guia de Recolhimento Provisória, a ser encaminhada ao competente Juízo da Execução Penal.

Disposições comuns.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Deixo de fixar o valor mínimo para reparação dos danos, uma vez que tal matéria não foi objeto de debate nos presentes autos, ficando para discussão na seara própria.

As custas restam por conta dos acusados, com a exigibilidade suspensa em relação a D. A. C. l., visto ser visivelmente hipossuficiente, razão por que lhe defiro a assistência judiciária gratuita.

Defiro o pedido do Ministério Público e condeno o acusado M. B. no valor de R$ 1.000,00(mil reais) de honorários em favor

da Defensoria Pública, pois ele teve advogado particular durante toda a instrução processual e até pouco antes do plenário, advogados estes que só não realizaram esta sessão de julgamento.

Com o trânsito em julgado, façam-se as comunicações necessárias, inclusive lançando os nomes dos acusados no rol de culpados, providenciando-se o necessário para tornar definitiva a guia respectiva com relação ao acusado M. e expedindo mandado de prisão em nome do acusado D. A. C. L., nos moldes decididos em definitivo, com encaminhamento aos órgãos competentes.

Com a captura, expeça-se Guia de Recolhimento Definitiva em nome do acusado D. A. C. L., encaminhando-se-a ao competente Juízo Execucional, conforme o caso.

Após, arquive-se.

Sentença publicada em Plenário, saindo as partes intimadas.

Registre-se oportunamente.

Sala das sessões da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS, 16 de outubro de 2020." (sic)

De fato, analisando o "Termo de Quesitação", constato que o Conselho de Sentença, por maioria, entendeu que o apelante agiu por "motivo torpe" (inciso I), e usou de "dissimulação" (inciso IV).

E, no caso de duas qualificadoras, hipótese dos autos, uma delas foi utilizada para alterar o patamar da pena, pois saltou de 6 a 20 anos de reclusão para 12 a 30 anos de reclusão, enquanto que a outra - motivo torpe - ficou na segunda fase, como agravante (art. 61, II, "a", do CP).

Na primeira fase dosimétrica, verifico que foram negativadas, as vetoriais "culpabilidade" para o corréu D. e M., e "antecedentes" e "personalidade" apenas para o réu M..

Quanto a moduladora comum - para D. e M. -, referente à "culpabilidade", a análise de tal circunstância *"diz respeito a maior ou menor reprovabilidade da conduta, de acordo com as condições pessoais do agente e das características do crime."*[6]

Em detido exame, verifico que o *modus operandi* utilizado ultrapassou a esfera da normalidade, a ensejar um recrudescimento da pena, tendo em vista a frieza e também a intensidade na vontade de praticar o fato, já que a vítima já estava imobilizada no chão quando recebeu 11 facadas nas costas.

Desse modo, tal moduladora deve ser considerada negativa na primeira fase da dosimetria para ambos.

Quanto ao corréu M. B., nenhum reparo há de ser feito com relação aos "maus antecedentes", conforme certidão juntada nos autos; porém, a vetorial "personalidade" deve ser afastada.

Isso porque, *"Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte. 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 das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social."* (STJ. EAREsp 1311636/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019).

Assim, no crime de homicídio, a pena-base de D. é mantida em 14 anos de reclusão (1 vetorial desfavorável), tal como exposto na sentença de f. 1248.

Com relação ao réu M., a sentença singular exasperou a pena-base em 6 anos, por conta de 3 circunstâncias judiciais negativas.

E, em se tratando de recurso exclusivo da defesa (o patamar de 1/8, adotado pela jurisprudência e doutrina pátria, provocaria um aumento de 2 anos e 3 meses por cada vetorial negativa), fixo a pena-base de M., com 2 moduladoras desfavoráveis, em 16 anos de reclusão.

Na segunda fase (homicídio), ausentes atenuantes para ambos os recorrentes; presente a qualificadora do art. 61, II, "a" do CP, de modo que a pena intermediária de D. é mantida em 16 anos e 4 meses de reclusão (fração de 1/6).

No tocante ao recorrente M., deve ser mantida a qualificadora do art. 61, II, "a" do CP; contudo, as agravantes não sustentadas em plenário pela acusação - art. 62, I (*"A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;*") e

6 ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiava Educação, 2018.

art. 63 (*"Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*") , ambos do Código Penal) - devem ser afastadas, de ofício.

Conforme Ata de Julgamento (f. 1235/1239), temos o seguinte: *"(...) DA INSTRUÇÃO EM PLENÁRIO (Na seguinte Ordem). DA OITIVA DO(A) OFENDIDO(A): não houve, porque vítima fatal. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA EM PLENÁRIO: A defesa dispensou a oitiva das testemunhas. ACAREAÇÃO, RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS, ESCLARECIMENTO DE PERITOS: não houve. DA LEITURA DE PEÇAS. Logo após, pelo MM. Juiz foi perguntado à acusação e à defesa se teriam peças para leitura, tendo o Ministério Público requerido a reprodução dos depoimentos das testemunhas C. M. de J., G. R. de S. e T. P.. QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO DO RÉU. Logo em seguida foram qualificados e interrogados os réus presentes, mediante gravação audiovisual. ACUSAÇÃO PÚBLICA. Pelo MM. Juiz Presidente foi dito que iam ter início os debates orais, transmitindo o processo e dada a palavra ao(à) Promotor(a) de Justiça pelo prazo de uma hora e meia (01h30min), que o usou das 15h56m às 17h17m, produzindo a acusação, pediu a condenação nos termos da pronúncia. APARTES: não houve. ACUSAÇÃO PARTICULAR OU ASSISTÊNCIA. Não houve. DEFESA EM PLENÁRIO: Terminada a acusação, foi transmitido o processo e dada a palavra ao(à) Defensor(a) Público(a) pelo prazo de uma hora e meia (01h30min), que o usou das 17h55m às 19h12m, produzindo a defesa oral, pugnou pela absolvição do acusado por negativa de autoria e, subsidiariamente, afastamento das qualificadoras. APARTES: não houve. REINQUIRIÇÃO. Não houve reinquirição de testemunha. Em prosseguimento aos trabalhos, pelo MM. Juiz Presidente foi indagado a(o) Promotor(a) de Justiça se iria a RÉPLICA e pelo(a) mesmo(a) foi dito que: NÃO. INCOMUNICABILIDADE. Pelos Oficiais de Justiça foi certificado que os Srs. Jurados durante todos os atos de julgamento, mantiveram irrestrita incomunicabilidade entre si e com a Assistência sendo sempre acompanhados pelo MM. Juiz Presidente quando se recolhiam à sala secreta. TERMO DE JULGAMENTO. Concluídos os debates, o MM. Juiz Presidente indagou aos jurados se estavam habilitados para julgar e, diante da resposta afirmativa, anunciou que ia se proceder ao julgamento, solicitando que os jurados, as partes e os oficiais de justiças se encaminhassem a sala secreta. Outrossim, foi indagado das partes se tinham requerimentos a fazer quanto aos quesitos apresentados, nada sendo requerido. Em sala secreta, presentes o Promotor de Justiça, (a) Defensor(a) Público(a), com os oficiais de justiça, todos nos seus respectivos lugares, passou o conselho de sentença a votar os quesitos propostos, observadas as formalidades dos arts. 485, 486 e 487 do citado CPP, constando também, no respectivo termo em separado, o resultado da votação. Concluída a votação pelo MM. Juiz Presidente foi proferida a sentença, que após tornou-se pública em Plenário, a portas abertas, lendo-a na presença do réu, do(a) Promotor(a) de Justiça, do(a) Defensor(a) Público(a) e demais pessoas da sociedade, contendo nela a CONDENAÇÃO do acusado D. A. C. L. e M. B., tudo conforme sentença constante nos autos, em anexo." (sic)*

O artigo 492 do Código de Processo Penal dispõe que:

> *"Em seguida, o presidente proferirá sentença que:*
>
> *I – no caso de condenação:*
>
> *a) fixará a pena-base;*
>
> *b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;"* *(g.n.)*

Nessa esteira, conforme leitura do dispositivo do diploma processual penal citado, a aplicação de atenuantes/agravantes na segunda fase dosimétrica (inclusive para fins de confissão e reincidência), não fica ao livre arbítrio do julgador, sendo necessário que elas sejam debatidas em plenário.

Atente-se que *"(...) III - Não obstante a Lei n. 11.689/2008 haver tornado desnecessária a quesitação das atenuantes e agravantes, em atendimento ao disposto no art. 492, I, "b", do Código de Processo Penal, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri fixará a pena do paciente considerando apenas as atenuantes e agravantes*

que tenham sido objeto de debate em plenário. Precedentes. Agravo regimental desprovido." (AgRg no RHC 141.440/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 30/03/2021, DJe 09/04/2021)

Portanto, não há como o Juiz Presidente, de ofício, reconhecer agravantes que compete à acusação alegar em Plenário, para dar lugar ao debate e oportunidade à defesa examinar a questão.

Nesse sentido, destaco também do E. TJMS:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA- PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA POSTERIOR À PRONÚNCIA- REJEITADA- JÚRI MANTIDO-* ***REINCIDÊNCIA DECOTADA EX OFFICIO-*** *IMPOSSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE – RECURSO IMPROVIDO- PENA REDUZIDA DE OFÍCIO* ***(...) Decota-se a agravante da reincidência reconhecida sem debate em plenário e sem pedido expresso da acusação.*** *(...) APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA- PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – REDUÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO- MANTIDO - REINCIDÊNCIA DECOTADA EX OFFICIO- RECURSO IMPROVIDO - PENA REDUZIDA DE OFÍCIO A fundamentação para redução da pena no mínimo legal está adequada e não merece reparos, pois está de acordo com a ação praticada pelo agente. Não se admite "para fins do reconhecimento da reincidência, que a acepção da expressão 'debate em plenário' esteja calcada tão somente na autodefesa realizada pelo próprio acusado no momento do interrogatório, sob pena de subverter o próprio princípio estampado no brocardo nemo tenetur se detegere.* ***Portanto, para que fosse reconhecida a referida reincidência, o Ministério Público não deveria ter se desincumbido de suscitar a precitada agravante por ocasião dos debates em plenário.*** *(STJ. AgRg no AgRg no HC 525.453/MS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020)." (TJMS. Apelação Criminal n. 0000422-64.2017.8.12.0035, Iguatemi, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 16/03/2021, p: 17/03/2021) (g.n.)*

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL –RECURSO DEFENSIVO – TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – PEDIDO DE NULIDADE DA DECISÃO - ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO EVIDÊNCIAS DOS AUTOS –INEXISTÊNCIA - ACOLHIMENTO DA TESE ACUSATÓRIA – RESPALDO NOS AUTOS – SOBERANIA DOS VEREDICTOS –* ***ATENUANTE DO ART. 65, III, 'C' DO CP – NÃO DEBATIDA EM PLENÁRIO -INAPLICABILIDADE-*** *RECURSO IMPROVIDO. A dinâmica do Tribunal do Júri reside na apresentação, aos jurados, de teses divergentes entre si, cabendo a cada um dos componentes do Conselho de Sentença optar por aquela que entender mais correta, dentro de sua livre apreciação e convicção. O mero inconformismo da defesa em relação à decisão dos julgadores não autoriza, por si só, a sua cassação. Tal vedação decorre do princípio constitucional da soberania dos vereditos (CF, art, 5º, XXXVIII, "c"), de modo que a decisão final do Conselho de Sentença não pode ser alterada ou anulada, senão quando verificado que o entendimento dos jurados encontra-se absolutamente dissociado das provas amealhadas nos autos, revelando-se incoerente, sem nenhum respaldo no conjunto probatório, o que não ocorre no presente caso.* ***Nos termos do art. 492, I, "b" do Código de Processo Penal, atenuantes/agravantes precisam ser debatidas em plenário, para sua aplicação."*** *(TJMS. Apelação Criminal n. 0000006-27.2015.8.12.0016, Naviraí, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 12/08/2020, p: 19/08/2020) (g.n.)*

> *"EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE TORTURA, PELO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE DE OUTRO CRIME – ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO OCORRÊNCIA – AUTORIA COMPROVADA - QUALIFICADORA DO EMPREGO DE TORTURA E PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE DE OUTRO CRIME – JURADOS QUE ESCOLHERAM UMA DAS VERSÕES EXISTENTES NOS AUTOS – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DÁ SUPORTE AO DECRETO CONDENATÓRIO –* ***PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA***

CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA – TESES NÃO DEBATIDAS EM PLENÁRIO – AFASTADAS *- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Inviável falar em julgamento manifestamente contrário às provas, pois a versão acolhida pelos jurados, no sentido de que foi comprovada a autoria do apelante e que cometeu o crime por emprego de tortura e para assegurar a impunidade de outro crime, encontram respaldo no conjunto probatório produzido no curso da persecução penal. Como cediço, as decisões proferidas pelo Júri Popular revestem-se de soberania, ficando suscetível de anulação somente o veredicto que não encontrar respaldo algum no conjunto probatório, situação não verificada na hipótese dos autos.* ***II - As circunstâncias atenuantes ou agravantes, entre elas a reincidência e a confissão espontânea, somente poderão ser consideradas pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri no âmbito da dosimetria penal, quando debatidas em plenário. No presente caso, não tendo sido discutidas as questões referentes à agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea durante os debates em plenário do Tribunal do Júri, estas não podem ser aplicadas.*** *III – Em parte com o parecer, recurso parcialmente provido." (TJMS. Apelação Criminal n. 0200714-05.2011.8.12.0026, Bataguassu, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 27/01/2020, p: 28/01/2020) (g.n.)*

Desse modo, para o apelante M., a pena intermediária, com a manutenção de apenas 1 agravante (art. 61, II, "a"), é fixada em 18 anos e 8 meses de reclusão.

Na terceira fase dosimétrica, inexistindo causas de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva em 16 anos e 4 meses de reclusão para D., e 18 anos e 8 meses de reclusão de reclusão para M..

- crime de corrupção de menores**:**

Na primeira fase, a pena-base de D. ficará no mínimo legal, qual seja, 1 ano de reclusão (f. 1249).

Com relação ao apelante M., pelos motivos declinados acima, deve ser mantida apenas a vetorial "antecedentes", com decote da "personalidade"; assim, à vista dos parâmetros utilizados na sentença singular (f. 1253), mais benéfico ao recorrente, a pena-base será de 1 ano e 2 meses de reclusão.

Na segunda fase, a pena intermediária de D. ficará em 1 ano de reclusão; para M., com os decotes das agravantes dos artigos 62, I e 63, ambos do diploma penal (razões expostas quando do exame da dosimetria do crime de homicídio qualificado, amparada em decisões do C. STJ[7]), a pena intermediária é mantida em 1 ano e 2 meses de reclusão.

Na terceira fase da dosimetria, diante da causa de aumento prevista no art. 244-B, § 2° da Lei n. 8.069/1990 (fração de 1/3), torno a pena definitiva para D. em 1 ano e 4 meses de reclusão, e para M. 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão.

---

7 "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. AGRAVANTE NÃO DEBATIDA EM PLENÁRIO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 492, I, "B", DO CPP. AFASTAMENTO DEVIDO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, apesar de a Lei n. 11.689/2008 ter tornado desnecessária a quesitação das atenuantes e agravantes, em atendimento ao disposto no art. 492, I, "b", do Código de Processo Penal, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri fixará a pena do paciente considerando apenas as atenuantes e agravantes que tenham sido objeto de debate em plenário. 5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a agravante da reincidência e redimensionar a pena do paciente, fixando-a em 11 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão." (HC 602.802/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020) (g.n.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA NÃO ALEGADA NOS DEBATES. AUMENTO DA PENA NA SEGUNDA FASE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. 1. "No procedimento especial do Tribunal do Júri, o reconhecimento das circunstâncias legais genéricas - sejam elas de natureza objetiva ou subjetiva - não fica ao livre arbítrio do julgador, uma vez que, segundo o art. 492, I, b, do CPP, é indispensável que elas hajam sido objeto de debates em plenário". Precedentes do STJ. (HC 507.883/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 10/06/2019.) 2. A ausência de debate acerca da agravante da reincidência obsta sua inclusão no cálculo da pena. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1849041/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020) (g.n.)

- crime de incêndio:

A pena-base (primeira fase) de D. ficará no mínimo legal (3 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa) (f. 1250).

A pena-base (primeira fase) de M., com 1 circunstância judicial desfavorável (antecedentes), será de 3 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, e pagamento de 12 dias-multa (f. 1253/1254).

Na segunda fase, a pena intermediária de D. ficará em 3 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa (afastamento, de ofício, da agravante do art. 61, II, "b" (*"São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o crime:(...) b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;"*), vez que não debatida em Plenário, como exposto acima) (f. 1250).

Em relação ao corréu/apelante M., a pena intermediária (afastamento, de ofício, das agravantes elencadas no *decisum* de f. 1254: art. 63 (reincidência), art. 62, I (concurso de pessoas) e art. 61, II, "b" (*"São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o crime:(...) b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;"*), todas do diploma penal, e, repito, não debatidas em Plenário) ficará em 3 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, e pagamento de 12 dias-multa.

Por fim, na terceira etapa dosimétrica, a pena definitiva – com a causa de aumento do art. 250, § 1º, II, "a" do CP (fração de 1/3) – será de 4 anos de reclusão, e pagamento de 13 dias-multa para D.; para M., a reprimenda será de 4 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 16 dias-multa.

E considerando a regra do concurso material (art. 69 do CP), as penas definitivas ficam estabelecidas em:

1) D. A. C. L.: 21 anos e 8 meses de reclusão, e pagamento de 13 dias-multa, essa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos;

2) M. B.: 24 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 16 dias-multa, essa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantenho o regime prisional inicial fechado estabelecido na sentença, bem como demais aspectos que não foram objeto do reclamo recursal.

Por fim, no que tange aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo dispensável a indicação pormenorizada das normas legais.

Dispositivo

Ante o exposto, em parte com o parecer ministerial,

a) rejeito a preliminar de nulidade arguida pela defesa de M. B.;

b) nego provimento ao recurso interposto por D. A. C. L.;

c) dou parcial provimento ao recurso de M. B. para decotar a vetorial da personalidade na primeira fase dosimétrica (crimes do art. 121, § 2°, incisos I e IV, do Código Penal, e art. 244-B, § 2° da Lei n. 8.069/90);

d) de ofício, decoto da segunda fase da dosimetria da pena, para os recorrentes, as agravantes do art. 61, II, "b" do CP (crime do art. 250, § 1°, II, "a", do Código Penal), do art. 62, I e do art. 63, também do CP (crimes do art. 121, § 2°, incisos I e IV, do Código Penal, e art. 244-B, § 2° da Lei n. 8.069/90), pelas razões expostas na fundamentação do voto.

Por consequência, redimensiono a pena definitiva da seguinte forma: 1d) D. A. C. L.: 21 anos e 8 meses de reclusão, e pagamento de 13 dias-multa, essa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos; 2d) M. B.: 24 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 16 dias-multa, essa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Ficam mantidos os demais termos da sentença singular, em especial o regime fechado.

Comunique-se ao d. Juízo da Execução Penal a redução das reprimendas, inclusive para fins de detração penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar de nulidade processual, nos termos do voto da Relatora. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de D. A. C. L.e proveram parcialmente o recurso de M.B., nos termos do voto da Relatora Por unanimidade, de ofício, redimensionaram decotaram agravantes da segunda fase da dosimetria da pena, nos termos do voto da Relatora.

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, 17 de junho de 2021.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Habeas Corpus Criminal n.º 1407316-40.2021.8.12.0000 - Corumbá

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRIBUNAL DO JÚRI – FASE DO ART. 422, DO CPP – PRETENSÃO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS ESTRANGEIROS – IMPOSSIBILIDADE – QUESTÃO DECIDIDA PELO STJ – DESIGNAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO EM CORUMBÁ/MS – ACUSADO PRESO CAUTELARMENTE NA CAPITAL – ACUSADO SOLTO RESIDENTE EM COXIM/MS – DETERMINAÇÃO DE APOIO DA VIDEOCONFERÊNCIA PARA INTERROGATÓRIO DOS ACUSADOS – MEDIDA JUSTIFICADA – EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – ORDEM DENEGADA

A questão de juntada de documentos estrangeiros foi dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso concreto, sendo que não a legislação não permite *"que particulares obtenham diretamente as provas produzidas no estrangeiro. (STJ. RHC 127.038/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020)".*

Observe-se ainda que há todo um contexto fático existente nos autos, sendo que parte dos documentos estrangeiros já se encontra encartado.

Inexiste ilegalidade na realização do Tribunal do Júri em Corumbá-MS, com o apoio da videoconferência para interrogatório do paciente, preso cautelarmente em Campo Grande-MS, considerando situação de emergência no Estado de Mato Grosso do Sul em razão da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 .

Encontra-se preservado o direito do acusado de se manifestar oralmente e ser ouvido pelos Jurados, bem como, de sua defesa técnica inquirir as testemunhas.

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 e com o parecer, denegaram a ordem nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de junho de 2021

Desª Elizabete Anache

Relatora do processo

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por I. P. M. em favor de F. A. da C. J., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá-MS.

Para tanto, narra que:

"Na data de 18/04/2021, nos termos do Art. 422 do CPP, a defesa, em processo da competência do Tribunal do Júri, requereu a juntada de inúmeros documentos que são indispensáveis ao exercício dos direitos do acusado, e que, contribuem muito como prova de inocência e como provas inarredáveis a serem mostradas ao júri no momento propício e adequado. A ausência de tais documentos representa violento cerceamento ao direito de defesa do acusado, inviabilizando a aceitação de teses a serem apresentadas ao Conselho de Sentença; Tais documentos são relativos a atos praticados por Autoridades Bolivianas e estão redigidos na língua desse país, que, pelas verossimilhanças de origem (ambas de origem latinas e muito semelhantes) permitem o entendimento, ainda que sem tradução vernacular. O Ministério Público insurgiu-se contra a juntada de tais documentos manifestando à Digna Autoridade Judiciária as razões de seu inconformismo e o Magistrado, em despacho que reside às fls. 3744/1750 determinou o desentranhamento dos mesmos, sob a alegação que haviam sido trazidos aos autos por particulares e que, por tal motivo, padeciam da falta de confiabilidade nos mesmos. Escora a sua decisão em um Habeas Corpus intentado pela defesa do mesmo réu e neste mesmo processo, com decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça exatamente no sentido do qual o Ministério Público e o Magistrado fazem assoalho para requerer e deferir o pedido, de desentranhamento e para a decisão prolatada. O conteúdo do julgado em questão informa o deferimento parcial da impetração, face ao fato de que — naquele caso — parte dos documentos teriam sido obtidos pelos familiares da vítima e, desta forma, trazidos aos autos. Segundo o julgado, tais documentos, 'face à menor credibilidade de seus conteúdos' deveriam ser desentranhados dos autos, como efetivamente foram. A decisão que é uma das causas da presente impetração representa grave amputação à amplitude e plenitude da defesa. No próprio despacho, o Magistrado reconhece que a defesa tem a liberdade, inclusive, de se servir até mesmo da prova ilícita, ou seja, de qualquer espécie de prova. Deixa implícito também que a acusação não poderá fazê-lo, porquanto seria a utilização da prova ilícita para servir de base a uma decisão condenatória, todavia, em sendo a benefício do acusado a exigência processual quanto aos requisitos da prova sofreria uma amenização, flexibilizando tais exigências. A defesa pode, em nome da amplitude do direito de defesa, juntar, por exemplo, um escrito apócrifo, escrito em um papel de embrulho, com qualquer conteúdo que possa interessar à defesa".

Expõe que:

"Demais disso, a posição adotada em desentranhar as provas sob o fundamento de que o fato de que teriam sido trazidas por terceiros e não pelos caminhos diplomáticos — vez que se trata de documentos produzidos em País estrangeiro — o que, supostamente, diminuiria a sua credibilidade, encontra base e apoio numa mera hipótese. E a drasticidade e a violência de uma decisão de tal porte não pode ter escoras em meras probabilidades ou elucubrações. [...] É evidente que — mostrados tais documentos aos jurados — o Ministério Público, no seu empenho acusatório poderá, se quiser, contestar tais documentos ou expor a suposta 'menor credibilidade' contida em tais documentos. No entanto, embora não tenham a chancela legal como é exigida pela lei, com todas as cautelas burocráticas descritas nas relações internacionais, todos os documentos oferecem uma comprovação de autenticidade assentada, quase sempre, na base superior de cada documento. É assemelhada, em tudo, ao que nós conhecemos como prova de autenticidade de cópias de documentos, a chamada 'Autenticação'. Tal marca de autenticidade é como esta que exibimos e que está em quase todos os documentos que o magistrado mandou desentranhar dos autos".

Entende que:

"A posição de tais exigências para os processos da competência do Tribunal do Júri se distancia, e muito, das exigências para os demais processos, porque existe uma garantia expressa na Constituição Federal, que assegura direitos dentro de um enquadramento distinto que situa a defesa em posição de ampla e plena, que é, em outras palavras, uma garantia do Devido Processo Legal, com uma redação que lhe empresta a característica de garantia oriunda de direito fundamental. A amplitude e plenitude do direito de defesa se espraia por todas as ramificações da ordem jurídica que não permite e nem admite o paralelo comparativo adotado pelo R. Despacho questionado, de que em outro Habeas Corpus, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tenha levantado o questionamento de que — como assinala destacadamente — o documento trazido por particulares (naquele caso por familiares

da vítima) 'poderia', hipoteticamente, ter menor credibilidade e que aquilo que ficou decidido anteriormente possa ser aplicado ao presente caso ou a qualquer outro. É evidente que o direito de se defender — amplo e pleno — não se equipara ao direito de acusar, porque o direito de defesa vai encontrar ramificações em diferentes contextos da ordem jurídica. O que se reclama na presente impetração está amalgamado ao princípio da amplitude e plenitude descritos na ordem constitucional. O advogado de defesa, perante o Tribunal do Júri, não está adstrito a nenhuma restrição legal quanto às provas de que possa se servir. E poderá lançar mão — como o próprio despacho assevera — de qualquer argumentação extrajurídica, assim como poderá servir-se de qualquer espécie de prova ou documento, inclusive — como já se mencionou — até mesmo de um escrito apócrifo que não tenha origem declarada, assinalado num papel de embrulho ou nas bordas de um jornal, por exemplo".

Acresce que "*a defesa pode utilizar-se até mesmo de prova obtida por meios ilícitos, como resultante da amplitude e plenitude do direito de defesa. E se até isto pode, evidentemente se enfraquece e torna inválido o motivo — ou pretexto — de que a documentação desentranhada teria o balizamento de que tal prova poderia, hipoteticamente, perder a confiabilidade por ter sido obtida por terceiros".*

Descreve os documentos que pretende juntar nos autos.

Aponta que "*Descobriu-se que em um processo boliviano se discutia um golpe financeiro sofrido por A. R. W., que seria impossível se consumar sem a sua morte, além de outras informações importantes sobre esse último evento (veículos, armas e etc.). A defesa solicitou à Polícia Civil que realizasse pedido de cooperação internacional para obtenção desse processo (FIS-SCZ1905432), o que foi NEGADO, sob alegação de que as investigações brasileiras não mencionaram as pessoas envolvidas nesse golpe, afirmando, ao fim, que o ônus de providenciar e juntar esses documentos cabia à defesa. Pois bem, ao contrário dos órgãos brasileiros, o Ministério Público boliviano viu sim relação direta entre os dois eventos (golpe financeiro e morte), o que motivou o Fiscal de Matéria, Dr. W. R. P. V., responsável pela investigação da morte de A. (FELCC-PS-13/2019), a solicitar à sua colega, Dra. M. T. D., responsável pela investigação FIS-SCZ-1905432, que encaminhasse cópia do procedimento (fl. 3483), o que foi prontamente atendido (fl. 3484). Em fevereiro do corrente ano, S. A. I., advogada na Bolívia (fls. 2410 e 2417), através do, também advogado, Dr. M. O. B. R. (Registro Público de Abogados nº BR 3428768 MO), solicita cópia autenticada da investigação FELCC-PS-13/2019, o que é deferido pela promotoria boliviana. Documentos que chegam então às mãos da defesa técnica do réu no Brasil para de uma vez demonstrar sua inocência e encerrar um pesadelo que já dura mais de dois anos".*

Discorre sobre o Decreto 8.331/14 e que *"Se o Ministério Público possui dúvida quanto à autenticidade de qualquer documento estrangeiro, cabe a ele inspeciona-lo, mediante acordo de cooperação internacional, mas nunca pedir seu desentranhamento, medida arbitrária que viola o princípio da plena defesa, mormente sendo a defesa impossibilitada de firmar acordos de cooperação e tendo a polícia brasileira se negado a intervir através da autoridade central. Isso sim é verdadeiro atentado ao princípio de paridade de armas".*

Esclarece que *"Ao contrário do que afirma o Ministério Público, a situação presente é antagônica à do HC 127038/MS. Inicialmente porque, ao mencionar 'particular', a Egrégia Turma refere-se aos 'familiares da vítima', ou seja, pessoas completamente alheias à lide, vez que não são parte nela. Vale aqui lembrar que a constituição expressamente prevê que 'o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei', não podendo ser simplesmente rebaixado à condição de particular. Além disso, os familiares da vítima eram investigados pelo réu, o que, por razões lógicas e jurídicas, retiram a credibilidade do que falam ou apresentam. Não à toa somente cópias simples (sem autenticação) e documentos elaborados pela própria família foram desentranhados (pág. 3197), mantendo-se os originais e autenticados, conforme Item 04 do HC do STJ, objeto deste tópico".*

Assevera que "*A defesa compreende a frustração do Ministério Público ao tomar ciência dos documentos juntados pela defesa e ocultados pela polícia brasileira, pois é extremamente embaraçoso manter um inocente preso por mais de dois anos (o que inclusive tem sido objeto de uma série de matérias de programas de TV), mas não pode, agora, para evitar tamanho constrangimento, impedir que os jurados tomem conhecimento*

da verdade dos fatos, cerceando a defesa do réu. Em verdade, o que se esperava na decisão do Juiz singular era a manutenção dos documentos, acompanhada de um comentário como o que fez à fl. 2618, quando se questionou a autenticidade dos documentos apresentados pela família do narcotraficante a 'Ganso' (que agora se sabe, são todos ligados ao crime): 'os familiares da vítima (...) tem o maior interesse em ver o caso esclarecido sem subterfúgios à ilicitudes probatórias'. Ora, o maior interessado no esclarecimento do crime é o réu, que há mais de dois anos está preso, com sua família abalada (filhos acreditam terem sido abandonados, pais doentes, perda de familiares pela Covid-19). Não são os criminosos bolivianos que querem ver o crime esclarecido, pois justamente os alcançaria".

Em relação a este fato, requer *"1) — Que sejam mantidos TODOS os documentos juntados, pois imprescindíveis à defesa do réu e demonstração da verdade; 2) — Que, havendo dúvida da autenticidade dos documentos estrangeiros, o Ministério Público ou a autoridade judicial de Corumbá/MS solicite acordo de cooperação para inspeciona-los, nos termos do Art. 23 do Decreto 8.331/14. Com relação a esta diligência, a defesa não se opõe que o réu continue preso durante o tempo necessário, desde que em regime domiciliar, no município de Campo Grande/MS, onde possui residência. 3) — Que seja oficiada a Corregedoria, a fim de confirmar a autenticidade dos documentos de fls. 3468/3472".*

Prossegue em seus argumentos relembrando que o paciente é Delegado de Polícia e "*acusado de um delito de homicídio que, supostamente, teria sido cometido, e, foi preso, de forma absolutamente desnecessária, sob o fundamento de que, solto, poderia interferir na produção da prova, coagir ou aliciar testemunhas, ou, de qualquer forma, influir na produção de qualquer prova que componha o universo processual. Evidentemente, sua prisão não é mais necessária, porque o processo já se encerrou e aguarda apenas a realização do julgamento pelo Egrégio Tribunal Popular do Júri, com data designada para o dia 23 de junho do ano em curso. Por questões de conveniência processual, embora o processo corra na Comarca de Corumbá, está preso na 3ª Delegacia de Polícia Civil de Campo Grande, que também tem a destinação de ser prisão provisória para as Autoridades da Polícia Civil de Mato Grosso do Sul. Todavia, em decisão que designou a data do julgamento e impôs as providências necessárias em razão dos inusitados tempos de pandemia, o magistrado ora apontado como Autoridade Coatora entendeu que o acusado participaria do julgamento de forma virtual e não pessoal, em sala de videoconferência, em Campo Grande, enquanto o julgamento se desenrolaria na Comarca de Corumbá. Em face disto, a defesa requereu que o mesmo tivesse participação direta no julgamento, com presença física em Plenário de Julgamento, apontando inúmeras dificuldades que a defesa encontraria para a realização do julgamento e de imensos prejuízos que seriam experimentados pelo acusado, sendo julgado pela forma imposta pela Digna Autoridade Judiciária. Todavia, em decisão que reside às fls. 3799 'usque' 3804, o magistrado indeferiu a pretensão, sob a alegação que o direito à presença física no julgamento não se trata de direito absoluto, e que, 'sendo pacífico nos tribunais superiores que a presença física do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável à validade do ato.' Com todo respeito, mas a decisão — que enfatiza a conveniência — também não é pacífica e encontra dezenas de casos em que é reconhecida a lesão ao direito do acusado quando ausente da sessão de julgamento. Há precedentes interessantes no sentido oposto, que, com muita ênfase, destacam a importância da presença física do acusado à audiência. Um deles, de nº 111.728 anulou o processo no qual havia uma condenação, pela razão de que,em audiência (de processo comum, por roubo), os acusados não estiveram presentes à audiência que ouviu testemunhas de acusação. No Habeas Corpus nº 86.634, que se tratava de réu tido como perigoso (F. B. M.), o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de estar fisicamente presente, alertando que ocorreria nulidade absoluta, caso o acusado não estivesse presente".*

Ressalta que *" a realização do julgamento por esse meio deixa coarctada a defesa e está eivada de ilegalidade e de inconstitucionalidade. A alegação da realização do julgamento por essa forma sob a alegação da duração razoável do processo é incabível, pois o réu está preso há mais de dois anos — sem a mínima necessidade, ressalte-se — e apenas essa forma de jurisprudência de conveniência é que encontra argumentos para entender que existe razoabilidade em ficar dois anos presos sem julgamento. Com todo respeito e com todas as vênias, mas a decisão não justifica a ausência do paciente à sessão de julgamento, porque a sua presença não representa o exagerado e grave perigo em razão da pandemia. Fosse assim, tudo deveria parar até que os riscos desaparecessem por completo. É, portanto, uma decisão meramente acomodatícia, e, como já ficou dito, cerceadora de direitos do acusado. Não é demais lembrar que o julgamento pelo Tribunal do*

Júri está cercado de peculiaridades que o diferenciam dos julgamentos feitos pelo juiz togado, nos processos comuns. A análise é completamente diversa porque quem realiza o julgamento são pessoas leigas, para quem a importância da presença física é diferente. Tal situação se equipara a aquela em que o acusado é julgado ostentando algemas, o que aumenta (para o jurado leigo) a impressão de culpa e anula por completo o princípio da presunção de inocência. A ausência física do acusado gera, para o julgador leigo, essa mesma sensação. Não é demais lembrar que o uso de algemas durante o julgamento já foi julgado pelos Tribunais Superiores como uma violação à plenitude de defesa, da mesma forma que o julgamento que se tenta impor, com a ausência física do acusado ao julgamento representa a mesma coisa. Sua ausência, imposta em razão da pandemia, permitiria uma pergunta óbvia: e se estivesse solto, também responderia por videoconferência? A resposta é clara: se estivesse solto, poderia e deveria estar presente à sessão de julgamento. E aí o pretexto da pandemia mudaria de cor. O risco seria menos apenas porque o réu não estava preso? E esta pergunta exemplificativa deixa evidente que o uso da pandemia é mero pretexto para anular direitos do acusado, exatamente porque tal pergunta inverte a lógica que foi edificada ao longo do tempo, passando a representar uma violência contra direitos do acusado. Invoque-se também o paralelismo que se pode estabelecer com a regra do artigo 457 do Código de Processo Penal. Diz que o julgamento não será adiado se o acusado solto não comparecer à sessão de julgamento, mas, o § 2º diz que tal julgamento deverá ser adiado se o acusado preso não for conduzido, evidentemente em respeito aos direitos que agora se pretende negar. O paralelismo reside no fato de que tal dispositiva garante ao acusado o direito de presença física, e — estando preso, como é o caso — não seja levado a julgamento pelo Estado, o julgamento, imperativamente, deve ser adiado em respeito ao direito de estar presente fisicamente ao ato".

Indica que *"É a garantia que se dá à presença física do acusado. E não à presença através de uma tela ou de uma projeção. Há detalhes da prova que a defesa não pode adiantar, porque, adiantando, seriam prejudiciais aos interesses da defesa, mas que EXIGEM A PRESENÇA FÍSICA DO ACUSADO. Além de outro fato, que também é de relevante interesse: o réu pode e deve interferir no sorteio de jurados, e, em especial neste caso, porque o acusado convive há bastante tempo na comunidade de Corumbá e conhece os integrantes da sociedade corumbaense, enquanto o advogado de defesa, que tem domicílio profissional em Campo Grande não. Se ele pode interferir no sorteio dos jurados, a sua ausência em Plenário de Julgamento torna isso quase impossível, e, só por isto, já se configura em cerceamento de defesa*. [...].*A situação da presença física do acusado à sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri envolve situações completamente diversas do julgamento pelo crime comum, da competência do próprio juiz e não dos jurados. Influi, e muito, no ânimo dos jurados — de forma negativa ou positiva — a presença física do réu, o seu relato "face to face", as minudências de sua personalidade, a aferição de suas qualidades sociais e morais, a sua boa ou má índole, e, por fim, os detalhes de sua aparência física. Nada disto pode ser avaliado quando o jurado atenta apenas para a impessoalidade e pela distância de uma tela de computador".*

Ao final, "*roga pela concessão do presente Habeas Corpus, permitindo que as provas, cujo desentranhamento foi determinado pelo Magistrado, sejam repostas e permaneçam nos autos e que possam ser exibidas aos Senhores Jurados. Como a impetração envolve duas situações e duas motivações, que seja reconhecido que o acusado tem o direito de estar presente fisicamente à sessão de julgamento, diante dos imensos prejuízos representados pela decisão do magistrado, como antes comentado".*

Documentos de f.12-39.

Não houve pedido de liminar.

Informações da autoridade apontada como coatora às f.46.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 51-56, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Desª. Elizabete Anache (Relatora)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por I. P. M. em favor de F. A. da C. J., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá-MS.

São duas questões postas em julgamento: a) a exclusão de documentos estrangeiros juntados pela defesa técnica do paciente na fase do art.422, do CPP; b) indeferimento do pedido de comparecimento pessoal do paciente à Sessão de Julgamento pelo Tribunal do Júri a ser realizada em Corumbá-MS em 23 de junho de 2021.

I. Do Contexto Fático

O paciente F. foi 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, ainda, no mesmo processo, E. N. C. L. 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., à época dos fatos, era Delegado de Polícia em Corumbá-MS, cidade que faz fronteira com a Bolívia, tendo se casado com S., que anteriormente, manteve relacionamento amoroso com O. S. C., que está preso desde 2016 em razão de tráfico de drogas e outros delitos.

S. é filha de A. A. P., *alcaide* (prefeito) do município boliviano El Carmen Rivero Torrez.

O sogro do paciente, em 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.

No local também estava Alfredo Rengel Weber, vulgo "Ganso", fazendeiro na Bolívia e pessoa envolvida com o narcotráfico[1], havendo comentários (f.83, Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008) que a criação de gado seria meio utilizado para lavagem de dinheiro.

A. sagrou-se vencedor do certame, sendo que, supostamente, durante churrasco comemorativo na *"Associacion de Ganaderos de Puerto Suarez*", A. passou a cobrar S., em razão de dívidas supostamente deixadas por O., além de fazer ameaças

O. confirmou que fez negócios de gado com A., mas negou ter deixado dívidas (f.447, Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008).

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, Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008).

A falta de recursos em hospital no interior da Bolívia e a gravidade dos ferimentos levaram à decisão de transferência de A. para Corumbá-MS, cidade mais próxima, em uma ambulância, sendo acompanhado de profissionais da saúde e familiares.

Referida ambulância, após atravessar a fronteira, ainda na rodovia, foi interceptada e parada por um veículo que aparentava ser uma S-10 preta, tendo, da referida caminhonete descido um homem que efetuou disparos de arma de fogo contra A., sendo a vítima atingida, vindo a óbito.

1 Condenado por tráfico de cocaína em Santa Catarina APR 1344 SC 1996.000134-4.

A família da vítima não registrou a ocorrência, chegando ao conhecimento da autoridade policial pela imprensa, além de haver em Corumbá-MS comentários e circulação de *memes* apontando F. como o autor do homicídio (f.16/34-35/58, dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008).

Conforme conversas de *whatsapp*, após os *memes* apontando o paciente como o autor do homicídio que vitimou A., em tese, F. iniciou um trabalho que chamou de "*contra-inteligência"*, fazendo outros memes, com pessoas aleatórias, apontando-as como sendo "*El asesino de ganso*" (f.494-498, dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008).

De acordo com Relatório Policial (f.559-560, dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008), na Bolívia, 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.

Na fase judicial (f.2.252/2.259-2.260/2.286, dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008--fase judicial) retornaram aos autos de forma oficial os documentos em que F. foi apontado perante a autoridade policial boliviana como a pessoa que, em tese, teria desferido as facadas em A.[2]

Consta laudo com conversa de *whatsapp* em que 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, dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008 -fase judicial), bem como, conversa no aplicativo onde o casal discute sobre álibis para o fato ocorrido na Bolívia (f.2.551-2.552- dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008 -fase judicial).

A testemunha 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 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. 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 (f.51-55/390-391/618/1.429, dos Autos n. 0003007-05.2019. 8.12.0008 -fase judicial).

Temos um trecho de *whatsapp* onde E. diz para F. "*é negócio o médico não falar e acho que não vai"* (f. 368, dos dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008).

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, dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008).

E., em juízo (f. 1.786, dos Autos n. 0003007-05. 2019.8.12.0008) 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, dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008) .

2 Conforme whatsapp de S. enviado para F. (f.2.559): "agradece medina 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".

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"* fazendo referência a *"pistolagem"* (f.369-371, dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008).

Na Rede Social Facebook, S. M. M. aparece no rol de amigos de S. (f.245, dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008).

Registra-se que encartadas na origem supostas mensagens de *whatsapp* trocadas entre o paciente e S. onde, em tese, estariam atuando para atrapalhar as investigações em solo boliviano, chegando a ponto das investigações serem ampliadas no país vizinho para inclusão de sua esposa e sogro.

Temos ainda (f.524-525, dos dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008) que "*O mesmo foi feito em relação ao 'Chofer', motorista da ambulância em que A. R. foi alvejado. Nas interlocuções analisadas, ficou evidenciado que o motorista S. M. M. foi obrigado a ir até a polícia boliviana, na companhia de S., para prestar outro depoimento, na tentativa de desqualificar o que já havia dito no Brasil, bem como realizar denuncia junto a órgãos públicos de fiscalização da Bolívia (Fiscalía e Defensoria dei pueblo) dizendo que foi sequestrado e obrigado a prestar depoimento para polícia brasileira, o que é inverídico, pois Silvio veio até a polícia no Brasil por meios próprios, na companhia de uma amigo. Há inclusive, diálogo em que F. pede autorização para o comandante distrital da FELCC (força policial responsável pela investigação deo evento em que A. Rengel foi esfaqueado) em Santa Cruz de La Sierra, CORONEL M., para que S. possa acompanhar o depoimento do motorista. Antes disso, F. transcreve para S. exatamente o que o motorista devera dizer à polícia boliviana. Em meio à estratégia de F. em desqualificar sua participação no primeiro crime (facadas), surge uma pessoa de nome R. J., que parece ser parente de S. e que estaria disposto a testemunhar junto à polícia boliviana dizendo que estava na mesa com F. e S. no momento da briga na associação e que ambos não teriam nada a ver com o fato"*.

Extrai-se ainda das supostas mensagens trocadas sobre a orientação a testemunha S. M. M. (f.540-543, dos dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008):

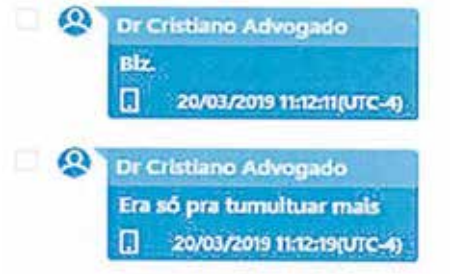




Depois, há suposta conversa entre o paciente e advogado, extraído de aplicativo de mensagem *whatsapp.*

Extrai-se ainda das supostas mensagens trocadas sobre a orientação a testemunha S. M. M. (f.540-543, dos dos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008):





Colhe-se dos Autos n.0003007-05.2019.8.12.0008, da defesa prévia (f.1.047-1.050/f.1.080-1.083), manifestações (f. 1.279-1.284/1.293-1.295/ 1.360- 1.361/ 1.520-1.522/1.729/1.766-1.776/1.787- 1.797/ 2.639-2.652/2.666-2.670/ 2.694-2.698/ 2.732-2.733/2.784-2.790/2.791-2.802), audiência (f.1.428 – 1.429/ 1.786) e alegações finais (f.1.951-1.999-2.010/ 2.784-2.790) que não houve insurgência em relação à autenticidade das mensagens que constam dos autos, extraídas do aparelhos celulares apreendidos, não sendo ponto controvertido.

Tais fatos, que fazem parte dos Autos n.0003007-05.2019.8.12.0008 foram contextualizados para compreensão das questões postas em julgamento

II. Dos Documentos Estrangeiros

Conforme tese da acusação acolhida na pronúncia, o paciente F., supostamente, desferiu facadas em A., vulgo "Ganso", na Bolívia, no dia 23/2/2019, sendo que, no mesmo dia, por volta das 22h30, em supostamente, teria interceptado, em solo brasileiro, ambulância que levava a vítima, em estado grave para o hospital em Corumbá-MS e efetivado disparos de arma de fogo, atingindo a vítima na região da cabeça, tórax, ombro e braço, causando sua morte por traumatismo crânio-encefálico e torácico abertos, causados por impacto de projétil de arma de fogo.

Desta forma, termos diversos documentos estrangeiros, vindos da Bolívia nos Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008.

A inserção dos documentos estrangeiros nos referidos autos foi motivo de insurgência por parte da defesa técnica de F., sendo que a questão foi dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça, no RHC 127038/MS.

Extrai-se do acórdão, de relatoria do Min. Ribeiro Dantas, na parte que interessa para o deslinde das questões postas em julgamento no presente *writ*, o seguinte:

> *"[...] Não obstante tudo isso, penso ainda ser necessário analisar uma regra de exceção, prevista no § 2º do art. 3º da Convenção (Decreto n. 8.660/2016), também acima copiada. Segundo ela, o apostilamento é liberado se o direito brasileiro o dispensar ou simplificar. Não se trata de dispensa no direito interno, o que tem acontecido especialmente depois da informatização dos processos, presumindo-se a autenticidade dos documentos produzido no Brasil, mas de liberação decorrente também de norma internacional que simplifique ainda mais a questão para o nosso país.*
>
> *No caso do relacionamento com a Bolívia, assim como com o Chile e os países do Mercosul, a regra especial está prevista no 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 (não no Decreto n. 6.891/2009, relativo a acordo semelhante, mas na área extrapenal)*
>
> *[...]*
>
> *A regra internacional, também por força da especialidade, prevalece sobre o disposto no art. 236, do CPP, art. 192, do CPC e art. 224, do CC, dispensando-se a tradução do conteúdo da prova anexada aos autos da ação penal, o que tampouco ofende o art. 13, caput, da CF, limitado a dizer que o português é a língua oficial do país. Deste modo, não importa quem foi o responsável pela juntada, cabendo à parte que desejá-la, por mera liberalidade desnecessária, assumir as despesas correspondentes, valendo lembrar que, no caso, ela foi requerida desde o início pelo recorrente.*
>
> *[...]*
>
> *Mesmo assim, as normas mencionadas até agora ainda não são suficientes para resolver a controvérsia. O recorrente, fazendo uso do art. 1º, do mesmo Decreto n. 8.331/2014, também alega que não há faculdade para os particulares obterem documentos públicos referentes a investigações, nem para empreenderem no território estrangeiro funções reservadas às suas autoridades-grifo nosso. O texto normativo utilizado pelo recorrente diz o seguinte:*
>
> *'Artigo 1 (...) 2. As disposições do presente Acordo não conferem direitos aos particulares para a obtenção, supressão ou exclusão de provas, ou para se oporem ao cumprimento de uma solicitação de assistência. (...)*
>
> *5. O presente Acordo não faculta às autoridades ou aos particulares do Estado requerente empreender no território do Estado requerido funções que, conforme suas leis internas, estejam reservadas às suas Autoridades, salvo na hipótese prevista no artigo 17, parágrafo 3.*
>
> *O § 5º é de fácil solução neste recurso. Isso porque as autoridades brasileiras não produziram as provas na Bolívia, tampouco os particulares nacionais ou bolivianos, mas os próprios órgãos responsáveis naquele país. É, portanto, totalmente ausente a subsunção do fato à norma. Mais complexa é a previsão do § 2º. Seu texto poderia ser lido no sentido de somente não autorizar a produção de prova pelos particulares, mas a palavra 'obtenção' no contexto em que foi escrita, ao lado das expressões 'supressão' e 'exclusão', realmente parece mostrar o acerto da afirmação da defesa neste ponto. Explicado de outro modo, a regra não parece permitir que particulares obtenham diretamente as provas produzidas no estrangeiro,*

ao contrário do que afirmou o acórdão de origem (e-STJ, fl. 271). Neste ponto, então, a defesa tem razão. (STJ. RHC 127.038/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020)"

Desta forma, qualquer inclusão de documentos estrangeiros precisa observar referidas balizas.

III. Dos Novos Documentos - Fase art.422, do CPP

Colhe-se dos autos de origem (f.3371, Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008) que em 6 de abril de 2021, a autoridade apontada como coatora determinou a intimação das partes para "*manifestarem na fase do artigo 422 do CPP*[3].

Em 9 de abril de 2021, pela nova defesa técnica do paciente foram juntados documentos estrangeiros (f.3.384--3.386, Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008), que já estão desentranhados na origem e não foram juntados neste *writ*.

Portanto, estabelece-se o desconhecimento acerca do conteúdos dos referidos documentos para verificar, *a priori*, sua pertinência ou não com o caso posto em julgamento.

Contudo, feito pelo impetrante um pequeno resumo dos documentos que foram desentranhados às f.05-06:

"DOS DOCUMENTOS:

Para facilitar a análise de cada documento, será aqui separado por grupos:

GRUPO TIPO DE DOCUMENTOS PÁGINAS
Grupo 01 Documentos Originais e/ou de Acesso Público 3392/3395; 3408/3410;3413/3422 e 3684/3685
Grupo 02 Documentos Originais em Posse do Réu 3629 e 3675
Grupo 03 Documento Apostilado 3473/3478 e 3407
Grupo 04 Documentos que integram o PAD 20/2019/CGPC/MS 3468/3472
Grupo 05 Documentos Repetidos 3479/3482; 3486/3490 e 3706/3708
Grupo 06 Documentos Autenticados que Integram a Investigação Boliviana Sobre a Morte da "vítima" 3462/3465; 3491/3626; 3647/3649/ 3676/3677 e 3483/348

GRUPO 01:

Trata-se de documentos originais que podem ser obtidos por qualquer pessoa nos órgãos responsáveis bolivianos. As certidões de nascimento dos irmãos e filha de A. R. W. possuem ainda QRCode para verificação, bem como as sentenças condenatórias, extraídas do sítio do Supremo Tribunal de Justicia boliviano (acesso público).

Integram ainda esse grupo a Certidão Negativa de antecedentes penais do sogro do réu e uma notícia veiculada no sítio de internet boliviano de notícias 'EJU!'.

GRUPO 02:

Integra esse grupo dois documentos originais. O primeiro, a resposta recebida do então Comandante da FELCC em Santa Cruz a respeito de informações apresentadas pelo réu sobre as atividades criminosas de A. R. W.. O segundo documento contém informações apresentadas, também pelo réu, à polícia boliviana local (fronteira).

GRUPO 03:

3 "*Art. 422. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência*. (Artigo com redação determinada na Lei nº 11.689, de 9.6.2008, DOU 10.6.2008, em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação)"

Documento apostilado, contendo a denúncia feita por Silvio Montero Marcos à Defensoria del Pueblo na Bolívia.

GRUPO 04:

Depoimento do então Comandante da FELCC, Gonzalo Felipe Medina Sanchezm acompanhado de tradução. Integra o Processo Administrativo Disciplinar nº 20/2019/CGPC/MS, fornecido ao réu pela própria Corregedoria, que pode confirmar sua autenticidade.

GRUPO 05:

Documentos que já integram o processo (fls. 3486/3490 = fls. 2213, 2214, 2216 e 2218) ou juntados em duplicidade (fls. 3479/3482 = fls. 3408/3410 e fls. 3706/3708 = fls. 3468/3472).

GRUPO 06:

Acerca desse grupo de documentos, calha mencionar que, enquanto os órgãos brasileiros se deram por satisfeitos com apenas 03 (três) meses de investigação, mesmo diante de um crime tão complexo, envolvendo dois países, na Bolívia as investigações seguem e avançam significativamente.

Descobriu-se que em um processo boliviano se discutia um golpe financeiro sofrido por A. R. W., que seria impossível se consumar sem a sua morte, além de outras informações importantes sobre esse último evento (veículos, armas e etc.).

A defesa solicitou à Polícia Civil que realizasse pedido de cooperação internacional para obtenção desse processo (FIS-SCZ1905432), o que foi NEGADO, sob alegação de que as investigações brasileiras não mencionaram as pessoas envolvidas nesse golpe, afirmando, ao fim, que o ônus de providenciar e juntar esses documentos cabia à defesa.

Pois bem, ao contrário dos órgãos brasileiros, o Ministério Público boliviano viu sim relação direta entre os dois eventos (golpe financeiro e morte), o que motivou o Fiscal de Matéria, Dr. W. R. P. V., responsável pela investigação da morte de A. (FELCC-PS-13/2019), a solicitar à sua colega, Dra. M. T. D., responsável pela investigação FIS-SCZ-1905432, que encaminhasse cópia do procedimento (fl. 3483), o que foi prontamente atendido (fl. 3484).

Em fevereiro do corrente ano, S. A. I., advogada na Bolívia (fls. 2410 e 2417), através do, também advogado, Dr. M. O. B. R. (Registro Público de Abogados nº BR 3428768 MO), solicita cópia autenticada da investigação FELCC-PS-13/2019, o que é deferido pela promotoria boliviana.

Documentos que chegam então às mãos da defesa técnica do réu no Brasil para de uma vez demonstrar sua inocência e encerrar um pesadelo que já dura mais de dois anos."

Pela autoridade apontada como coatora (f.3.744-3.756, Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008) proferida a seguinte decisão:

"e) Por fim, em relação aos documentos juntados pelo acusado F. A. da C. J., na fase do artigo 422 do CPP, entendo que comporta deferimento em parte. Explico:

O Ministério Público se insurgiu acerca da documentação juntada pelo acusado F. às f. 3392/3395, 3407/3410, 3413/3422, 3462/3465, 3468/3626, 3629, 3647/3649, 3675/3677, 3684/3685 e 3706/3708, sob o argumento de que estes documentos são de origem estrangeira e foram obtidos e acostados aos autos pelo próprio acusado, sem observância dos meios legais disponíveis.

A questão não é nova nos autos e já foi apreciada por ocasião do manejo por parte da Defesa de recurso ao STJ quando houve a juntada de documentos obtidos na Bolívia por parte do Ministério Público. Naquele acórdão (Recurso em Habeas Corpus n. 127.038 – MS

de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas) restaram fixados algumas conclusões que reproduzo aqui em face da importância da matéria para o presente caso.

1) 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 apostilamento (espécie de autenticação), também o libera se as leis, regulamentos ou costumes no Estado requerente assim o fizerem;

2) 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****; (grifo nosso);*

3) O Acordo supra 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;

4) Foi firmado também o entendimento de que não há que se falar em nulidade da prova documental oriunda de outros países, ainda que eivada de vícios formais, sem demonstração concreta de prejuízo pela parte interessada, por força do artigo 563 do CPP, ***ressalvada a documentação diretamente apresentada por familiares da vítima, em face da menor credibilidade de seu conteúdo****; (grifo nosso)*

Naquela ocasião foi então mantida a documentação juntada pelo Ministério Público porque obtida de autoridade para autoridade e determinado o desentranhamento da documentação entregue por familiares da vítima porque entendeu-se que aquela documentação estaria comprometida pela menor credibilidade de seu conteúdo.

Pois bem, diante destes pontos fixados pelo venerando Acórdão da Corte Superior, a alegação do órgão ministerial deve ser acatada. Veja, constata-se do exame dos autos, que a própria defesa postulou em diversas oportunidades, durante a primeira fase do procedimento do júri, a retirada dos autos dos documentos oriundos do país vizinho da Bolívia tendo obtido êxito em extirpar a documentação apresentada diretamente por familiares da vítima como se vê das considerações supra.

Agora, na segunda fase do procedimento, pretende a Defesa a juntada de documentos oriundos do país vizinho sem qualquer indicação de quem teria sido o responsável pela entrega e sem qualquer intermediação de autoridades dos países envolvidos, o que vai de encontro ao determinado no Acórdão do STJ (Recurso em Habeas Corpus n. 127.038 – MS), ou seja, admitir os documentos(oriundos do exterior) trazidos pela Defesa contraria justamente aquilo que a mesma Defesa buscou incessantemente nos autos.

Note-se que nem a alegação de plenitude da defesa pode ensejar a manutenção da referida documentação. Veja que não se nega a possibilidade de utilização por parte da Defesa inclusive de prova obtida por meios ilícitos, porquanto a vedação constitucional a este tipo de prova, para além de uma garantia ao acusados em geral, representa uma limitação ao direito de punir estatal, ou seja, é possível ao juiz utilizar-se de uma prova ainda que ilícita para absolver, o que leva à conclusão de que a plenitude da defesa tem uma amplitude e uma força elevada dada pelo sistema de justiça penal brasileiro, não se desconsidera isso, mas veja, para irmos ao extremo, seria possível a utilização de uma prova obtida mediante tortura para inocentar o acusado? Quer parecer que a resposta é negativa. Isto porque embora tanto a prova obtida por intermédio de uma interceptação ilícita quanto a obtida mediante tortura se enquadrem na categoria prova ilícita é preciso divisar que embora a forma de obtenção da conversa telefônica tenha sido ilícita, de regra, não se questiona o conteúdo mesmo da conversa que pode e deve ser considerado verdadeiro pelo magistrado para absolver o

inocente. De outro lado, no caso de prova obtida mediante tortura, como os elementos de prova foram obtidos mediante constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça, tais elementos não poderão ser utilizado pelo magistrado, ainda que para absolver pela simples razão de que restará impossível aferir a credibilidade do conteúdo das declarações de tal pessoa, a tanto não chega a plenitude de defesa.

É importante esclarecer, para que não fique dúvida, que não se está dizendo que os documentos oriundos da Bolívia que a Defesa pretende juntar foram obtidos mediante tortura, de maneira nenhuma, apenas está se usando um exemplo extremo para demonstrar que a plenitude de defesa não pode justificar qualquer coisa nos autos, há outros princípios que também devem ser resguardados como por exemplo a paridade de armas entre as partes. No caso dos autos, os documentos juntados pelo Ministério Público na primeira fase e obtidos mediante a entrega de particulares foram desentranhados em face da menor credibilidade de seu conteúdo , pela mesma razão devem ser desentranhados os documentos que a Defesa pretende juntar neste momento processual.

Logo, entendo que a situação acerca da permanência ou não desses tipos de documentos já se encontra pacificada nos autos em razão do que foi decidido no julgamento do Recurso em Habeas Corpus acima mencionado, de modo que determino à Serventia que extraia cópia e depois torne sem efeito os documentos de f. 3392/3395, 3407/3410, 3413/3422, 3462/3465, 3468/3626, 3629, 3647/3649, 3675/3677, 3684/3685 e 3706/3708".

Posteriormente, argumentou a defesa técnica do paciente que a decisão, proferida em 3 de maio de 2021, constituía cerceamento de defesa, pedindo sua reconsideração (f.3.786/4.070-4.071, Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008).

Não vislumbro constrangimento ilegal na determinação de desentranhamentos dos documentos estrangeiros juntados na fase do artigo 422, do Código de Processo Penal.

O cerceamento de defesa deve ser analisado de acordo com o caso concreto, bem como não se pode perder de vista o direito da vítima a um julgamento justo, conforme processo penal contemporâneo, o cerceamento à acusação e abuso de direito.

In casu, há uma decisão, oriunda do Superior Tribunal de Justiça, onde ficaram estabelecidos os limites para aceitação de documentos estrangeiros, sendo vedada a juntada nos autos de documentos obtidos por autoridades ou particulares a ingressarem em território boliviano com a finalidade de obtê-los.

Aqui, não há exceção para advogados, sendo que, às f.05-06, ficou claro que a defesa técnica não obteve referidos documentos.

Consigne-se que:

GRUPO 01: afirmado que se trata de documento obtido por *"qualquer pessoa".*

Observe-se que A., vulgo "Ganso", não vai ser julgado no Tribunal do Júri e já estabelecidos nos autos, desde o início das investigações, dois fatos: a) a vítima tinha relações com o narcotráfico, tendo, inclusive, condenação no Brasil pela prática de tráfico de drogas; b) F., ora paciente, é casado com S., que anteriormente manteve relacionamento amoroso com O. S. C. que, às f.447, dos autos de origem, afirmou estar preso desde 2016 pela prática de lavagem de dinheiro e associação para o tráfico de drogas.

GRUPO 02: documentos originais de posse do réu sobre atividade criminosa da vítima.

Se tais documentos estavam em posse de F., referem-se ao período que foi à Bolívia, ou seja, fez incursão em solo estrangeiro com a intenção de obtenção de provas.

A respeito de informações apresentadas pelo paciente à autoridade policial boliviana, além da ausência da remessa pelos meios legais, temos as conversas de aplicativos entre o casal sobre repasse de dinheiro a policiais da Bolívia.

Ademais, seriam apenas informações unilaterais do paciente.

GRUPO 03: a denúncia feita por S. à autoridade boliviana está encartada nos autos desde a fase policial.

Tais documentos podem ser vistos às f.582-583/587--589 e podem ser facilmente acessados pelas partes.

Atente-se, ainda, como acima consignado, referido depoimento tem todo um contexto que levou a ser localizado nas mensagens trocadas pelo paciente.

Sinalize-se ainda aqui que encontramos no artigo 8º, da Convenção Americana de Direitos Humanos as seguintes garantias judiciais:

> *"Artigo 8º*
>
> *Garantias Judiciais*
>
> *1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*
>
> *2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*
>
> *a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal.*
>
> *b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*
>
> *c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;*
>
> *d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;*
>
> *e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*
>
> *f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.*
>
> *g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e*
>
> *h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.*
>
> *3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.*
>
> *4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.*

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça"

S. M. M. foi arrolado como testemunha a ser ouvida no Plenário do Júri por E. N. C. L. (3.709-3.710), cabendo, assim, à defesa técnica de F. também providenciar sua vinda da Bolívia ou, ainda, pleitear sua oitiva por vdeoconferência.

GRUPO 04: Depoimento do então Comandante da FELCC, Gonzalo Felipe Medina Sanchezm acompanhado de tradução. Integra o Processo Administrativo Disciplinar nº 20/2019/CGPC/MS, fornecido ao réu pela própria Corregedoria, que pode confirmar sua autenticidade.

Não resta esclarecida a pertinência com os fatos apurados nos autos.

GRUPO 05: Documentos que já integram o processo ou juntados em duplicidade

Se referidos documentos já estão nos autos, desnecessária nova juntada.

GRUPO 06: documentos obtidos por S. A. I., esposa de F., advogada na Bolívia através do, também advogado, Dr. M. O. B. R. referente à investigação FELCC-PS-13/2019.

Aqui temos duas questões: a) documentos obtidos por familiar do acusado, ora paciente; b) relatórios contendo mensagens trocadas entre o casal sobre a investigação na Bolívia, que não foram objeto de controvérsia.

Portanto, inviável a admissão dos referidos documentos, podendo, no entanto, a defesa técnica utilizar a documentação existente nos autos, inclusive obtida dos aparelhos celulares apreendidos.

IV- Da Realização do Júri e a Videoconferência

Verifica-se que a autoridade apontada como coatora, em 3 de maio de 2021 (f.3.744, Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008), proferiu a seguinte decisão:

"Vistos, etc.

01. DESIGNO a sessão de julgamento pelo E. Tribunal do Júri dos réus para o dia 23 de junho de 2021, às 07h30min .

02. Providencie o cartório a intimação pessoal dos jurados, das testemunhas, dos réus, de seus defensores e do Ministério Público.

03. Tendo em vista que o acusado F. A. da C. J. encontra-se recluso atualmente na 3ª Delegacia de Polícia de Campo Grande-MS, a qual não dispõe de equipamentos de videoconferência deverá ser o mesmo conduzido até o Fórum de Campo Grande-MS, para participar da realização do julgamento pelo sistema de videoconferência, haja vista a inviabilidade e os riscos de sua escolta até esta comarca, em razão da pandemia do Novo Coronavírus.

Em relação o acusado E. N. C. L. , também deverá participar da sessão de julgamento pelo sistema de videoconferência, uma vez que se encontra residindo na cidade de Coxim/MS.

Outrossim, deverá a Serventia entrar em contato com à direção do fórum da capital e da comarca de Coxim/MS, a fim de providenciar o agendamento das videoconferências, uma vez que o sistema não permite a inclusão do horário estabelecido para o início do julgamento diretamente pelo sistema disponível. Expeçam-se cartas precatórias para intimação dos réus acerca do julgamento designado".

A defesa técnica de F. insurgiu-se contra referida determinação (f.3.781-3.783/3.786, Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008), sendo que a autoridade apontada como coatora manteve a determinação acima (f.3.799-3.804, Autos n. 0003007-05.2019.8.12.0008).

Não há ilegalidade ou cerceamento de defesa.

Verifica-se que teremos a realização do Tribunal do Júri em Corumbá-MS, com o apoio da videoconferência para interrogatório dos acusados, considerando que o paciente F. está preso cautelarmente há mais de dois anos em Campo Grande-MS e E. N. C. L. está residindo e trabalhando e Coxim-MS.

Cumpre lembrar que em 10 de junho de 2021 foi publicado o Decreto n. 15.693/2021[4], que institui medida restritiva e temporária voltada ao enfrentamento da emergência de saúde pública no Estado de Mato Grosso do Sul, considerando a situação de emergência em razão da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2.[5]

Portanto, temos uma medida necessária, considerando a situação atual de ordem pública que reclama medidas sanitárias e emergenciais adequadas, considerando o risco extremo de contaminação, amparando, assim, a saúde de todos.

Sobre a questão, apontam R. S. C., F. C. L. e M. A. F. de L. G.[6.]

> *"Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que a proposta de resolução do CNJ não estabelece um júri virtual, pois apenas permite a realização do ato com o apoio da videoconferência. Isso porque, segundo o artigo 2º, §3º, da proposta de resolução, 'os representantes do Ministério Público e da Defesa, bem como o réu, se estiver solto, poderão optar entre comparecer pessoalmente à sessão de julgamento ou virtualmente por videoconferência, devendo, em qualquer caso, providenciar os equipamentos e a rede de internet necessários à sua participação'. Portanto, o texto da proposta é claro em dizer que as partes e o réu, se solto, podem estar presentes fisicamente, se assim desejarem. Ademais, juiz, jurados sorteados, oficiais de Justiça e secretário de audiência devem estar presentes fisicamente.*
>
> *Em relação à possibilidade de realização do júri com a participação por videoconferência do réu preso, não há nenhuma novidade na proposta de resolução do CNJ. Isso porque o artigo 185, §2º, do CPP já estabelece que 'excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real', desde que a medida seja necessária para atender algumas finalidades, dentre as quais, 'responder à gravíssima questão de ordem pública', que é o caso da pandemia da Covid-19. Além disso, todos os precedentes do STJ acerca do tema afirmam que é possível que a participação do réu preso, na sessão de julgamento pelo júri, se dê por videoconferência [7] mesmo antes da pandemia da Covid-19.*
>
> *A proposta de resolução do CNJ também não veda a entrevista reservada do advogado com o réu preso. Pelo contrário, ela visa a exatamente resguardar o exercício desse direito, como se observa no seu artigo 11, §2º, que estabelece que 'a Defesa deverá ter*

4 DOMS nº 10.532, de 10.6.2021, p. 2

5 Reconhecida no Decreto n.15.396/ 2020 (DOMS de 20.3.2020, p. 4-6) -Art. 1º Declara-se, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, situação de emergência em razão da pandemia por Doenças Infecciosas Virais - COVID-19 (Classificação e Codificação Brasileira de Desastres - COBRADE 1.5.1.1.0). Parágrafo único. A situação de emergência de que trata este Decreto abrange todo o território sul-mato-grossense e autoriza a mobilização de todos os órgãos e entidades estaduais competentes para atuarem, sob a coordenação da Secretaria de Estado de Saúde (SES/MS) e da Coordenadoria Estadual de Defesa Civil (CEDEC/MS), na adoção de medidas administrativas, preventivas e corretivas, necessárias à imediata resposta, por parte do Poder Público, à pandemia".

6 CRUZ, Rogerio Schietti. LUNARDI, Fabrício Castagna. GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. Tribunal do júri com apoio de videoconferência: pela ética do discurso.Revista Consultor Jurídico, 29 de junho de 2020

7 STJ, RHC 83.318/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017; STJ, HC 497.745/BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/6/2019, DJe 11/06/2019.

acesso ao réu preso por telefone ou outro meio de comunicação durante todo o julgamento, podendo comunicar-se com ele sempre que entender necessário'. É evidente que, caso não seja franqueado esse direito, não poderá ser realizada a sessão do júri. Mas é exatamente o direito de entrevista do réu com o seu advogado, durante toda a sessão do júri, que a proposta do CNJ objetiva proteger.

De outro lado, a realização de audiências e de julgamentos com o apoio de videoconferência, num sistema que está sendo chamado de presencial virtual ou telepresencial (as pessoas se fazem presentes simultaneamente, no mesmo ambiente virtual), já é uma realidade no país, inclusive nos tribunais de segunda instância e nos tribunais superiores (STF, STJ, TST e STM), sem que se questione a validade das decisões e atos praticados. Da mesma forma, o Congresso Nacional tem se utilizado de um Sistema de Deliberação Remota (SDR) para a votação de todos os tipos de proposições legislativas, inclusive propostas de emenda à Constituição, sem que sejam infirmadas a sua constitucionalidade ou legalidade. Aliás, o CNJ, o CNMP e o Conselho Pleno da OAB têm realizado os seus julgamentos e sessões em modelo presencial virtual ou telepresencial, onde também não se questiona a sua validade.

Se tudo isso não bastasse, quando se deixam de lado argumentos sofísticos, ideológicos ou corporativos, observa-se que o uso da videoconferência no tribunal do júri, contemplado na proposta de resolução do CNJ, consubstancia instrumento que confere ainda mais efetividade ao princípio da ampla defesa, pois maximiza a participação do réu em todos os atos da instrução processual.

Lembre-se que, no sistema tradicional (em que há presença física das pessoas a serem ouvidas na instrução), durante a primeira fase do procedimento (sumário da culpa), vítima, testemunhas e réu podem ser ouvidos por carta precatória, ou seja, em juízo diverso daquele que julgará a causa. Vale dizer, sem o uso da videoconferência as presenças do réu e do seu advogado nas oitivas restam dificultadas (se o advogado não se deslocar para a outra comarca, é nomeado um defensor, que geralmente não tem contato com o réu, para acompanhar a oitiva). Com as audiências de instrução por videoconferência, o réu e o seu advogado ou defensor poderão estar presentes virtualmente em todas essas oitivas durante a instrução do processo.

Ademais, testemunhas que residem em outras comarcas não são obrigadas a comparecer à sessão de julgamento do júri. Com o apoio da videoconferência, contemplado na proposta, testemunhas que residem em outras comarcas poderão ser ouvidas durante a instrução na sessão de julgamento pelo júri. O mesmo acontece com testemunhas que estão em viagem, policiais em férias ou licença etc., que não seriam ouvidos num sistema de júri sem a videoconferência.

Além disso, com o uso da videoconferência, há uma maior publicização do ato, pois muito mais pessoas poderão assistir à sessão de julgamento pelo tribunal do júri, bastando que acessem o link disponibilizado, nos termos do artigo 5º da proposta.

O apoio da videoconferência no tribunal do júri também traz uma série de vantagens para resguardar direitos e a segurança dos jurados e das testemunhas. Com efeito, há uma redução do desgaste para os jurados, pois, com o início da sessão em meio telepresencial (prevista no artigo 4º da proposta de resolução), somente os sorteados precisam comparecer fisicamente no fórum. Também há redução da insegurança para as testemunhas, pois não precisam se deslocar ao fórum, onde comumente encontram com o réu ou amigos e parentes dele, o que gera uma série de constrangimentos. Da mesma forma, o sistema proposto possibilita maior segurança aos jurados, pois não é incomum que, na prática do sistema tradicional, parentes ou amigos do réu encontrem os jurados nas imediações do fórum, o que será muito reduzido com o apoio da videoconferência.

A proposta de resolução, além de possibilitar a realização das sessões de julgamento pelo júri em tempos de pandemia, também possibilita uma série de vantagens em relação ao modelo presencial, em termos de direitos e garantias, colocando a tecnologia a serviço do

processo penal. Além disso, permite que os processos criminais retomem o seu curso e que se dê concretude ao princípio constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF).

Se há pontos a aprimorar nas propostas de resoluções que tratam das audiências por videoconferência e das sessões de julgamento do júri com apoio dessa tecnologia, as sugestões de aperfeiçoamento devem aparecer, para melhorar o sistema a ser adotado pelo CNJ. Mas as campanhas contra qualquer tipo de realização de audiência ou de sessão de júri com recursos de videoconferência, a partir de slogans que induzem à falsa realidade, com todo o respeito àqueles que pensam o contrário, é algo que não pode prosperar, pois, além de não oferecer qualquer contribuição ao debate, objetivam apenas paralisar o sistema de Justiça criminal.

Estabelecer obstáculos para impedir a realização de audiências de réus soltos para postergar o processo, ou de réus presos para postular a sua soltura, não é algo que esteja de acordo com a conduta que se espera dos juristas. O momento exige espírito público, para que todas as instituições jurídicas construam algo a serviço do interesse da sociedade, das prerrogativas das partes e do direito dos envolvidos.

Portanto, entre o dogmatismo que camufla a realidade e as propostas de inovação, deve-se dar lugar à ética do discurso, em que argumentos, teses, contrapontos e ajustes devem ser propostos de forma clara, para buscar um sistema que permita a realização das audiências e das sessões de julgamento pelo júri em tempos de pandemia e que, ao mesmo tempo, garanta as prerrogativas das partes, a qualidade dos atos processuais e a segurança de todos".

Observe-se que não se vislumbra o cerceamento de defesa no caso concreto.

Uma das facetas da ampla defesa é o direito de se manifestar que está garantido ao paciente, que será ouvido em Plenário, podendo, inclusive, vestir suas roupas pessoais e manter contato direto com seus advogados.

Por fim registre-se que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou questão idêntica arguida pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso Sul, com a sessão de julgamento redesignada para o dia 17 de agosto de 2021, com o interrogatório do acusado por videoconferência:

"Conforme se extrai dos autos, a matéria de fundo, que deu ensejo tanto à impetração originária ao habeas corpus submetido a apreciação do Superior Tribunal de Justiça diz respeito à presença física do acusado durante a realização da sessão do Tribunal do Júri, destinada a apurar a responsabilidade criminal do agravante no delito narrado no relatório.

O direito de presença é um dos desdobramentos do princípio da plenitude da defesa, na sua vertente da autodefesa, pois permite a participação ativa do réu, dando-lhe a possibilidade de presenciar e participar da instrução criminal e auxiliar seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Entretanto, não se trata de um direito absoluto, sendo legítima a restrição, quando houver fundado motivo

Por outro lado, a possibilidade de realização da sessão de julgamento sem a presença do acusado não é estranha à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Esta Corte Superior possui firme jurisprudência no sentido de que o direito de presença aos atos processuais não é indisponível e irrenunciável, de modo que o não comparecimento do acusado em audiência de oitiva de testemunhas não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a arguição no momento oportuno e a comprovação do prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado 523 da Súmula do STF (HC n. 440.492/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 1º/6/2018).

[...]

Neste caso, a opção pelo interrogatório do agravante por meio de videoconferência justifica-se em razão da emergência sanitária vivenciada não apenas pelo Brasil, mas pelo mundo todo, diante da pandemia causada pelo novo coronavírus. Com o objetivo de minimizar os agravos causados pela disseminação da doença, os governos locais adotaram diversas medidas restritivas.

Neste caso, tem-se a informação de que o Governador do Estado do Mato Grosso do Sul adotou medidas restritivas que passaram a vigorar a partir de 14 de dezembro de 2020, determinando, até mesmo, toque de recolher no Estado.

Muito embora a vacinação esteja, de fato, adiantada naquele estado, o Mato Grosso do Sul conta com mais de 250 mil casos confirmados, e já ultrapassou a marca de 6 mil óbitos registrados (http://www.vs.saude.ms.gov.br/. Consulta realizada em 18 de maio de 2021).

Merece relevo que até mesmo o interrogatório do acusado, em hipóteses excepcionais, pode ser feito de forma não presencial, sem que, contudo, enseje qualquer nulidade, pois a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que não há qualquer incompatibilidade de realização de interrogatório por videoconferência em sessão plenária do Júri, sendo imprescindível apenas a observância da excepcionalidade da medida e da necessidade de devida fundamentação na sua determinação, em respeito ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (RHC n. 80.358/RJ. Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma. DJe de 22/3/2017).

Verifica-se, assim, que, diante do acima indicado, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação idônea para a excepcionalidade da medida, a qual encontra também amparo, por analogia, no que dispõe o art. 185, § 2º, I e IV, do Código de Processo Penal, verbis:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (...) § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (...) IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

Portanto, não há que se falar em nulidade, seja pela presença de amparo legal para a realização do interrogatório por meio de videoconferência, especialmente considerando a necessidade da adoção do procedimento tendo em vista a situação emergencial de saúde pública vivenciada pelo mundo neste momento.

Por fim, não se demonstrou qualquer prejuízo à defesa, requisito essencial para o reconhecimento do vício apontado. (STJ; AgRg-HC 648.336; Proc. 2021/0058716-0; MS; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 25/05/2021; DJE 01/06/2021)" Destaques no original.

Afasta-se a possibilidade de prejuízo, uma vez que F. será visualizado e ouvido pelos jurados.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

Recomende-se ao Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá-MS que providencie os meios adequados para que os acusados, interrogados por videoconferência, mantenham contato com suas defesas técnicas.

Comunique-se com urgência à origem, considerando que o júri foi designado para o dia 23 de junho de 2021.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Desª. Elizabete Anache

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). 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, 18 de junho de 2021

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Conflito de Competência Cível n.º 1600715-34.2021.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – CALÚNIA – JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E VARA CRIMINAL RESIDUAL – DISSENSO ACERCA DE ATIVIDADE TÍPICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – *OPINIO DELICTI* AINDA NÃO FORMADO – CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO – NÃO CONHECIMENTO.

Considerando que o Ministério Público é titular da ação penal, diante da manifestação negativa por parte de dois membros do *parquet*, resta configurado o conflito de atribuição, a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 10, X, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) e 28 CPP.

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, não conheceram do conflito de competência, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de junho de 2021

Desª Elizabete Anache

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Desª Elizabete Anache.

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela juíza da 7ª Vara do Juizado Especial Central da Comarca de Campo Grande em face do Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

O juízo suscitante afirma sua incompetência para julgamento do feito, tendo em vista ultrapassar a esfera de atuação dos Juizados Especiais.

Afirma que o crime noticiado consiste em calúnia (art. 138 do CP) com a causa de aumento de aumento de pena do artigo 141, II, do mesmo *códex*, tendo em vista que a vítima é funcionário público no exercício de suas funções.

Foram prestadas informações pelo juízo suscitado às f. 285-6, constando que "(...) *Ao analisar a competência declinada pelo Juízo da Comarca de São Paulo, constatou-se ser o crime de calúnia considerado como de menor potencial ofensivo, ou seja, com pena máxima não superior a dois anos, e, assim sendo, não possuindo esta 4ª Vara Criminal Residual competência para o julgamento do referido crime, declinou da competência em favor do Juizado Especial Criminal Central de Campo Grande*."

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça foi pelo provimento do presente conflito negativo (f. 292-4).

VOTO

O(A) Sr(a). Desª Elizabete Anache (Relator(a))

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pela magistrada da 7ª Vara do Juizado Especial Central da Comarca de Campo Grande em face do Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Da análise dos autos, verifico que se trata de Inquérito Policial n. 2178928-73.2020.090200, constando como autor dos fatos S. R. e, como vítima, A. R. G., sendo capitulada a conduta imputada ao primeiro como a prevista no art. 138, caput, c.c. art. 141, II, ambos do CP (f. 6).

Da portaria que deu início ao procedimento consta a seguinte narrativa fática (f. 7):

> *SP compareceu naquela unidade de polícia Judiciária – UPJ, donde relatou, verbis: É Delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo, exercendo duas funções junto a Delegacia Polícia de Martinópolis/SP cumulando com a Delegacia de Polícia de Taciba/SP, ambas da Seccional de Presidente Prudente/SP. No dia 24 de junho de 2020, pela manhã, o cidadão S. R. compareceu a Delegacia de Polícia de Martinópolis/SP, solicitando apoio para cumprimento de um "Mandado de Busca e Apreensão Veicular de natureza cível" expedido pela Justiça Pública do Estado de Mato Grosso do Sul junto aquela cidade, vez que em contato com o advogado da parte contrário, não havia logrado êxito, bem como alegando que o oficial de justiça daquela cidade também não havia logrado êxito. Visando evitar qualquer abuso, informou que em razão da natureza cível do mandado, somente poderia estar prestando auxílio se houvesse o envio de carta precatória de alguma Delegacia da cidade de Campo grande/MS. Neste momento S. R. telefonou a alguém e depois de algum tempo, aportou na Delegacia de Martinópolis/SP, através de e-mail, carta precatória enviada pela Delegacia de Furtos e Roubos de Veículos de Campo Grande/MS, informando que o veículo JEEP/ COMPASS, PLACA xxxxxxx, de propriedade de S. R. estava em busca e apreensão cível, mas deixando de encaminhar cópia do respectivo mandado. Assim, no mesmo dia, exarou despacho determinando o envio de ofício ao MM Juiz da Comarca de Martinópolis/SP, solicitando remessa do respectivo mandado de busca cível para a realização de diligência na carta precatória policial recebida. Naquela oportunidade, S. R. vociferou que o vitimado realizasse "certa pressão" no depositário do veículo, a fim de convencê-lo a entregar o veículo, não aquiescendo. No dia 14 de julho de 2020, tomou conhecimento por meio de sua superioridade, que S. R. havia lhe caluniado, alegando que era amigo pessoal, compadre, amigo de pescaria e familiar do cidadão R. I., sócio proprietário da loja R. Veículos onde o veículo a ser apreendido supostamente estaria acondicionado. Bem como o acusou ainda de "negar apoio a pedido formulado por Oficial de Justiça de Martinópolis/SP para a busca e apreensão do veículo em questão". Tais fatos, em tese, caluniosos foram repassados ao Dr. A. L., DD. Delegado de Polícia Assistente do DEINTER-8, pela pessoa de Dr. A., Delegado Geral Adjunto do Estado de Mato Grosso do Sul.*

Encaminhado o inquérito policial para o órgão ministerial em atuação na Comarca de Martinópolis - SP, este ponderou que "*a primeira pessoa a tomar conhecimento da falsa imputação de crime contra a vítima estava na cidade de Campo Grande, local em que o delito se consumou, portanto.*" (f. 251). Assim, requereu o reconhecimento da incompetência daquele juízo para o processamento dos fatos apurados, devendo o processo ser remetido para a Comarca de Campo Grande.

O magistrado da respectiva Comarca acolheu a manifestação do *parquet* e enviou os presentes autos que foram distribuídos para o juízo suscitado (f. 252).

Encaminhados os autos ao MPE, este requereu a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal "*vez tratar-se de crime de competência daquela seção da justiça.*" (f. 259), o que foi acolhido em decisão de f. 261 pela magistrada suscitada, nos seguintes termos (f. 261):

> *"Requer o Ministério Público a remessa dos autos ao JECRIM, uma vez que no presente inquérito policial, foi apurado, em tese, o crime descrito no art. 138 do CP, a 16ª Promotoria de Justiça da Comarca de Campo Grande carece de atribuição pata oficiar nos casos de crime cuja pena máxima cominada foi igual ou inferior a dois anos, considerados de menor potencial ofensivo, sendo esta uma atribuição dos órgãos ministeriais que oficial junto às Juizados Especiais Criminais desta Comarca, em razão do disposto no artigo 60c/c artigo 61, ambos da Lei Federal n. 9099/95.*
>
> *Pois bem, o crime apurado é considerado como de menor potencial ofensivo, ou seja, com pena máxima não superior a dois anos e, assim sendo, tal qual o órgão ministerial que oficia neste juízo, a 4ª Vara Criminal não possui competência para o julgamento dos referidos crimes, sendo o declínio de competência medida que se impõe."*

Por conseguinte, também acolhendo a cota ministerial, a magistrada do 7º Juizado Especial de Campo Grande suscitou o presente incidente.

Pois bem.

O conflito não deve ser conhecido. Explico.

De uma detida análise dos autos, verifico que a divergência sobre o caso está instalada no âmbito das Promotorias de Justiça que oficiam perante os respectivos juízos, não se podendo falar em conflito de jurisdição, mas sim, de atribuição.

O dissenso encontra-se escorado em pronunciamentos distintos de diferentes órgãos ministeriais e diz respeito à *opinio delicti*, restando inadequada a inferência judicial na atividade típica ministerial prevista no art. 129, I da Constituição Federal.

É cediço que, na qualidade de titular da ação penal, incumbe ao Ministério Público, de posse dos elementos apurados pela autoridade policial, delimitar seu próprio âmbito de atuação de acordo com suas atribuições prescritas em lei.

Portanto, diante da manifestação negativa por parte dos dois membros do *parquet*, incumbe ao magistrado a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça para dirimir o conflito, nos termos do artigo 10, X, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) e 28 CPP.

Por oportuno, cito:

> *CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Denúncia inicialmente veiculando crime de lesão corporal seguida de morte (Art. 129, § 3º, do CP). Posterior pedido ministerial de redefinição jurídica do fato (mutatio libelli) a alterar a competência do juízo, pois, aventada a ocorrência de crime doloso contra a vida. Recusa de aditamento da acusação pelo Parquet com atribuição para tanto. Divergência instaurada quanto ao animus que impeliu o agente no momento do cometimento da infração. Juiz do Júri que não determina o envio da questão ao Procurador Geral, nos termos do art. 384, § 1º, do CPP e instaura o incidente de competência. Situação peculiar que, a princípio, não espelha hipóteses arroladas no artigo 114 do CPP . Inadequação da interferência do Judiciário no livre convencimento do Promotor. Hipótese de conflito de atribuição entre Promotores de Justiça. Questão que enseja resolução pelo d. Procurador*

Geral de Justiça. Inteligência do art. 10, X , da Lei Orgânica do Ministério Público. Conflito não conhecido. (TJSP; CJur 0044403-93.2019.8.26.0000; Ac. 13373730; São Paulo; Câmara Especial; Rel. Des. Renato Genzani Filho; Julg. 04/03/2020; DJESP 18/05/2020; Pág. 2948)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PROCESSO PENAL – VARA CRIMINAL RESIDUAL VERSUS JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E RESIDÊNCIA – CONTROVÉRSIA ENTRE MEMBROS DO PARQUET ACERCA DAS IMPUTAÇÕES – CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO E NÃO DE COMPETÊNCIA – NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, NOS MOLDES DO ART. 28, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – NÃO CONHECIMENTO. Compete ao Órgão Ministerial, na qualidade de dominus litis, avaliar os elementos de prova produzidos e delimitar seu âmbito de atuação. Não havendo denúncia oferecida e a divergência sobre o caso encontra-se instalada no âmbito das Promotorias de Justiça não há que se falar em conflito de jurisdição, mas sim de atribuição. Conflito de Competência a que não se conhece, uma vez constatada a limitação da controvérsia entre os Órgãos do Ministério Público e não entre os juízos. (TJMS. N/A n. 0003975-49.2016.8.12.0005,& Aquidauana, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 14/05/2018, p: 15/05/2018)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SUSCITAÇÃO DE JUÍZO COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR PROCESSO. AUSÊNCIA DE DENÚNCIA. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. CONFLITO NÃO CONHECIDO. 1 - Não tendo sido instaurada a ação penal, não há que se falar em conflito de competência. 2 - No caso em tela, estamos diante de conflito de atribuição entre Promotores de Justiça, que, por analogia ao artigo 28 do Código de Processo Penal, deve ser dirimido pela douta Procuradoria Geral da Justiça. 3 - Conflito não conhecido. (TJES; CJur 0033069-63.2019.8.08.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Fernando Zardini Antonio; Julg. 04/03/2020; DJES 09/03/2020).

A propósito, esclareço que, não obstante as duas magistradas tenham acolhido os respectivos pareceres ministeriais, tal conduta, no presente caso, não significa que encamparam o entendimento dos Promotores, em ato de conteúdo decisório que permitiria a conclusão de que há conflito de jurisdição.

Com efeito, ainda não há posicionamento a respeito de qual seria o tipo penal se enquadraria a conduta do investigado: 1º) se ele incorreu no delito do artigo 138 do Código Penal (calúnia – pena *in abstrato* de detenção, de seis meses a dois anos, e multa – crime de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal); 2º) se o investigado praticou o delito do artigo 138, *caput*, combinado com o artigo 141, II, ambos do Código Penal (calúnia com causa de aumento de pena por ser praticada contra funcionário público no exercício de suas funções - pena *in abstrato* aumentada de 1/3 (um terço), ou seja – crime afeto à competência da Justiça Comum)[1]

1 Há, ainda, uma terceira possibilidade que atrairia a competência da Justiça Comum, qual seja, que a conduta delituosa tenha sido cometida três vezes (em concurso ou continuidade). Isto porque, o atestado escolar inquinado de falso também foi apresentado pelo investigado em dois pedidos de registro de candidatura, hipótese que o Promotor da 2ª Vara Criminal rechaça, atribuindo os dois últimos fatos à esfera da Justiça Eleitoral, questão também passível de controvérsia.

Por enquanto, o Ministério Público não realizou o enquadramento da conduta, não firmou a *opinio delicti*. Por conseguinte, inexiste definição sobre qual das duas promotorias de Campo Grande poderá oferecer denúncia, o que deverá ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça, eis que se está diante de verdadeiro conflito de atribuição.

Ante o exposto, não conheço do presente conflito de jurisdição, determinando a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça deste Estado, nos termos da fundamentação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do conflito de competência, nos termos do voto do relator.

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Desª. Elizabete Anache

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). 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, 18 de junho de 2021.

***

3ª Câmara Criminal
Relator(a) Des. Jairo Roberto de Quadros
Habeas Corpus Criminal n.º 1403766-37.2021.8.12.0000 - Ponta Porã

EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – DISPENSA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – LAUDO PRELIMINAR DE CONSTATAÇÃO DE ENTORPECENTE – NULIDADES AFASTADAS – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – CONTEXTO FÁTICO E INCURSÃO VERTICAL EM PROVAS – INDEVIDO USO DA VIA HEROICA – PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA SEGREGAÇÃO PRESENTES – MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – *FUMUS COMMISSI DELICTI* VERIFICADO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – INTERESSE À APLICAÇÃO DA LEI PENAL – CIRCUNSTÂNCIAS E PARTICULARIDADES CONCRETAS – REGISTROS CRIMINAIS – REITERAÇÃO – *PERICULUM LIBERTATIS* EVIDENCIADO – *DISTINGUISHING* E *OVERRULING* – AUSÊNCIA DE COTEJO COM JULGADOS PARADIGMAS – PREDICADOS PESSOAIS DO PACIENTE – PROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO – PENA PROJETADA E HOMOGENEIDADE DA PRISÃO – INVIABILIDADE DE MEDIDAS CAUTELARES SUBSTITUTIVAS – DECRETO PRISIONAL MANTIDO – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – ORDEM DENEGADA, COM O PARECER.

1. Inviável a análise de nulidades sequer submetidas ao magistrado a quo, de sorte que, nada obstante a roupagem conferida à pretensão, certo é que a análise per saltum diretamente pelo juízo ad quem, sem que se viabilize ao órgão ministerial atuante em primeiro grau manifestação a respeito, com possibilidade de apreciação pela autoridade acoimada coatora, acarretaria verdadeira supressão de instância, em flagrante ofensa ao duplo grau de jurisdição.

2. De todo modo, sem se olvidar da impossibilidade de imiscuir em referidas matérias sem antes submetê-las ao julgador impetrado, colhe-se determinação e registro fotográfico do rosto e corpo da paciente, realizado no dia fos fatos, o que permite verificação conforme finalidade da norma editada pelo CNJ no contexto de pandemia do Covid-19 (art. 8º, § 1º, II, da Recomendação 62/20), de sorte a permitir, então, a dispensa da audiência de custódia.

3. Inclusive, as garantias fundamentais foram rigorosamente preservadas, consta prévio e expresso esclarecimento acerca no interrogatório policial sobre a possibilidade de comunicação a respeito da prisão, foi respeitada a integridade física e moral, houve identificação dos responsáveis pela prisão e oitiva, possibilitou-se a assistência de familiares e advogado, e foi informada do direito de permanecer em silêncio, tudo a corroborar a higidez da prisão.

4. Novamente sem imersão nas provas, viável tecer ponderações para evidenciar a presença da materialidade, incursão essa balizada pelos restritos lindes do habeas corpus, até para que dúvidas não fiquem a respeito da legalidade da custódia, pelo que possível assegurar que a conversão do flagrante em preventiva não decorreu unicamente do contestado laudo preliminar atestando que o estupefaciente apreendido se trata de cocaína, sendo certo, ademais, que há determinação de realização de exame definitivo.

5. Os limites do *habeas corpus*, enfim, não comportam dilação probatória, tampouco discussão acerca do mérito da *quaestio*, aferição da plausibilidade de versões e teses defensivas, cotejo ou incursão vertical em provas ou questionamentos alusivos à caracterização ou não de delitos, inocência ou não do paciente, pois são matérias que demandam ampla produção probante e devem ser submetidas ao contraditório, no âmbito processual adequado, onde possível a incursão na seara fático-probatória, o que jamais seria viável em ação constitucional sem extrapolar os consabidos lindes da estreita via heroica.

6. Para proceder à análise técnica com ênfase no *distinguishing* e no *overruling*, necessário demonstrar a concreta correlação da situação jurídica-processual apresentada com julgamentos realizados no âmbito das Cortes Superiores sob a sistemática da Repercussão Geral, do Recurso Repetitivo, das Súmulas ou de decisões dotadas de efeito erga omnes.

7. Sequer foi colacionado ou indicado precedente das Cortes de Superposição com status de julgamento paradigma que, em tese, ampararia a pretensão, apenas limitando-se a requerer que a solução do caso concreto da paciente seja dada com sustentáculo no *distinguishing* e no *overruling*. Insuficiente a citação de algumas ementas oriundas Tribunais Pátrios, mas referentes a casos com peculiaridades e particularidades específicas, não correlatas à situação concreta da paciente e, de todo modo, não atinentes a julgamentos paradigmas que possibilitem exame técnico pelo viés dos referidos institutos.

8. Vislumbrando-se dos elementos de convicção até o momento reunidos particularidades e circunstâncias fáticas a delinearem a gravidade concreta da conduta perpetrada, com contornos indicativos de nocividade à segurança e à incolumidade social, justifica-se a mantença do decreto prisional, máxime considerando que o caso versa sobre transporte interestadual de cocaína, perpetrado por codenunciadas de Estado diverso, que teriam se dirigido a município sul-mato-grossense que faz fronteira com o Paraguai, a denotar envolvimento com pessoas ligadas ao narcotráfico.

9. Presentes no caso o *fumus comissi delicti* (existência de prova da materialidade e indícios da autoria) e o *periculum in libertatis*, interessa à ordem pública a manutenção da custódia da paciente, visando impedir que solta volte a oferecer perigo à sociedade, vez que demonstrada propensão ao crime, já que, condenado e em cumprimento de reprimenda, teria novamente se lançado à seara da antijuricidade, realçando cenário incompatível com a paz social por todos almejada.

10. Emergindo das peças reunidas que a paciente estaria a persistir na seara criminosa, sem freios inibitórios, não há falar que a sua atual custódia realce constrangimento ilegal, máxime considerando que como garantia da ordem pública não se busca apenas assegurar a calma social, a manutenção e estabelecimento da disciplina social e de seus valores, mas, também, prevenir a reprodução de fatos criminosos.

11. Consoante entendimento das Cortes Superiores, a despeito da alegação de que o paciente, tem residência fixa, ocupação lícita e não possui antecedentes, há de se destacar que tais circunstâncias, relacionadas às condições pessoais do autuado, por si sós, não justificam a revogação da prisão cautelar.

12. A prisão preventiva, por outro ângulo, não fere o princípio constitucional de presunção de inocência, também porque, sendo de natureza meramente processual, não diz respeito ao reconhecimento da culpabilidade, possibilitando a sua decretação quando presentes os requisitos expressamente previstos, além das condições de admissibilidade do artigo 313 do CPP.

13. Em que pese a argumentação concernente à desproporcionalidade da constrição cautelar, certo é que tal não serve como fundamento para justificar a liberdade àqueles que cometem práticas delitivas, sobretudo em detrimento da sociedade, máxime porque a prisão preventiva não possui caráter de pena, mas sim de acautelamento.

14. Questionamentos alusivos à pena projetada e à homogeneidade da prisão cautelar, somente seriam aferíveis pela via mandamental se, no caso concreto, ficasse evidente, *prima facie* e *ictu oculi*, a desproporcionalidade da medida prisional frente ao crime em apuração e às eventuais condições que levariam a apenamento aquém de quatro anos, os quais, indubitavelmente, pudessem acarretar regime mais brando ou até mesmo a substituição por restritiva de direito, caso contrário, não sendo possível verificação de plano a respeito, inviável imiscuir-se em matérias atinentes à sentença final.

15. O cenário concreto torna inaplicável as medidas cautelares elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, conforme art. 282, II, do mesmo diploma, inclusive porque não podem os poderes públicos, e em especial o Judiciário, serem lenientes com os que sejam apontados, com razoáveis indicios, como transgressores da lei, relegando o restante da sociedade à mercê da própria sorte, pena de total aniquilamento da paz, segurança e do bem-estar físico-psíquico de cada cidadão, aliando-se, ainda, a gravidade concreta da conduta perpetrada, além do potencial risco de reiteração delitiva, dando mostras de que não almeja submeter-se facilmente aos ditames da lei, bem assim que há flagrante pela prática de delito punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, a possibilitar, inclusive sob tal prisma, a prisão preventiva, *ex vi* do art. 313, I, do Lei Processual Penal.

16. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, **em sessão permanente e virtual**, os(as) magistrados(as) do(a) 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade e com o parecer, denegaram a ordem nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 13 de abril de 2021

Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Jairo Roberto de Quadros.

R. B. L. impetra *Habeas Corpus* Criminal em favor de *M. de L.*, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã, por conta de prisão em flagrante convertida em preventiva e não revogada.

Argumenta, em síntese, que a paciente foi presa em flagrante aos 14/02/2021, por suposta prática de tráfico interestadual de entorpecentes e que a decretação da prisão preventiva é nula, pois alicerçada em fundamentação genérica.

Argui nulidade por inobservância da Resolução 62/20 do CNJ, que dispensa a audiência de custódia desde que o controle de legalidade esteja amparado em exame de corpo de delito complementado por fotos do rosto e corpo.

Suscita mácula relativamente ao laudo de constatação da substância apreendida, realizado por agente policial sem isenção, que atuou na prisão em flagrante, sendo que, consoante art. 159 do CPP, se ausente perito oficial, o exame deveria ser realizado por duas pessoas diplomadas em curso superior preferencialmente na área específica da natureza do exame, contexto que afasta a materialidade delitiva.

Aduz a respeito dos predicados pessoais da paciente e salienta que não estão presentes os requisitos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, pelo que, diante dos precedentes colacionados no petitório, postula seja, na análise da liminar e do mérito, realizado exame técnico com supedâneo nos institutos denominados *distinguishing* e *overruling*, sob pena de nulidade dos atos decisórios.

Assevera que a decretação da prisão afronta a razoabilidade e proporcionalidade, vez que, em caso de eventual futura condenação, ao se dosar a reprimenda, chegaria a *quantum* que possibilitaria acordo de não persecução penal, fixação de regime inicial aberto e substituição por restritivas de direitos.

Verbera sobre a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP, inclusive prisão domiciliar e monitoração por tornozeleira eletrônica.

Discorre sobre o direito que reputa cabível e culmina por pleitear a concessão de liminar, com posterior confirmação de ordem definitiva ao final.

A liminar foi indeferida (fls.207/209).

Informações prestadas pela autoridade coatora (fls.214).

Parecer pela denegação da ordem (fls.218/224).

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator(a))

A impetração está lastreada, em síntese, em cenário de alegado constrangimento ilegal perpetrado pela autoridade coatora, supostamente ocasionado por custódia preventiva do paciente.

Argumenta que há nulidade na dispensa da audiência de custódia, no laudo de constatação do entorpecente e na decisão que decretou a preventiva, que não estão presentes os pressupostos e requisitos da segregação provisória, que a análise deve se amparar no *distinguishing* e no *overruling*, que a paciente ostenta condições pessoais favoráveis, que a prisão é desproporcional e que possível a substituição por cautelares diversas.

Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão deduzida neste *writ* não comporta guarida.

Quanto às nulidades relacionadas à dispensa da audiência de custódia e ao laudo de constatação preliminar, oportuno esclarecer que não são passíveis de análise nesta via heroica.

Não se descura que nulidades são, em regra, cognoscíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, tanto que eventual constrangimento ilegal daí advindo seria inclusive passível de atuação *ex officio* (art. 654, § 2º, CPP).

Ocorre que, nada obstante a possibilidade de atuação de ofício, que não permite que questionamentos e teses que, no entender do causídico impetrante, possam levar à liberdade da paciente, sejam veiculadas, ao bel prazer, diretamente ao Tribunal, por meio de ação constitucional de cognição restrita.

Necessário, então, que referidas teses e questionamentos, travestidos de nulidade, sejam submetidos ao magistrado *a quo*, vez que a análise *per saltum* dos pedidos, diretamente por este juízo *ad quem*, sem que se viabilize ao órgão ministerial atuante em primeiro grau manifestação a respeito, com possibilidade de apreciação pela autoridade acoimada coatora, acarreta verdadeira **supressão de instância**, em flagrante ofensa ao duplo grau de jurisdição. A respeito, colhem-se arestos deste Areópago:

> *"HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – NULIDADE PROCESSUAL NA CITAÇÃO REALIZADA POR EDITAL SEM ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS PARA CITAÇÃO PESSOAL – MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESTA PARTE. Não se pode conhecer, sob pena de supressão de instância, de pedido não apreciado pela autoridade coatora." (TJMS. Habeas Corpus n. 1409334-44.2015.8.12.0000, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 22/09/2015, p: 24/09/2015).*

"PRELIMINAR SUSCITADA PELA PGJ – NULIDADE DA CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DA VÍTIMA SOBREVIVENTE – REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – PEDIDO PENDENTE DE APRECIAÇÃO PELO JUÍZO IMPETRADO – RECONHECIMENTO DA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PRELIMINAR ACOLHIDA – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO. Verifica-se da ação penal n.º 0001550-02.2014.8.12.0011 que o pedido de nulidade da carta precatória que determinou a oitiva da vítima ainda não foi apreciado na instância de origem, de maneira que o exame, em Habeas Corpus, de questão não decidida pelo magistrado impetrado, configura supressão de instância. A alegação referente à nulidade decorrente da ausência de intimação da Defesa não foi apreciada pelo Magistrado apontado como autoridade coatora, razão pela qual não cabe, sob pena de supressão de instância a sua apreciação no âmbito desta Corte." (TJMS. Habeas Corpus n. 1406176-78.2015.8.12.0000, Coxim, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 18/08/2015, p: 22/09/2015).

De todo modo, sem se olvidar da impossibilidade de imiscuir em referidas matérias sem antes submetê-las ao julgador impetrado, procedi a uma análise dos autos originários, até mesmo para verificação de eventual ilegalidade que, de plano, por elementos pré-constituídos, tal qual exigido pela via do *writ*, pudessem estar acarretando constrangimento ilegal decorrente da custódia cautelar.

Possível afirmar, diante desta análise, que não se observou ilegalidade passível de macular a prisão.

Colhe-se do interrogatório realizado nos autos de prisão em flagrante (8000114-80.2021.8.12.0800) a seguinte declaração da paciente: *"QUE os policiais não usaram de força física desnecessária para sua detenção/captura e não houve alguma lesão e nem foi ameaçada para se calasse perante as Autoridades; QUE não foi pressionada por nenhum policial para que confessasse a autoria do crime ora investigado".*

Ademais, ainda no dia do flagrante, a autoridade policial determinou que, em observância ao art. 8º, § 1º, II, da Recomendação 62/20 do CNJ, fosse realizado registro fotográfico do rosto e copo *"para constatar a presença de eventuais lesões que caracterizam tortura ou maus tratos".*

E às fls 35/42 dos autos de prisão em flagrante consta registro fotográfico do rosto e corpo da paciente, realizado no dia dos acontecimentos, o qual permite verificação conforme finalidade da norma editada pelo CNJ no contexto de pandemia do Covid-19.

Nesse trilhar, *"não há ilegalidade na dispensa de realização de audiência de custódia com base no art. 8º da Recomendação CNJ n. 62/2020 regulamentada por ato normativo do tribunal de origem, como medida de prevenção contra a pandemia de covid-19"* (AgRg no RHC 134.734/DF, Rel. Min. João Otávio De Noronha, Quinta Turma, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021).

De outro vértice, não se descura que *"o suspeito, investigado ou indiciado possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre os quais o direito ao silêncio, à preservação de sua integridade física e moral e o de ser assistido por advogado"* (HC 382.872/TO, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017).

No caso enfocado, as garantias fundamentais foram rigorosamente preservadas, consta prévio e expresso esclarecimento acerca no interrogatório policial sobre a possibilidade de comunicação a respeito da prisão, foi respeitada a integridade física e moral, houve identificação dos responsáveis pela prisão e oitiva, possibilitou-se a assistência de familiares e advogado, e foi informada do direito de permanecer em silêncio, tudo a corroborar a higidez da prisão.

Não se observa, então, qualquer situação a inquinar a prisão de nulidade. Aliás, sequer se aponta o **prejuízo** decorrente da custódia flagrancial, senão a nulidade do ato em si mesmo, por suposta ausência de observância de procedimento atinente à dispensa da audiência de custódia, que, repita-se, foi sim observada, nos termos da norma editada para tal finalidade no âmbito do CNJ.

Neste panorama, *ex vi* do art. 563 da Lei Processual Repressora, não sobejam quaisquer prejuízos a ensejar declaração de nulidade.

A respeito o STJ definiu que *"a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563, do Código de Processo Penal, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, uma vez que, conforme já decidiu a Corte Suprema, o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas, o que não foi demonstrado no presente caso"* (HC 173.212/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/11/11, DJe 01/12/11).

Registre-se, ainda, que não se descarta a necessidade de controle *a posteriori* do flagrante, tal qual, aliás, ocorreu no caso enfocado, tanto que homologada judicialmente a segregação, de sorte que, nos termos da pacífica jurisprudência da Corte de Uniformização Infraconstitucional, *"a discussão acerca de nulidade da prisão em flagrante fica superada com a conversão do flagrante em prisão preventiva, haja vista a formação de novo título a embasar a custódia cautelar"* (RHC 87.075/BA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 14/11/17, DJe 28/11/17).

Especificamente acerca da dispensa da audiência de custódia no contexto de pandemia viral e a superação de alegada nulidade nesse tocante ante a imediata conversão do flagrante em preventiva, a Corte de Superposição decidiu recentemente que:

> *"Não há ilegalidade na dispensa de realização da audiência de custódia como medida de prevenção à propagação da COVID-19, com fundamento no art. 8º da Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça CNJ. Ademais, cumpre registrar que, após requerimento do Ministério Público, a segregação foi convertida em preventiva no dia seguinte ao da prisão em flagrante, restando superada, assim, eventual nulidade. Precedentes." (HC 639.636/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/03/2021, DJe 22/03/2021).*

Seguindo-se, quanto à nulidade do laudo de constatação da substância apreendida, conforme já mencionado acima, igualmente recai a impossibilidade de apreciação ante o óbice da supressão de instância, mas, de toda forma, imprescindível algumas ponderações, incursão essa balizada pelos restritos lindes do habeas corpus, até para que dúvidas não fiquem a respeito da legalidade da prisão cautelar.

Insta mencionar, inicialmente, que a conversão do flagrante em preventiva não decorreu unicamente do laudo de constatação preliminar atestando que o estupefaciente apreendido se trata de cocaína.

São diversos os elementos que indicaram a necessidade da medida, é uma somatória de indicios e provas que evidenciam a *"existência do crime e indício suficiente de autoria"* (art. 312, *caput*, CP)

De tal forma, ainda que fosse caso de nulidade do laudo preliminar, sobejariam elementos suficientes para o fim de manter o acautelamento prisional, mormente no caso concreto em que já determinada a elaboração do exame pericial definitivo, aguardando-se, então, conclusão a respeito.

Aliás, a incursão no tocante à materialidade realçada por articulação relativa ao contexto probatório não se revela viável através de *mandamus.*

Importante mencionar que, em se tratando de remédio heroico, via estreita que impede dilação probatória, inviável aferir a plausibilidade de versões e matérias estritamente ligadas ao mérito, devem, então, ser oportunamente submetidas à cognição do julgador, que as analisará sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Por isso então, inegável que, através de *habeas corpus*, revela-se limitada a incursão probatória, sendo defeso aferição definitiva a respeito da materialidade e autoria.

Segundo entendimento jurisprudencial, *"o habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto*

fático-probatório" (HC 459.407/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018).

Nesse rumo a construção jurisprudencial espelhada neste Sodalício:

> *"HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO – LIBERDADE PROVISÓRIA – ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA – IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR PRESENTES – NÃO CONCESSÃO. A estreita via de habeas corpus não comporta dilação probatória verticalizada, especialmente no que se refere a alegação da excludente de ilicitude em razão de legítima defesa. É cabível a decretação da prisão preventiva ao acusado pela prática do crime de homicídio qualificado quando as circunstâncias concretas do crime evidenciam sua periculosidade e a necessidade de constrição cautelar. Habeas corpus a que se nega concessão, dada a plausibilidade da segregação cautela" (Habeas Corpus nº 1411890-48.2017.8.12.0000, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, 2ª Câmara Criminal, j. 13/11/17).*
>
> *"HABEAS CORPUS – DUPLO HOMICÍDIO – MOTIVO FÚTIL E MEIO CRUEL – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA ENCERRAMENTO INQUÉRITO POLICIAL – OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – INQUÉRITO CONCLUÍDO – PERDA DE OBJETO – WRIT PREJUDICADO – ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA – MATÉRIA DE CUNHO PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA ESTRITA VIA DO WRIT – NÃO CONHECIMENTO NESTA PARTE – PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL – PRESENÇA DE REQUISITOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – CONDIÇÕES PESSOAIS – IRRELEVANTES – COM O PARECER – ORDEM DENEGADA. (...) Na via estreita do Habeas Corpus não se admite dilação probatória, não sendo possível análise de questões referentes ao fato do paciente ter ou não agido sob o manto de excludentes de ilicitude" (Habeas Corpus nº 1410325-49.2017.8.12.0000, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 1ª Câmara Criminal, j. 03/10/17).*
>
> *"FURTO E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 155 CP E ART. 244-B DA LEI 8.069/90) – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NECESSIDADE DE VALORAÇÃO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT – ORDEM DENEGADA. O trancamento da ação penal, somente é possível na via estreita do habeas corpus quando, de plano, restar comprovada a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. In casu, necessário permitir-se o devido processo legal, com trâmite natural da ação, oportunizando a apresentação e exame das provas, respeitando-se com isso o contraditório e a ampla defesa, a fim de prevenir eventuais ilegalidades, abusos ou mesmo injustiças, não se justificando o trancamento prematura da ação. Com o parecer, ordem denegada. (Habeas Corpus nº 1410267-46.2017.8.12.0000, Rel. Des. José Ale Ahmad Netto, 2º Câmara Criminal, j. 23/10/17).*

No mais, há de se mencionar que o interesse jurídico substancial (afastamento da materialidade) decorrente da nulidade do laudo preliminar resta suplantado pelos demais elementos e pela determinada realização de exame pericial definitivo na substância entorpecente.

E, nesse panorama, o **cotejo fático-probatório** de elementos angariados, por não ser verificável de plano, não pode, tal qual já frisado, ser objeto de análise em *habeas corpus*, tendo em vista a impossibilidade de imersão vertical em provas.

Assim é que os efeitos materiais decorrentes de laudo de constatação preliminar que possam implicar nulidade devem ser deduzidos em atenção às regras processuais, em momento oportuno, primeiramente junto ao juízo primevo.

Oportuno esclarecer que o objetivo não é tolher do paciente eventual direito de valer-se de *habeas corpus*, mas, por outro lado, é manter respeito ao devido processo legal, vetor principiológico que sempre

deve balizar o regramento processual, evitando-se, *verbi gratia*, supressão de instância, sem que, ademais, se subverta o duplo grau de jurisdição.

Em sequência, não há falar em nulidade da decisão que decretou a preventiva, pois calcada em elementos concretos, apontado expressamente acerca dos requisitos e pressupostos da espécie prisional.

Salienta-se, inicialmente, ser descabida a intensão do impetrante de submeter a análise da prisão preventiva com ênfase no *distinguishing e no overruling*, sob pena de, assim não sendo, configurar-se nulidade.

É que para proceder à análise técnica com supedâneo nesses institutos, necessário que se apresente a concreta correlação da situação jurídica-processual com julgamentos realizados no âmbito das Cortes Superiores sob a sistemática da Repercussão Geral, do Recurso Repetitivo, tampouco referem-se a Súmulas, nem mesmo são decisões dotadas de efeito *erga omnes.*

Sobre o assunto, colhe-se aresto do STJ:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PRECEDENTES – EXAME REALIZADO DE OFÍCIO PELO RELATOR – NULIDADE E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – MATÉRIAS NÃO ENFRENTADAS PELO TRIBUNAL ESTADUAL – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA MESMO PARA QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA – FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL – QUANTIDADE DE DROGA E AGENTE CONTUMAZ – DISTINGUISHING E OVERRULING – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no habeas corpus é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal. Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*
>
> *2. Assim, nada impede que, de ofício, este Superior Tribunal examinasse a existência de eventual ilegalidade flagrante, inocorrente na espécie.*
>
> *3. Em relação ao pedido de reconhecimento de eventual nulidade ocorrida quando da prisão em flagrante, gerando "prova ilícita" e o trancamento da ação penal, por consequência, verifica-se que o Tribunal de Justiça, ao julgar o habeas corpus originário, nada dispôs sobre o referido tema, uma vez que o pleito não foi objeto de apreciação pelo Juízo apontado coator, o que impede seja analisado por esta C. Câmara, sob pena de supressão de instância, além de demandar aprofundamento fático-probatório, o que se mostra incabível na via eleita (e-STJ fl. 139). Dessa forma, inviável o conhecimento das aludidas questões no presente mandamus diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que as teses não foram apreciadas pelo Tribunal estadual. Precedentes do STJ e STF.*
>
> *4. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prévio exame das alegações pelas instâncias ordinárias constitui requisito indispensável para sua apreciação nesta instância, ainda quando se cuide de questão de ordem pública (AgRg no HC 616.994/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021)*
>
> *5. Quanto à prisão preventiva, tem-se que é da jurisprudência pátria a impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal. No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas*

quando concretamente comprovada a existência do periculum libertatis, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

6. Note-se ainda que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI), mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

7. Depreende-se, contudo, que, no caso em comento, o decreto de prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentado, tal qual exige a legislação vigente. Foram regularmente tecidos argumentos idôneos e suficientes ao cárcere provisório no acórdão transcrito. No caso, foi evidenciada a periculosidade do paciente, diante da grande quantidade de drogas e apetrechos para o tráfico apreendidos, somado a ficha criminal do paciente, revelando habitualidade na prática delitiva.

8. A gravidade concreta do crime como fundamento para a decretação ou manutenção da prisão preventiva deve ser aferida, como no caso, a partir de dados colhidos da conduta delituosa praticada pelo agente, que revelem uma periculosidade acentuada a ensejar uma atuação do Estado cerceando sua liberdade para garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

9. A perseverança do agente na senda delitiva, comprovada pelos registros de crimes graves anteriores, enseja a decretação da prisão cautelar para a garantia da ordem pública como forma de conter a reiteração, resguardando, assim, o princípio da prevenção geral e o resultado útil do processo. Mencione-se que, embora inquéritos policias e ações penais em andamento não possam ser considerados para recrudescer a pena, nos termos do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, consistem em elementos que indicadores da propensão do acusado ao cometimento de novos delitos, caso permaneça em liberdade.

10. De outro vértice, as circunstâncias fáticas do crime, como a grande quantidade apreendida, a variedade, a natureza nociva dos entorpecentes, a forma de acondicionamento, entre outros aspectos podem servir de fundamentos para o decreto prisional quando evidenciarem a periculosidade do agente e o efetivo risco à ordem pública, caso permaneça em liberdade.

11. A eventual soltura ou substituição da prisão com base no exame técnico definido nos institutos distinguishing ou overruling reclama correlação com a situação especifica do caso em concreto, hipótese não verificada nos autos. Ademais, os precedentes a serem observados devem resultar de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal ou Recurso Especial Repetitivo no Superior Tribunal de Justiça, Súmula Vinculante ou Comum, ou decisões com efeito erga omnes, cujo conteúdo possa se coadunar às peculiaridades do caso.

12. Não havendo correlação específica entre os paradigmas apresentados e o caso em concreto, a prisão há de ser mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos.

13. Evidencia-se substancial distinção (distinguishing) entre o cenário jurídico-processual ora em exame e os fundamentos que determinaram a tese jurídica formulada nos precedentes citados. Nessas circunstâncias, ausentes ainda os critérios para sua aplicação, deve se aguardar que o Supremo Tribunal Federal fixe tese definitiva sobre a matéria (AgRg no HC 549.850/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020, grifei)

14. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 643.905/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021).

Em verdade, o impetrante sequer colacionou aos autos precedentes das Cortes de Superposição com *status* de julgamento paradigma, apenas limitou-se a requerer que a solução do caso concreto do paciente seja dada com sustentáculo no *distinguishing* e no *overruling*, sem ao menos indicar qual seria a súmula

vinculante ou comum, a repercussão geral, o recurso repetitivo ou o *decisum* com efeito *erga omnes* que, em tese, ampararia sua pretensão.

Foram citados, de fato, algumas ementas de julgados de Tribunais Pátrios, mas referentes a casos com peculiaridades e particularidades específicas, não correlatas às situações concretas da paciente e, de todo modo, não são julgamentos paradigmas que possibilitem análise técnica pelo viés do *distinguishing* ou do *overruling.*

Há de se ressaltar, ainda, que os julgados citados na impetração não se assemelham ao caso da paciente, já que a prisão preventiva dela foi bem avaliada, mediante motivação concreta, ao passo que, neste *habeas corpus*, se detalhará ainda mais amplamente a gravidade da conduta atribuída, assim justificando a necessidade de, inclusive diante das condições pessoais que denotam periculosidade, manter a segregação cautelar.

É que, em consulta ao SAJ, exsurge dos autos da ação penal (0001418-71.2021.8.12.0019) que a paciente *M. de L.* foi denunciada juntamente com A. C. S., pois flagradas por policiais militares do Departamento de Operações de Fronteira, por volta das 08h30 do dia 14/02/2021, na Rodovia MS-386, km 25, zona rural do município de Ponta Porã, enquanto supostamente transportavam, em ônibus da empresa Viação Umuarama, 02 quilos de cocaína para outro Estado da federação.

Em patrulhamento de rotina, os policiais procederam à vistoria no ônibus, ocasião em que a paciente *M. de L.*, a qual, consoante lista de passageiros seria de Santa Maria/RS, demonstrou nervosismo na entrevista e não soube precisar o motivo da viagem.

Foi solicitado a A. C. S., oriunda da mesma cidade da paciente, que presentasse sua bagagem, e os policiais notaram dificuldade para ela se abaixar, constatando o volume na região da cintura, quando confirmou-se que transportava "cocaína" junto ao corpo, que estava na companhia da paciente, que se hospedaram por dois dias no Hotel Emanuel em Ponta Porã/MS e retornariam para Rio Grande do Sul.

Noticiam os autos que M. de L. seria responsável pela negociação e contato com os fornecedores da droga, cujo destino final era o Município de Santa Maria/RS, pelo que receberiam R$ 2.000,00 cada uma.

Diante desse panorama, evidentemente restrito aos elementos de convicção até o momento reunidos, inegável se afigura a necessidade da custódia, máxime considerando que as particularidades, as circunstâncias fáticas, a própria dinâmica dos acontecimentos, culminam por delinear a gravidade concreta da conduta que teria sido perpetrada, ensejando indicativo até mesmo sobre a periculosidade do paciente, nociva à segurança e à incolumidade social, já que não se descura do seu histórica de ilícitos.

Assim, o *fumus commissi delicti* é evidente, pois inconteste a verificação de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, o que, aliando-se à justificada garantia da ordem pública apresentada pela autoridade coatora, consubstanciada na gravidade e circunstâncias fáticas concretas, são elementos suficientes para se concluir pela presença do *periculum libertatis.*

Aliás, nesse tom realçou o magistrado impetrado ao converter o flagrante em prisão preventiva:

> *"Há nos autos provas suficientes da existência do crime, representada pela apreensão de 2 Kg de substância entorpecente, vulgarmente conhecida como "cocaína, conforme laudo de constatação prévia. Sobejam também, por ora, indícios de autoria delitiva em desfavor das autuadas, uma vez que a substância fora apreendida junto ao corpo de A., tendo ela e a autuada M. de L. declarado informalmente ao policiais que se deslocaram juntas até esta cidade para recebimento da droga, que seria transportada até a cidade de Três Lagoas/MS, e pelo serviço receberiam, cada uma, R$ 2.000,00.*
>
> *Nesse compasso, nota-se, a princípio, que a prisão preventiva se faz necessária para garantia da ordem pública, a fim de resguardar não só credibilidade das instituições públicas, como também a paz social, haja vista que o tráfico de drogas coloca a sociedade em vulnerabilidade, trazendo insegurança à comunidade local e aumento da criminalidade*

para sustento do vício, o que deve ser prontamente coibido, mormente porque as autuadas possuem domicílio em local diverso do distrito da culpa, não se sabendo sobre sua ocupação e vida pregressa, tendo apenas a autuada M. de L. informado que já fora presa pela prática do delito de roubo e que estaria em liberdade desde dezembro de 2020."

Assim, a prisão preventiva da paciente alicerçou-se não apenas na gravidade que reveste o caso, dado o *modus operandi* com que atuavam, como também, diante do potencial risco de reiteração, dada a sua contumácia, dando mostras de que não almeja se submeter facilmente aos ditames da lei.

A respeito, o posicionamento emanado do Tribunal de Cidadania, ao destacar: *O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva é decretada em razão da gravidade concreta da conduta delituosa, evidenciada pelo modus operandi com que o crime fora praticado.* (RHC 69.889/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016).

Ademais, constata-se de documentos colacionados aos autos na origem que a paciente foi condenada aos 10/12/19, pelo Juízo de Flores da Cunha/RS, por ter praticado três roubos circunstanciados em concurso formal, sendo que recebera liberdade provisória em dezembro de 2020, de modo que, apesar da ausência de trânsito em julgado da referida sentença, evidencia-se a reiteração que não condiz com as condições a que deveria se submeter ante o benefício concedido.

Diante do consignado, concretamente presente o *periculum libertatis*, já que a custódia do paciente interessa especialmente à ordem pública, pois, condenado e em cumprimento de reprimenda, teria novamente se lançado à seara da antijuricidade, realçando cenário incompatível com a paz social por todos almejada.

À evidência, como garantia da ordem pública não se busca apenas assegurar a calma social, a manutenção e estabelecimento da disciplina social e de seus valores, como também, prevenir a reprodução de fatos criminosos.

Ao abordar o tema, enfatiza Renato Brasileiro que *entende-se garantia da ordem pública como risco de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade. O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, resguardando o princípio da prevenção geral.* (Brasileiro Renato, Curso de Processo Penal, p.906/907, RJ, Impetus, 2013).

Percebe-se, então, que a seara delitiva não se trata de ineditismo na vida errante da paciente, a qual estaria fazendo do crime uma habitualidade, sendo certo que, no momento, a análise foca-se na necessidade de cessar a escalada ilícita, sob pena de ofensa à ordem pública, vez que é a liberdade da paciente que periclita a sociedade.

Nesse diapasão o entendimento firmado pelo Pretório Excelso no julgamento do HC 84.658/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, ao realçar:

"A garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos."

No mesmo direção, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do HC nº 165.501/MT):

"a periculosidade do agente pode ser aferida por intermédio de diversos elementos concretos, tal como o registro de inquéritos policiais e ações penais em andamento que, embora não possam ser fonte desfavorável da constatação de maus antecedentes, podem servir de respaldo da necessidade da imposição de custódia preventiva" (Relator p/ Acórdão Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 04/10/2016).

E, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, nesta etapa da persecução os registros e ocorrências ostentados realçam o *periculum libertatis*. Confira-se os arestos:

"No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada pelo efetivo risco de voltar a cometer delitos, porquanto o paciente é reincidente por tráfico de entorpecentes, além de possuir diversos outros registros criminais. A prisão preventiva, portanto, mostra-se indispensável para garantir a ordem pública. " (HC 445.414/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018).

"No tocante à prisão preventiva imposta ao paciente, a custódia está suficientemente fundamentada no fato de o réu registrar antecedentes criminais, como explicitado acima, circunstância que justifica sua segregação provisória para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva. " (HC 442.320/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018).

"O fato de o acusado ostentar outros registros criminais é circunstância que reforça a existência do periculum libertatis, autorizando a manutenção da prisão preventiva na espécie." (RHC 72.209/RN, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 24/08/2016).

"(...) inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública." (STJ. 5ª Turma. RHC 70.698/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 1º/8/2016).

No mais, não há como se desconsiderar o contexto em que teria praticado a conduta, indicativo de suposto envolvimento com pessoas ligadas ao tráfico. Tampouco se olvida que havia droga de natureza prejudicial, o que, nos termos da construção jurisprudencial, atinge a ordem pública e possibilita o acautelamento prisional. *In litteris*:

PROCESSO PENAL. 'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. APREENSÃO DE VULTOSA QUANTIDADE DE DROGA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 1. A prisão provisória é medida odiosa, reservada para os casos de absoluta imprescindibilidade, demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade. Na hipótese, estando a prisão fundamentada na gravidade concreta dos fatos, cifrada na significativa quantidade de droga apreendida com os pacientes (750g de maconha), evidencia-se o risco para ordem pública. 2. Ordem denegada. (STJ - HC 236.905/MG, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura)

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO – PRISÃO PREVENTIVA – GRAVIDADE IN CONCRETO – QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA. (...)

2.Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A custódia cautelar foi decretada para o resguardo da ordem pública, diante das concretas circunstâncias do crime, inclusive a quantidade e a natureza da droga (52 papelotes de cocaína).

3. Habeas corpus denegada. (STJ - HC 430293/ES, Relator Ministro Antonio Saldanha Pinheiro)

No mesmo norte o Superior Tribunal de Justiça se posicionou quando do julgamento do RHC nº 69977/MG, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

PROCESSO PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE IN CONCRETO – QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES – REITERAÇÃO DELITIVA – PERICULOSIDADE – MOTIVAÇÃO IDÔNEA – OCORRÊNCIA – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da periculosidade do ora recorrente, cifrada na quantidade e variedade da substância entorpecente apreendida (62,2g de cocaína e 42,7g de maconha). Salientou-se, ainda, que o autuado possui registros criminais, sendo inclusive reincidente, tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema.

2. Recurso a que se nega provimento.

Deveras, o quadro não se amolda à paz social por todos almejada, principalmente tendo em vista que o caso versando estaria a realçar concretos indicativos, ao que consta, de que a paciente seria responsável pela disseminação de drogas que causam excessiva dependência e dotadas de alto poder lesivo aos usuários residentes naquela comarca.

Aliás, não há como se olvidar que a paciente reside em outro estado da federação, sendo certo que o histórico de se furtar do cumprimento da pena milita em seu desfavor, já que, diante de sua postura renitente, nada garante que não fugiria do distrito da culpa, o que justifica a prisão cautelar também como forma de assegurar a aplicação da lei penal.

Destarte, tendo em vista os elementos concretos até então colhidos e, ainda, por se tratar de delito com penas máxima superior a 4 anos, depreende-se que a manutenção do acautelamento provisório faz-se necessária como forma de garantir a ordem pública, visando impedir que, solta, volte a oferecer perigo à sociedade, vez que demonstra propensão ao crime e possibilidade de evasão do distrito da culpa, culminando, também, na imprescindibilidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Inquestionável que não ser privado de seu *status libertatis* é direito assegurado ao acusado. Entrementes, também é verdade que não há falar em garantias individuais absolutas. Há muito deixou o direito de ser instrumento de salvaguarda individual, passando a ser um meio de promoção da justiça social, devendo direcionar-se ao bem comum, ao bem estar coletivo. Nesse sentido é que, havendo interesses antagônicos, os valores hão de ser cotejados, prevalecendo o que atende ao interesse público.

Dessa forma, não é dado aos poderes públicos, e em especial o Judiciário, ser leniente com os que sejam apontados, com razoáveis indicios, como transgressores da lei, relegando o restante da sociedade à mercê da própria sorte, pena de total aniquilamento da paz, segurança e do bem-estar físico-psíquico de cada cidadão.

Os tempos presentes, infelizmente repletos de violência, reclamam especial atenção para com a segurança coletiva, para com o bem-estar da população a cada dia mais traumatizada e perplexa com essa nefasta onda crescente de ataques a que vem sendo submetida.

É certo, ainda, que, em razão da presunção de inocência, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas esse princípio deve ser interpretado em sintonia com as demais disposições constitucionais, dentre as quais aquela estampada no art. 5º, inciso LXI, da CF/88, e não isoladamente.

Inegável, pois, a compatibilidade da prisão preventiva com a presunção de inocência, pois esta, embora se consubstancie em pilar do Estado Democrático de Direito, não impede a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo (STF – HC 106856, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012).

A respeito colaciono julgados deste sodalício:

"HABEAS CORPUS – ESTELIONATO –REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – AGENTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DELITIVA – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA –

MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – INVIABILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA.

I - Presentes os motivos autorizadores (fumus comissi delicti – relativo à materialidade e indícios de autoria - e o periculum libertatis - risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal), bem como o requisito instrumental de admissibilidade (artigo 313, I , do Código de Processo Penal – delito abstratamente apenado a mais de 04 quatro anos de reclusão), e não sendo recomendável a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, denega-se ordem de habeas corpus que visa revogar prisão cautelar fundamentada em elementos concretos, extraídos dos autos, quando a acusação é pela prática de estelionato (art. 171 do Código Penal), e o paciente encontra-se foragido, descumprindo condições impostas para a liberdade provisória, mesmo que as condições pessoais sejam favoráveis, pois estas, por si só, não garantem o direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar.

II – É concreta a possibilidade de reiteração delitiva, a justificar a custódia extraordinária como forma de garantir a ordem pública, quando o paciente é reincidente específico pela prática de estelionato, responde a outros processos pelo mesmo crime e por furto, fato que indica representar sério risco à comunidade pela elevada periculosidade social.

III – Ordem denegada." (Habeas Corpus - Nº 1414017-90.2016.8.12.0000 - Campo Grande Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. 3ª Câmara Criminal. 26.1.2017).

"HABEAS CORPUS – FURTO QUALIFICADO – PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS – NÃO-COMPROVAÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDAS CAUTELARES – INSUFICIENTE – ORDEM DENEGADA. Havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria da conduta delituosa, além da necessidade de garantir a ordem pública, pois trata-se de agente reincidente, que não possui residência fixa, nem ocupação lícita, deve ser mantida a prisão cautelar. Assim, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão se revelariam inadequadas e insuficientes (art. 310, II, CPP)." (Habeas Corpus - Nº 1406307-19.2016.8.12.0000 - Campo Grande Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. 2ª Câmara Criminal. 4.7.2016).

"HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO E PERIGO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA – ORDEM DENEGADA. A decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva está devidamente fundamentada nas circunstâncias concretas do caso que, por suas características, indicam a necessidade da segregação cautelar para garantia da ordem pública, consubstanciada na gravidade concreta do delito e no perigo de reiteração criminosa. O paciente, em concurso de pessoas, com uso de arma de fogo, cometeu, em tese, o roubo de uma motocicleta e, no mesmo dia e dela se utilizando, cometeu outro roubo, o que demonstra que é voltado para a prática delitiva. Ordem denegada." (HC nº 2012.011164-7, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, 1ª Câmara Criminal, J. 28.5.2012).

Além do mais, a despeito da alegação de possuir **predicados pessoais** favoráveis, concernentes a residência fixa, família e trabalho, há de se destacar que tais circunstâncias, por si sós, não justificam a revogação da prisão cautelar, consoante entendimento das Cortes Superiores.

Nesse sentido, os arestos do Tribunal da Cidadania:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – INADEQUAÇÃO – ROUBO QUALIFICADO – PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese,

impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, a medida excepcional encontra-se amparada na necessidade de garantia da ordem pública, ante a gravidade concreta e do modus operandi da conduta delituosa, demonstrando a periculosidade da agente, além da não comprovação de que ela possui ocupação lícita ou residência fixa no distrito da culpa.

4. Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis ao agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representam óbice, por si sós, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.

5. É "indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública" (HC 315.151/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 25/5/2015). 6. Habeas corpus não conhecido." (HC 386.434/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

"A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão." (HC 383.851/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/04/2017, DJe 18/04/2017).

"Condições subjetivas favoráveis ao paciente, como ser primário e possuir residência fixa, não são impeditivas da sua prisão cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação do cárcere, como no caso dos autos." (RHC 75.656/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017).

Não bastasse, no que tange aos questionamentos relativos à homogeneidade da prisão cautelar e à pena projetada, oportuno realçar que, no momento, é açodado concluir-se sobre o *quantum* de reprimenda se acaso condenada ou, ainda, pela impossibilidade da fixação do regime inicial fechado na eventualidade de uma condenação, posto que as circunstâncias judiciais e moduladoras serão analisadas no momento oportuno, à luz de elementos de convicção que ainda serão colhidos.

E, como cediço, a fixação de regime prisional não está atrelada única e exclusivamente ao *quantum* que porventura venha a ser especificado em caso de hipotética condenação, a tanto apresentando-se inafastáveis as diretrizes elencadas no artigo 59, do Código Penal, conforme artigo 33, § 3º, do referido diploma legal.

De todo modo, *ad argumentandum tantum*, no que tange à desproporcionalidade da constrição cautelar, certo é que tal não serve como fundamento para justificar a liberdade àqueles que cometem práticas delitivas, sobretudo em detrimento da sociedade, máxime porque a prisão preventiva não possui caráter de pena, mas sim de acautelamento.

A respeito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"A prisão do paciente não ofende os princípios da proporcionalidade ou da homogeneidade, pois o fato de ser primário não lhe garante a aplicação da pena mínima cominada ao delito a ela imputado. Além disso, a garantia à ordem pública não pode ser

abalada diante de mera suposição referente ao regime prisional a ser eventualmente aplicado." (HC 521.277/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019).

De outro lado, a apreciação de pleito deste jaez pelo viés do *habeas corpus* seria possível desde que não demandasse análise probatória aprofundada e ficasse comprovado de plano que, em caso de eventual condenação, a quantidade de pena que seria aplicada jamais acarretaria o regime mais severo.

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS – RECEPTAÇÃO – PRISÃO EM FLAGRANTE. NECESSIDADE DO ENCARCERAMENTO – CAUTELARIDADE – AUSÊNCIA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INSUBSISTÊNCIA DA SEGREGAÇÃO.*
>
> *1. Sendo a liberdade a regra e a prisão providência absolutamente excepcional no Estado de Democrático de Direito, cumpre verificar a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal a fim de se manter a segregação processual.*
>
> *2. À luz do princípio da proporcionalidade, não se justifica manter a prisão processual motivada por suposta prática de infração cuja pena privativa de liberdade em tese projetada não seja superior a quatro anos.*
>
> *3. Ordem concedida, na esteira do parecer ministerial, ratificada a liminar." (HC 64.379/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008).*

Ocorre que, no caso em exame, ante a inexistência de elementos pré-constituídos a embasarem que o regime final seria o aberto e que haveria substituição por restritiva de direito, inviável reconhecer a ilegalidade aventada nesse aspecto, notadamente porque as circunstâncias concretas denotam situação contrária ao que se almeja, devendo a apreciação de tais questionamentos, portanto, ser relegada ao momento oportuno, quando da sentença definitiva.

Mesmo porque à paciente se imputa crime cuja pena reclusiva máxima em abstrato supera 04 anos, o que, *per si*, já demonstra, de pronto, que a pena projetada e o regime prisional não lhes favorece a ponto de, em *habeas corpus* - antes portanto da imprescindível dilação probatória -, permitir conclusão de que receberia sanção baixa e regime brando.

A propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – INADEQUAÇÃO. (...)*
>
> *4. É "impossível asseverar ofensa ao 'princípio da homogeneidade das medidas cautelares' em relação à possível condenação que o paciente experimentará, findo o processo que a prisão visa resguardar. Em habeas corpus não há como concluir a quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado" (RHC n. 74.203/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 27/9/2016).*
>
> *5. Ordem denegada." (HC 557.430/SP, Rel. Ministro ANTONIO Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 18/03/2020).*
>
> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – PRISÃO PREVENTIVA – GRAVIDADE CONCRETA – PERICULOSIDADE SOCIAL – MODUS OPERANDI – RÉU COM ENVOLVIMENTO CRIMINAL ANTERIOR – RISCO DE REITERAÇÃO – PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA – CONSTRANGIMENTO*

ILEGAL NÃO CONFIGURADO – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – RECURSO IMPROVIDO. (...)

6. A prisão do recorrente não ofende os princípios da proporcionalidade ou da homogeneidade, pois a confirmação (ou não) da tipicidade da conduta do agente e da sua culpabilidade depende de ampla dilação probatória, com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que não se coaduna com a finalidade da presente ação constitucional.

7. Recurso improvido." (RHC 124.472/PI, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020).

Destarte, a necessidade da prisão preventiva restou suficientemente fundamentada, destacando o preenchimento dos requisitos legais peculiares à espécie, não se vislumbrando, pois, irregularidade apta a demandar a revogação almejada. Não se revela desproporcional, tampouco excessiva, não se justificando, destarte, nem por essa ótica, a sua substituição por qualquer das medidas cautelares.

Inaplicáveis, então, as medidas cautelares elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme artigo 282, II, do mesmo diploma, face ao quadro consignado no transcorrer desta.

Nesse sentido, a construção jurisprudencial da Corte da Cidadania:

"Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública. " (HC 445.414/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018).

"Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n.º 12.403/2011." (HC 466.112/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018).

Repisa-se que a paciente foi presa em flagrante pela prática de delito punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, a possibilitar, por essa ótica, a prisão preventiva, conforme artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Destarte, não vislumbro qualquer ilegalidade na decisão, estando sua decretação justificada pelo preenchimento dos requisitos do artigo 312 do CPP.

Por fim, acerca do prequestionamento, o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro: *"O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito."*

Ante o exposto, denego a ordem almejada.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, denegaram a ordem nos termos do voto do Relator.

Presidência do (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Zaloar Murat Martins de Souza. Relator (a), o (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Jairo Roberto de Quadros

Tomaram parte no julgamento os (as) Exmos (as). Srs (as). Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 13 de abril de 2021.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Habeas Corpus Criminal n.º 1406001-74.2021.8.12.0000 - Três Lagoas

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTELIONATO – REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA – RIGORISMO FORMAL DESCABIDO – DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS INERENTES – TRANCAMENTO INDEVIDO – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER – ORDEM DENEGADA.

A Lei n.º 13.964/2019, também conhecida como "*Pacote Anticrime*", acrescentou ao artigo 171 do Código Penal o § 5º e, assim, a ação penal concernente a delitos de estelionato passou a ser pública condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal, com exceção do disposto nos incisos I a IV. Trata-se de condição de procedibilidade, imprescindível para o início do processo penal.

Exsurgindo nítida e insofismável, todavia, a intenção dos ofendidos em autorizar a persecução criminal, tanto que se dirigiram à autoridade policial para noticiar os fatos e solicitar providências a respeito, visando a responsabilização criminal do paciente e, nessa toada, ainda prestaram declarações e forneceram documentos no intuito de contribuir à elucidação dos supostos crimes, sendo que em momento posterior, após o oferecimento da denúncia, também ratificaram clara e expressamente esse propósito, descabe o rigorismo formal almejado pelo impetrante, porquanto indubitável e inequívoca a intenção das vítimas, afigurando-se alcançada, nesse cenário, como corolário, a finalidade precípua da representação.

Emergindo que a proemial descreve fatos típicos, reveladores, em tese, do cometimento de crime, coadunando-se perfeitamente às exigências estampadas no artigo 41 do Código de Processo Penal e acompanhada de lastro probatório mínimo, indevida a sua rejeição, máxime considerando que se o fato configura crime em tese, não há como deixar de ser apurado através de procedimento legal, não se revelando plausível rejeitá-la a pretexto de não estar até agora provado aquilo que a acusação se propõe a demonstrar ao longo instrução.

O trancamento prematuro do processo crime pela via estreita do habeas corpus é medida excepcional, admitida apenas nas hipóteses em que se evidenciar atipicidade da conduta, causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Com o parecer, ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade e com o parecer, denegaram a ordem nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de junho de 2021

Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

J. R. de M. impetra o presente ***habeas corpus*** em favor de Igo Ferreira da Silva, apontando como autoridade coatora Juíz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas e visando, em síntese, trancamento da ação penal.

Aduz, em suma, que o paciente foi denunciado como incurso no artigo 171, § 2, II, caput, c/c art. 29, caput, ambos do Código Penal, por três vezes, posto que entre as datas de 16/12/2014 a 10/01/2015, teria obtido, para si, em unidade de desígnios com outros réus, vantagem indevida em prejuízo da vítima J. R. dá S., ao negociarem com esta a aquisição de um lote de terreno situado na Quadra 19, Lote 12, do Loteamento Setsul, omitindo, todavia, ônus pendente, consubstanciado em financiamento com 145 prestações de R$ 1.335,00 cada, a serem pagas à Setpar Setsul Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Consta, ainda, igualmente em tese, que obteve para si, em comunhão de desígnios com outros réus, vantagem indevida, em prejuízo da vítima E. M. A. ao negociarem com esta a aquisição de lote de terreno situado na Quadra 19, Lote 13, do Loteamento Setsul, omitindo, todavia, ônus pendente, consubstanciado em financiamento com diversas parcelas vincendas, a serem pagas à empresa Setpar Setsul Empreendimentos Imobiliários Ltda.

E, finalmente, consta que, em tese, teria obtido para si, em comunhão de desígnios com outros réus, vantagem indevida, em prejuízo da vítima A. D. C. ao negociarem com esta a aquisição de lote de terreno situado na Quadra 30, Lote 01, do Loteamento Setsul, omitindo, todavia, ônus pendente, consubstanciado em financiamento com 179 parcelas de R$ 843,00 vincendas, a serem pagas à empresa Setpar Setsul Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Salienta ter apresentado resposta à acusação, arguindo preliminar de nulidade por falta de representação da vítima, indispensável à luz da Lei 13.964/2019, em se tratando de delito previsto no art. 171 do Código Penal. No entanto, face à ausência de representação, a autoridade impetrada determinou a citação da vítima para manifestação a respeito e afastou a nulidade arguída, por entender que a lei enfocada não retroagiria, somando-se a isso que a representação teria sido caracterizada quando do comparecimento das vítimas perante a Autoridade Policial.

Defende, assim, a necessidade de trancamento da ação penal, diante da sua flagrante nulidade, vez que se operou a decadência daquela, pois após as mudanças legislativas oriundas da Lei 13.964/2019 (pacote "anticrime"), o delito de estelionato passou a ter uma nova condição de procedibilidade, qual seja a representação da vítima.

Destaca, também, que de acordo com a interpretação trazida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em julgados semelhantes, a ação penal só pode ser iniciada, em casos dessa natureza, se a condição de procedibilidade estiver presente, sendo imprescindível a representação da vítima.

Discorre sobre o posicionamento que reputa cabível e culmina por pleitear a concessão da ordem para trancar a ação penal, face à ausência de legitimidade do Ministério Público.

Não houve pedido de liminar e, prestadas as informações, posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. Relator

Nada obstante o respeito devido ao entendimento esposado pelo impetrante, descabe acatamento à pretensão deduzida.

Como cediço, o recebimento da denúncia, em regra, prescinde de fundamentação e, do mesmo modo, as teses preliminares suscitadas pela defesa não comportam juízo exauriente, justamente para se evitar o prejulgamento de matérias que devem ser objeto de cognição no momento oportuno, após a instrução do feito, possibilitando a formação de convicção segura do julgador, calcada em conjunto probatório robusto, apto a externar o decreto de absolvição ou condenação.

Face outra, consoante posicionamento uníssono do Supremo Tribunal Federal, *"o trancamento da ação penal por meio de habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade"* (HC 140437 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/04/2017, Processo Eletrônico DJe-098 DIVULG 10-05-2017 Public 11-05-2017).

Assim, a teratologia, ilegalidade ou abuso de poder devem ser evidente para fins de encerramento prematuro da ação criminal[1], e, neste eito, os elementos encartados no caderno processual não denotam tais situações.

No caso versando, a proemial descreve fatos típicos, reveladores, em tese, do cometimento de crime, coaduna-se perfeitamente às exigências estampadas no artigo 41 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual não comporta rejeição, e sim recebimento, de forma a possibilitar que o caso seja apurado em toda a sua plenitude, para que, então, ao final da prestação jurisdicional seja emitido o provimento cabível.

Consabido que se o fato configura crime em tese, não há como deixar de ser apurado através de procedimento legal, ainda que ao final, hipoteticamente, se conclua por desfecho diverso daquele almejado pela acusação. Se a denúncia descreve fato que constitui crime, não seria plausível rejeitá-la a pretexto de não estar até agora provado aquilo que a acusação se propõe a demonstrar ao longo instrução.

O despacho de recebimento da denúncia traduz apenas juízo de admissibilidade, e como o processo encerra uma série de atos formais, coordenados progressivamente, levando-se em conta a finalidade a que se destina, não se concebe nesta fase estancar a investigação e a apuração necessárias, reduzindo imotivadamente a atuação do titular da ação penal, que se propõe a demonstrar o alegado durante a instrução.

É óbvio que a denúncia deve mostrar-se acompanhada de um mínimo de provas que demonstrem a sua viabilidade. Inconcebível o recebimento de mera exposição de considerações ou suposições, desacompanhadas de qualquer elemento capaz de estabelecer a sua viabilidade fática, mas, à evidência, disso aqui não se trata, conforme desponta dos Boletins de Ocorrência n.º 67/2015 (fls. 81-82 e 201-202) e n.º 483/2016 (fl.120), declarações das vítimas e testemunhas (fls. 24-30, 83-84, 126-127 e 174-175), documentos carreados (fls. 31-66, 88-95, 98-105 e 121-125) e Autos de Exibição e Apreensão (fls. 86-87 e 95-97).

Certo é que, para fins de instauração da ação penal, persiste, ainda que minimamente, lastro probatório a justificá-la, o que não se coaduna à adoção da medida excepcional de encerramento da ação por ausência de justa causa.

Impende esclarecer que isto não implica condenação do paciente, notadamente porque a cognição exauriente será realizada após instrução do feito. Eventual insuficiência probatória é matéria a ser auferida no curso da instrução e, destarte, merecerá apreciação por ocasião da sentença, o que não configura situação concreta a ensejar o trancamento do processo-crime pela via estreita do *habeas corpus*.

1 (STF - HC 138147 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 02/05/17).

Existindo, portanto, indícios mínimos, a continuidade da ação penal mostra-se de rigor. A propósito, os precedentes da Excelsa Corte:

> *"O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas." (RHC 140008, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 04/04/2017, Processo Eletrônico DJe-086 DIVULG 25-04-2017 PUBLIC 26-04-2017).*
>
> *"Penal. Habeas Corpus originário. Condução de veículo automotor. Capacidade psicomotora alterada. Trancamento da ação penal. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder.*
>
> *1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o trancamento da ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de logo, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa. Precedentes.*
>
> *2. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem.*
>
> *3. Habeas Corpus indeferido, revogada a liminar." (HC 124090, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, Processo Eletrônico DJe-096 Divulg 08-05-2017 Public 09-05-2017).*

Sustenta-se que, de toda forma, após as mudanças legislativas oriundas da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime), o delito de estelionato passou a ter nova condição de procedibilidade, qual seja a representação da vítima. Por conseguinte, a ação penal só poderia ser iniciada se a condição de procedibilidade, representação da vítima, estivesse formalizada, resultando daí a possibilidade de trancamento da ação penal enfocada, face à caracterização de decadência.

Com efeito, a Lei n.º 13.964/2019, também conhecida como "*Pacote Anticrime*", acrescentou ao artigo 171 do Código Penal o § 5º e, assim, a ação penal concernente a delitos de estelionato passou a ser pública condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal, com exceção do disposto nos incisos I a IV. Trata-se de condição de procedibilidade, imprescindível para o início do processo penal.

No caso em pauta, apesar de a denúncia ter sido oferecida após a entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019, sendo exigida, pois, a representação das vítimas como condição de procedibilidade da ação penal, restou nítida e insofismável a intenção dos ofendidos em autorizar a persecução criminal, tanto que se dirigiram à autoridade policial para noticiar os fatos e solicitar providências a respeito, visando a responsabilização criminal do paciente, sendo que, para tanto, ainda prestaram declarações e forneceram documentos no intuito de contribuir à elucidação dos supostos crimes.

Além disso, em momento posterior, após o oferecimento da denúncia, E. M. A. dos S., J. R. dá S. e A. D. C. (fls. 327, 331 e 351) ratificaram clara e expressamente esse cenário, manifestando o desejo de representar criminalmente contra aludido paciente.

Descabe, nesse contexto, o rigorismo formal almejado pelo impetrante, porquanto indubitável e inequívoca a intenção das vítimas em ver o paciente processado e responsabilizado criminalmente, afigurando-se alcançada, como corolário, a finalidade precípua da representação.

Nesse diapasão, giza Nucci[2], *a representação prescinde de qualquer formalidade. O ofendido pode comparecer à delegacia, registrar a ocorrência e manifestar expressamente, no próprio boletim, por exemplo, o seu desejo de ver o agressor processado. Pode ainda, ser ouvido em declarações e, mesmo que não diga expressamente o termo 'representação', é cabível deduzir-se o seu intento de modo como se refere ao ofensor. Assim, a vítima que deixe nítida sua vontade de ser feita justiça ou de que o agente responda pelo que lhe causou está, na prática, exercendo seu direito de representação.*

2 NUCCI, Guilherme de Souza.*Código Penal Comentado.* 11ed. - São Paulo: RT, 2012, f.158

3. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal.*19 ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, f. 170-171.

De semelhante tom Capez[3], destaca que *o STF e outros tribunais, por sua vez, têm declarado a desnecessidade de formalismo na representação (RTJ, 112/1093 e 116/777; STF 2ª T., HD 88.274/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 22-2- 2007, 8 jun. 2007, p. 46), admitindo como tal simples manifestações de vontade da vítima, desde que evidenciadoras da intenção de que seja processado o suspeito.*

Nesse pórtico, a construção emanada do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Pátrios:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.*
>
> *1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL – MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR.*
>
> *2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT – EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.*
>
> *3. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE – REPRESENTAÇÃO – FORMALIDADE – DESNECESSIDADE – DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DO INTERESSE DE VER APURADA A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO FATO.*
>
> *4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...].*
>
> *3.* ***De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a representação necessária a instauração da ação penal pública condicionada não necessita obedecer qualquer regramento formal, podendo ser apresentada verbalmente ou por escrito, bastando a demonstração clara do interesse do ofendido em ver apuradas a autoria e materialidade do fato contra ele praticado. Precedentes.***
>
> ***4. No caso, destacou o Tribunal de Justiça que a vítima compareceu à repartição policial, expondo sua intimidade, no sentido de que se tomassem as providências cabíveis, demonstrando a intenção de prosseguir com a apuração criminal, o que é suficiente para tornar legítima a atuação do Ministério Público Estadual, sem prejuízo de verificação posterior, no curso da ação penal, da verdadeira motivação da representação, bem como da veracidade ou idoneidade dos fatos relatados para a caracterização do crime.***
>
> ***5. Habeas corpus não conhecido.*** *(STJ; HC 229.513; Proc. 2011/0310938-2; MS; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; Julg. 04/10/2012; DJE 15/10/2012)*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – CRIME DE LESÃO CORPORAL COMETIDO NO ÂMBITO DOMÉSTICO – LEI MARIA DA PENHA – AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADI 4.424/DF – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424/DF, firmou o entendimento no sentido da desnecessidade de representação da vítima nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no âmbito familiar, por se tratar de ação penal pública incondicionada.*
>
> *2. Ainda que assim não fosse,* ***conforme orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça, nos crimes de ação penal pública condicionada não se exige formalidade específica para a representação, bastando a manifestação inequívoca da vítima de ver apurado o fato delitivo****, o que ocorreu na espécie.*

3 CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal.19 ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, f. 170-171.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg-REsp 1.308.777; Proc. 2012/0042157-8; CE; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; Julg. 16/08/2012; DJE 03/09/2012)

APELAÇÃO CRIMINAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL CULPOSA – CONDENAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – DOSIMETRIA – DESPROPORCIONALIDADE – PENA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COMINADO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – READEQUAÇÃO – RECONHECIMENTO DE PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DE MENORIDADE RELATIVA SOBRE AS AGRAVANTES. IMPOSSIBILIDADE – MINORANTE PERTINENTE À TENTATIVA – ITER CRIMINIS. ETAPAS PERCORRIDAS DE MODO A AUTORIZAR A DIMINUIÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA – CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO – TESE DE FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA VÍTIMA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – DE OFÍCIO READEQUADA A PENA DO DELITO DE LESÃO CORPORAL CULPOSA. A pena-base, para ser fixada, deve obediência às circunstâncias judiciais. Aquela estabelecida acima do mínimo legal e para a qual se pede modificação de aumento, se não possível, é permitida a readequação condizente com o mínimo legal cominado, ainda que dentro do recurso interposto pela justiça pública. O magistrado cometeu um equivoco ao compensar duas agravantes por uma atenuante, devendo que exasperado a pena nesta fase, contudo em decorrência da proibição da reformatio in pejus, deve-se manter a interpretação do juízo a quo, nesta instância. Quanto mais próximo do aperfeiçoamento do resultado homicida pretendido consoante as circunstâncias do fato, menor deve ser a fração de diminuição da pena no que se refere ao flagitium. ***Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que a representação prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima em autorizar a persecução criminal.*** *(TJMT; APL 96102/2011; Colíder; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Rui Ramos Ribeiro; Julg. 13/03/2012; DJMT 10/04/2012; Pág. 56)*

HABEAS CORPUS – LESÃO CORPORAL CULPOSA PRATICADA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (LEI N. 8.503/97, ART. 303, CAPUT) – PRETENSO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DAS VÍTIMAS (LEI N. 9.099,95, ART. 88). INOCORRÊNCIA – DELITO SUPOSTAMENTE COMETIDO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL – CIRCUNSTÂNCIA LEGAL QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL (CTB, ART. 291, §1º, I) – VÍTIMAS QUE SE SUBMETEM AO EXAME DE LESÕES CORPORAIS E REGISTRAM BOLETIM DE OCORRÊNCIA – REQUISITOS DO ART. 39, DO CPP, PREENCHIDOS – REPRESENTAÇÃO CARACTERIZADA – ATO QUE DISPENSA RIGORES DE FORMALIDADE – ORDEM DENEGADA.

I. Não obstante o art. 88, da lei n. 9.099/95 determinar que "além das hipóteses do código penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas", é cediço que a aludida legislação não se aplica aos casos em que o agente estiver "sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência" (CTB, art. 291, §1º, i). Desse modo, em havendo narrativa fática na exordial acerca da eventual constatação de embriaguez do acusado por parte dos agentes estatais, não há falar-se em necessidade de representação, haja vista a hipótese peculiar de não aplicação da lei nº 9.099/95 ao crime de lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor (ctb, art. 303, caput). ii. Ademais, ainda que assim o fosse, ***o fato de as vítimas, além de realizarem o exame de corpo de delito, comparecem perante a autoridade policial e lá registrarem boletim de ocorrência, é suficiente para caraterizar a representação legal exigida (CPP, art. 39), haja vista que "a representação, condição de procedibilidade exigida nos crimes de ação penal pública condicionada, prescinde de rigores formais, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal no sentido de que se promova a responsabilidade penal do agente, como evidenciado, in casu, com a notitia criminis levada à autoridade policial, materializada no boletim de ocorrência. ".*** *(stj, hc n. 13000/sp, rela. Mina. Laurita*

vez, j. Em 13-82009). (ap. Crim n. 2010.037317-9, de são josé, desta relatora, j. Em 25-8-2010). (TJSC; HC 2011.048207-9; Balneário Camboriú; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Salete Silva Sommariva; Julg. 25/07/2011; DJSC 08/08/2011; Pág. 405)

AÇÃO PENAL – CRIME DE TRÂNSITO – LESÃO CORPORAL CULPOSA – REPRESENTAÇÃO – DESNECESSIDADE DE FORMALIDADE ESPECIAL – MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VÍTIMA EM VER O AUTOR DO DELITO PROCESSADO – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. A representação da vítima não exige formalidade especial, bastando que conste nos autos a manifestação inequívoca de que pretende ver processado o autor do delito. (TJSC; RCR 2008.007905-4; Campos Novos; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Irineu João da Silva; DJSC 30/04/2008; Pág. 225)

Diverso não se verificou o posicionamento adotado neste Sodalício no julgamento do Habeas Corpus nº 0602737-97.2012.8.12.0000, ao frisar: *Em ações penais públicas condicionadas a representação prescinde de qualquer formalidade, bastando que a vítima deixe nítida sua vontade de fazer justiça e ver processado o agente pelo mal causado.*

No tocante ao prequestionamento, mister ressaltar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte Estadual de Justiça[4]:

(...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do habeas corpus em tela, mas denego a ordem almejada.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, denegaram a ordem nos termos do voto do Relator.

Presidência do (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Zaloar Murat Martins de Souza. Relator (a), o (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Jairo Roberto de Quadros

Tomaram parte no julgamento os (as) Exmos (as). Srs (as). Des. Jairo Roberto de Quadros, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 18 de junho de 2021.

***

4 Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

2ª Seção Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Mandado de Segurança Criminal n.º 1406549-36.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ART. 28-A DO CPP – LEI Nº 13.964/19 – PROPOSTA NÃO OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – AUDIÊNCIA DESIGNADA SEM A ANUÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL – INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 28-A, § 14, DO CPP – PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – COM O PARECER, SEGURANÇA CONCEDIDA.

O acordo de não persecução criminal, previsto no art. 28-A, do CPP e que foi incluído pela Lei n.º 13.964/2019 (pacote anticrime), consubstancia-se em instituto do direito penal desencarcerador, que amplia as possibilidades anteriormente existentes de realização de acordo com o Ministério Público, devendo preencher alguns requisitos. Trata-se, pois, de prerrogativa conferida ao Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe a sua análise e proposta, desde que preenchidas as exigências legais.

Como corolário, verificando-se recusa do Ministério Público, incabível se afigura a designação de audiência para a proposta de não persecução penal, máxime considerando que em situações desse jaez compete à parte interessada (investigado) pleitear a remessa dos autos à superior instância do órgão ministerial, consoante artigos 28 e 28-A, § 14, do CPP.

Com o parecer, segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, com o parecer, ratificaram a liminar e concederam a segurança.

Campo Grande, 14 de abril de 2021.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público contra ato do Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, aduzindo, em suma, que nos autos nº 0006343-38.2019.8.12.0001 foi deferido pedido de celebração de acordo de não persecução penal do acusado W. R. D., com designação de audiência para apresentação da correspondente proposta, mesmo após a manifestação contrária do titular da ação penal.

A liminar foi deferida (fls. 112-116), ocasião em que restou determinada a notificação da autoridade impetrada, bem como a citação do réu da ação originária para integrar a relação processual como litisconsorte passivo.

O réu, localizado, permaneceu inerte, consoante certidão formalizada à fl. 129. Nomeada a Defensoria Pública para patrocinar os interesses do réu, a mesma indicou que nos autos principais o réu já era defendido pelo advogado que constituíu F. D. P. V. C., conforme petição e instrumento de procuração de fls. 89-90.

Ato contínuo, ordenada a intimação do aludido causídico, o mesmo não se manifestou, consoante certificado à fl. 163, trazendo a lume sua livre opção a respeito, bem como a de seu constituinte.

Assim, inclua-se em pauta.

Cumpra-se.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público Estadual contra ato do Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, aduzindo, em suma, que nos autos nº 0006343-38.2019.8.12.0001 foi deferido pedido de celebração de acordo de não persecução penal do acusado W. R. D., com designação de audiência para apresentação da correspondente proposta, mesmo após a manifestação contrária do titular da ação penal.

Informa tratar-se de feito em que se imputa ao acusado condução do veículo automotor Lifan/530, de placa QAD 2425, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, pela Avenida Gury Marques, ocasião em que culminou por colidir na traseira do veículo Fiat/Idea, placa PFE-5976. O teste do etilômetro resultou em 1,04 miligramas de álcool por litro de ar alveolar.

Prossegue que a denúncia foi recebida, e, em resposta preliminar, o acusado formulou pedido de celebração de acordo de não persecução penal, ocasião em que, instado, manifestou-se contrariamente o Ministério Público, por entender que o novo instituto é norma processual irretroativa, aliando-se a necessidade de se observar a necessidade e suficiência para a reprovabilidade do crime. Acresce que, apesar disso, foi favorável ao pleito de suspensão condicional do processo.

O magistrado deferiu o pleito, e, sem remeter os autos, designou audiência para a data de 10/06/2020 visando à celebração do acordo, infringindo direito líquido e certo do titular da ação penal.

Ademais, destaca, refere-se à possibilidade legal de celebração de acordo de não persecução penal, e não a celebração de acordo de não continuidade da ação penal, como pretende no presente caso, em que o processo já se encontra com denúncia recebida.

Obtempera que o magistrado, em assim procedendo, usurpa a função Ministerial, a quem cabe decidir pela proposta ou não do acordo.

Prossegue destacando o posicionamento que reputa aplicável ao caso presente, cita julgados e culmina por pleitear a concessão de liminar, para o fim de sustar os efeitos da decisão, e, ao final, a concessão definitiva da segurança pleiteada.

A liminar foi deferida, manifestou-se a autoridade impetrada e, a seguir, posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela concessão da segurança.

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

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

Por direito líquido e certo entende-se aquele determinado em seus contornos, comprovável de plano, que não exige dilação probatória.

Discorrendo sobre a matéria, giza Hely Lopes Meireles: *Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.*[1]

No caso em tela, a relevância do fundamento emana da Lei nº 13.964, de 24/12/2019, que tem por escopo aperfeiçoar a lei penal e processual penal, e, nesse sentido, introduziu no ordenamento o instituto do acordo de não persecução penal (ANPP), acrescentando o art. 28-A ao Código de Processo Penal, que passou a vigorar nos seguintes termos:

> *Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:*
>
> *I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;*
>
> *II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm - art3
>
> *III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art.46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.*
>
> *IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou*
>
> *V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm - art3

E, ainda:

> *§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm - art3
>
> *(....)*
>
> ***§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código**. (destaquei)*

Nesse contexto, exsurge que, inexistindo na origem proposta por parte do Ministério Público neste particular, possível se afiguraria requerimento de remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, não a imediata designação e realização de audiência nos moldes pretendidos.

1 (Mandado de Segurança, 27ª ed., São Paulo : Malheiros, 2004, p. 36-37)

Trata-se, destarte, de um novo instituto do direito penal que amplia as possibilidades anteriormente existentes de realização de acordo com o Ministério Público, cabível, todavia, até o oferecimento da denúncia.

Note-se:

> *Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o* ***investigado*** *confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:*
>
> *(...) § 3º - O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público,* ***pelo investigado*** *e por seu defensor.*
>
> *(...) § 8º* ***Recusada a homologação, o juiz devolverá*** *os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações* ***ou o oferecimento da denúncia.***
>
> *(...) § 10.* ***Descumpridas*** *quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal,* ***o Ministério Público deverá comunicar*** *ao juízo,* ***para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia****.*

O acordo de não persecução criminal, previsto no art. 28-A, do CPP e que foi incluído pela Lei n.º 13.964/2019 (pacote anticrime), consubstancia-se em instituto do direito penal desencarcerador, que amplia as possibilidades anteriormente existentes de realização de acordo com o Ministério Público, devendo preencher alguns requisitos, sendo eles: o investigado tiver confessado a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, primariedade, não ter sido beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, não ter cometido o crime no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra mulher em razão da condição de sexo feminino.

Ademais, não é um direito subjetivo do acusado, mas sim uma faculdade do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe a sua análise e proposta, desde que preenchidos os requisitos legais.

Gize-se:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ART. 28-A DO CPP – "PACOTE ANTICRIME" – LEI Nº 13.964/19 – ACORDO NÃO OFERECIDO PELO ÓRGÃO MINISTERIAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – AUDIÊNCIA DESIGNADA SEM A ANUÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL – INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 28-A, § 14, DO CPP – SEGURANÇA CONCEDIDA.*
>
> *I – Faz jus ao acordo de não persecução penal o indiciado que atende aos requisitos indicados no art. 28-A do Código de Processo Penal, mediante proposta a ser oferecida pelo Ministério Público.*
>
> *II – O não oferecimento de acordo pelo órgão ministerial faculta ao indiciado postular a remessa dos autos à instância superior, nos termos dos artigos 28 e 28-A, § 14, do CPP.*
>
> *III – Com o parecer, concede-se a segurança. (TJMS, Terceira Câmara Criminal, Mandado de Segurança 1414203-74.2020.8.12.0000, Relator Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva)*
>
> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – VEDADO AO JUIZ DETERMINAR SUA REALIZAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA.*

A Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) introduziu o art. 28-A ao Código de Processo Penal, permitindo ao Ministério Público propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

O acordo de não persecução penal deve resultar da convergência de vontades, sendo necessária a participação ativa das partes, portanto, não se trata de direito subjetivo do acusado, não sendo possível o juiz determinar sua realização. Mesmo que o investigado preencha os requisitos estabelecidos pelo art. 28-A, do CPP, não pode o juiz conceder o referido instituto, substituindo a atuação ministerial, tendo em vista a privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público.

Havendo recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, conforme prevê o art. 28-A, § 14, do CPP.

Segurança concedida. (TJMS, Segunda Seção Criminal, Mandado de Segurança n.1409982-48.2020.8.12.0000, Relator Magistrado Waldir Marques)

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DO JUIZ QUE VISA COMPELIR O MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU A OFERECER ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL MESMO APÓS ESTE TER MANIFESTADO DESINTERESSE – AFRONTA AO RITO DO ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – SEGURANÇA CONCEDIDA. O regime do acordo de não persecução penal estatuído pela lei penal processual permite que o investigado ou acusado, no caso de recusa do promotor de justiça de oferecer a proposta, postule ao órgão superior do Ministério Público um reexame da matéria ou seja, este órgão superior pode, discordando do promotor de justiça, propor o acordo de não persecução penal.

No caso vertente, os documentos acostados ao presente writ demonstram que autoridade impetrada sequer intimou a defesa para manifesta-se sobre a petição do Ministério Público de primeira instância que consignou o desinteresse na celebração de acordo de não persecução penal, deixando de cumprir o § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal. Nesse contexto, a designação de audiência para impelir o membro do Ministério Público de primeira instância a propor o acordo de não persecução penal, mesmo após este já ter manifestado expressamente o desinteresse, constitui ato ilegal. (TJMS, Segunda Seção Criminal, Mandado de Segurança n. º 1406847-28.2020.8.12.0000, Relator Des. Jonas Hass Silva Junior)

Acresça-se o teor da Súmula 696 do STF, ao espelhar que "*Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.*"

Como corolário, verificando-se recusa do Ministério Público, incabível se afigura a designação de audiência para a proposta de não persecução penal, máxime considerando que em situações desse jaez compete à parte interessada (investigado) pleitear a remessa dos autos à superior instância do órgão ministerial.

Ante o exposto, com o parecer, ratifico a liminar e concedo a segurança, para o fim de tornar sem efeito a decisão que designou audiência com o propósito de oferecer acordo de não persecução penal ao investigado, determinando, como corolário, o regular prosseguimento à ação penal.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, ratificaram a liminar e concederam a segurança.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Jonas Hass Silva Júnior, Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 14 de abril de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal n.º 0000238-74.2017.8.12.0014 - Maracaju

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – DESOBEDIÊNCIA – RECURSO DA DEFESA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – REJEITADO QUANTO AO TRÁFICO E ACOLHIDO QUANTO À DESOBEDIÊNCIA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – MANTIDA A MAJORANTE DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Comprovada a materialidade e a autoria do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, descabe o acolhimento do pedido de absolvição por insuficiência de provas.

O desrespeito à ordem policial de parada é conduta punida como infração administrativa, com fundamento no art. 195 do Código de Trânsito. Por essa razão, com esteio no princípio da intervenção mínima, deve ser mantida a sentença absolutória referente à acusação de desobediência (art. 330 do CP).

Pertinente a redução da pena-base, com afastamento do desvalor conferido às circunstâncias do crime, considerado que o fundamento utilizado na sentença para considerar a conduta do réu mais reprovável (valer-se da condição de advogado para intimidar os policiais), não se mostrou adequado a partir da análise dos relatos das testemunhas que atuaram no momento do flagrante.

Para a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06, é desnecessária a efetiva comprovação da transposição de fronteiras entre estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual, à luz do entendimento jurisprudencial sacramentado na súmula 587, do Superior Tribunal de Justiça.

Como a pena de reclusão é superior a 4 anos, não cabe neste caso a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerado o disposto no art. 44 do Código Penal.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, fixo o semiaberto, tendo em conta a quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (art. 33, § 3º, do Código Penal). Nesse ponto, o fundamento utilizado na sentença para estabelecer o regime fechado não se sustenta na medida em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 35 DA LEI N. 11.343/06 – REJEITADO – AFASTAMENTO DA REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – ACOLHIMENTO – PEDIDO DE PRISÃO DE UM DOS RECORRIDOS – REJEITADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Uma vez que não há nos autos prova que de forma induvidosa indique a existência de vínculo estável e permanente entre o recorrido e terceiros não identificados para a prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, justifica-se a absolvição referente ao crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei de Drogas).

Como há nos autos dados concretos que indicam a integração dos réus a atividades criminosas, merece provimento o recurso do Ministério Público nesta parte a fim de que seja afastada aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

No tocante à necessidade da prisão de um dos sentenciados, não trouxe o Ministério Público fundamento plausível nesse sentido, não sendo o fato de ter o réu respondido preso ao processo fundamento bastante para restabelecer a segregação cautelar.

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, em parte com o parecer, deram parcial provimento aos recursos defensivos, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor, e parcial provimento ao recurso acusatório, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Vogal.

Campo Grande, 22 de junho de 2021.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público Estadual e por A. P. A. e M. M. T. contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracaju que condenou o primeiro à pena de 5 anos e 7 meses de reclusão e 556 dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e que condenou o segundo à pena de 7 anos de reclusão e 695 dias-multa pela autoria desse mesmo fato típico, bem como à pena de 15 dias de detenção por incorrer na conduta prevista no art. 330 do Código Penal.

O Ministério Público Estadual pede a condenação dos réus pela prática do crime de associação para o tráfico, bem assim pelo afastamento da redutora do tráfico privilegiado. Pugna, ainda, pela expedição de mandado de prisão em relação ao réu Alison Pereira Araújo (f. 531-547).

Quanto ao apelo defensivo, especificamente com relação a A. P. A., requer-se a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar de 2/3, o afastamento da majorante da interestadualidade e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com relação a M. M. T., pugna pela absolvição relativamente ao tráfico de drogas e ao crime de desobediência. Subsidiariamente, pede-se a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar de 2/3, o afastamento da majorante da interestadualidade e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (f. 579-609).

Contrarrazões pelo desprovimento (f. 616-645 e 673-707).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo provimento do apelo ministerial e pelo não provimento do recurso defensivo (f. 649-668).

É o Relatório. À Revisão.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público Estadual e por A. P. A. e M. M. T. contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Maracaju que condenou o primeiro à pena de 5 anos e 7 meses de reclusão e 556 dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e que condenou o segundo à pena de 7 anos de reclusão e 695 dias-multa pela autoria desse mesmo fato típico, bem como à pena de 15 dias de detenção por incorrer na conduta prevista no art. 330 do Código Penal.

O Ministério Público Estadual pede a condenação dos réus pela prática do crime de associação para o tráfico, bem assim pelo afastamento da redutora do tráfico privilegiado. Pugna, ainda, pela expedição de mandado de prisão em relação ao réu Alison Pereira Araújo (f. 531-547).

Quanto ao apelo defensivo, especificamente com relação a A. P. A., requer-se a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar de 2/3, o afastamento da majorante da interestadualidade e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com relação a M. M. T., pugna pela absolvição relativamente ao tráfico de drogas e ao crime de desobediência. Subsidiariamente, pede-se a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar de 2/3, o afastamento da majorante da interestadualidade e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (f. 579-609).

Contrarrazões pelo desprovimento (f. 616-645 e 673-707).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo provimento do apelo ministerial e pelo não provimento do recurso defensivo (f. 649-668).

De acordo com a denúncia:

> *"Consta nos inclusos autos, que no dia 13 de janeiro de 2017, por volta das 19h50min, na Rodovia MS 164, km 14, Distrito de Vista Alegre, os denunciados, associados para a prática delitiva, traziam consigo drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*
>
> *Outrossim, no mesmo dia, hora e local acima citados, o denunciado M. M. T. desobedeceu a ordem legal de funcionário público.*
>
> *Infere-se do caderno de investigação, que Policiais Militares realizavam fiscalização de rotina na rodovia supracitada, oportunidade em que foi dada ordem de parada ao veículo Fiat Palio, placas JEH-4109 de Brasília/DF, que era conduzido pelo denunciado M. M. T., tendo como passageiro o denunciado A. P. A.*
>
> *Consta que, o denunciado M. M. T., que conduzia o veículo, desobedeceu a ordem de parada emanada pelos policiais, oportunidade em que foi realizado o acompanhamento tático do veículo.*
>
> *Durante o acompanhamento, os policiais constataram que o denunciado A. arremessou tabletes na rodovia e uma mochila da cor preta para fora do veículo.*
>
> *Nesta senda, a Guarnição da Polícia Rodoviária Militar seguiu os denunciados até o Distrito de Vista Alegre, ocasião em que obteve êxito em abordar o veículo e deter os denunciados.*
>
> *Com efeito, foram recuperados os tabletes dispensados pelo denunciado A., bem como a mochila, sendo que no veículo os policiais localizaram uma sacola azul contendo mais 04 (quatro) tabletes de substância análoga à pasta base de cocaína.*
>
> *Outrossim, somando-se os tabletes arremessados pelos denunciados durante a fuga na rodovia e os apreendidos dentro do veículo, constatou-se que os denunciados traziam 06 (seis) tabletes de cocaína pesando 5,800 kg e 04 (quatro) tabletes de maconha pesando 5,000 kg, totalizando pouco mais de 10 kg, conforme laudo de constatação preliminar à f. 35*".

Recurso da defesa

Pedido de absolvição de M. M.T.

Quanto ao tráfico de drogas

M. M. T. afirma que não há nos autos prova plena que ateste seu envolvimento com o crime de tráfico de drogas. A tal efeito sustenta que não sabia da existência de drogas no veículo, que obedeceu à ordem de parada policial por exatamente não desconfiar do transporte de entorpecentes realizado pelo corréu Alison e que os depoimentos dos policiais não são coerentes entre si.

Tenho que não lhe assiste razão.

A materialidade do crime está demonstrada, sobretudo, a partir dos laudos periciais que atestam a apreensão de maconha e cocaína (f. 57-61 e 125-128).

Quanto à autoria atribuída ao recorrente, o conjunto da prova produzida durante a persecução penal indica seguramente sua conduta voluntária e consciente dirigida à consumação do delito de tráfico de drogas.

Os depoimentos dos policiais militares, ao contrário do que foi pontuado pela defesa, é coeso no sentido de que tanto M. como A. foram abordados em duas oportunidades, a primeira delas quando se dirigiam à fronteira com o Paraguai e, depois, no caminho de volta. Foi destacado que o motivo apresentado para a viagem seria a realização de uma cobrança de honorários e que M. havia se apresentado como sendo advogado. Apesar da desconfiança inicial, considerado o contexto fático, foi permitido aos recorrentes que seguissem viagem.

Quando do retorno, o relato dos policiais é no sentido de que M., condutor do veículo, desrespeitou ordem de parada e que, durante a perseguição, 1 bolsa e tabletes de maconha foram atirados à rodovia pela janela do automóvel. A abordagem foi concluída no Distrito de Vista Alegre. M., que se identificou como advogado, estava muito alterado, dizia que não podia ser preso ali, que era de Brasília-DF e que não permitia manifestações por parte do corréu A. dizendo “deixa que eu falo”. Além das porções de maconha atiradas à rodovia foram localizados 4 tabletes de cocaína no banco de trás do veículo em uma sacola.

O recorrente sustenta que não houve ordem de parada e que os policiais simplesmente emparelharam a viatura apontando-lhe arma de fogo, determinarando a parada. Ocorre que não apresentou justificativa plausível para a suposta adoção desse incomum procedimento. Não há notícia nos autos indicativa da existência de animosidade anterior entre ele e os policiais, tampouco motivo para suspeitar de um hipotético flagrante preparado.

Apesar de negar conhecimento sobre a existência de drogas no veículo que conduzia, fato é que houve a localização de 4 tabletes de cocaína no interior do automóvel em uma sacola que estava sobre o banco traseiro, conforme descrição dos policiais ouvidos em juízo.

Como bem destacado na sentença, o apelante não fez prova da alegação de que sua ida até Ponta Porã tinha como motivo a cobrança de honorários advocatícios, além do que é pouco crível alguém percorra mais de 1.000 km para receber um valor que nem mesmo foi especificado durante o interrogatório. Saliento que no auto de apreensão não há registro de apreensão de valores ou títulos (f. 30-31).

A propósito, embora por si só não seja um argumento para amparar um decreto condenatório, é pouco provável que alguém que não tem o hábito de visitar o Estado de Mato Grosso do Sul se valha da Rodovia Estadual MS-164 para ir até a fronteira com o Paraguai, sendo muito mais comum por visitantes a utilização da rodovia federal BR-163, que é mais bem pavimentada e fiscalizada. Bem foi apontado na sentença que a via estadual é a preferida para o transporte de produtos ilícitos, em especial cigarros e entorpecentes (f. 445).

É igualmente de pouca credibilidade o argumento de que M., ao ver A. atirar à estrada um saco do tamanho de um monitor de computador, como ele mesmo disse em seu interrogatório, pensou se tratar de lixo.

Desfazer-se de lixo, além de ser algo perfeitamente realizável antes do início da viagem, ou mesmo em uma parada, não é procedimento seguro a se fazer em alta velocidade. Ademais, isso tudo foi realizado quando já havia uma perseguição policial, como afirmado acima.

Enfim, o recorrente conduzia um automóvel que, segundo ele, pertencia à sua irmã, não sendo provável que não soubesse da existência de toda a carga de droga de maconha e pasta base de cocaína que estava logo atrás dele. Trata-se de uma advogado que durante seu interrogatório intitulou-se criminalista especializado em casos de tráfico de drogas, sendo improvável que não tivesse uma mínima ideia do que era transportado por ele.

De todo o exposto, concluo que há nos autos elementos de prova suficientes para justificar e manter a sentença penal condenatória. Os argumentos apresentados pelo recorrente, além de carentes de comprovação nos autos, pela inconsistência não infirmam os elementos de convencimento que aparelharam a tese acusatória.

Assim, não merece acolhida o pleito absolutório quanto ao tráfico de drogas.

Quanto à desobediência

No tocante à condenação por desobediência, embora respeitável a posição sustentada pelo juízo, considero ser atípica a conduta de inobservar ordem de parada emitida por policial no exercício de sua atividade finalística.

Com efeito, entendo que o desrespeito à ordem policial de parada é conduta punida como infração administrativa, com fundamento no art. 195 do Código de Trânsito.

Por essa razão, com esteio no princípio da intervenção mínima, concluo que o caso sob análise não envolve a consumação do delito de desobediência, previsto no art. 330 do CP.

Esta Câmara já decidiu neste sentido:

> *APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – DESOBEDIÊNCIA – ORDEM DE PARADA DESRESPEITADA – CONDUTA ATÍPICA – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – NÃO PROVIMENTO. Desobedecer ordem policial de parada constitui infração administrativa, sendo fato penalmente atípico, havendo de se manter a absolvição do agente ante a prática do crime de desobediência, em homenagem ao princípio da fragmentariedade. Apelação ministerial a que se nega provimento, mantendo-se a absolvição em razão da atipicidade da conduta de desobedecer ordem de parada. (TJMS. Apelação n. 0000672-89.2014.8.12.0007, Cassilândia, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 24/10/2016, p: 15/12/2016)*

Da prova colhida ao longo da persecução penal constato que a ordem de parada dirigida ao recorrente em rodovia emanou de policiais no exercício de sua função de segurança ostensiva e preventiva.

Assim, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta a ele imputada.

Pedido de redução de pena

Enquanto que o apelante A. teve a pena-base fixada no mínimo legal, o recorrente M. teve sua reprimenda na primeira fase da dosimetria estabelecida em 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa.

De acordo com a sentença, as circunstâncias do crime foram valoradas em desfavor de M. na medida em que este "*se valeu de sua condição de advogado para intimidar os policiais militares responsáveis pela diligência e evitar o regular desenvolvimento da persecução penal"* (f. 450).

O recorrente considera descabida a exasperação da pena com base nesse fundamento.

Tenho que lhe assiste razão.

As circunstâncias do crime consistem em elementos acidentais que não integram a estrutura do tipo mas envolvem a prática do delito, podendo torná-lo mais reprovável.

No caso em análise, dos depoimentos dos policiais foi possível extrair que o recorrente estava nervoso e agitado, procurando a todo tempo encontrar nos bolsos de sua calça a sua carteira de identidade de advogado. Foi mencionado também que o apelante não queria ser preso ali, tendo inclusive mencionado, segundo os policiais, que não seria preso em região de "caipiras".

Entretanto, desses relatos não se constata em momento algum que os policiais sentiram-se desestimulados a desempenharem seus papéis no momento do flagrante. Ao contrário, consta que os agentes estatais atuaram ativamente para conter o apelante em seu momento de exaltação.

À parte dos motivos que levaram o apelante a se comportar da forma como foi relatada na audiência de instrução, entendo que essa peculiaridade no conjunto dos fatos não tornou a ação mais reprovável a ponto de justificar aumento da pena-base, ainda mais em 15 meses de reclusão.

Dessa forma, concluo pela impertinência da negativação das circunstâncias do crime no caso concreto.

Por consequência, a pena-base relativa ao apelante M. deve ser reduzida ao mínimo legal.

Pedido de afastamento da majorante do art. 40, V, da Lei n. 11.343/06

O Superior Tribunal de Justiça, no Enunciado 587 da Súmula de Jurisprudência, pacificou o entendimento de que "para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual".

A prova dos autos indica que os apelantes levariam a droga até Brasília-DF. Assim, é pertinente o aumento de pena amparado no art. 40, V, da Lei n. 11.343/06.

Saliento que o princípio da anterioridade não é invocável em favor do apelante no que toca ao entendimento sumular que, vale dizer, não é lei, mas interpretação de lei já vigente à época dos fatos descritos na denúncia.

Dessa forma, deve ser mantida a aplicação da majorante.

Recurso do Ministério Público

Pedido de condenação pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas

O Ministério Público sustenta que, ao contrário da sentença, há prova suficiente de que os recorridos estavam associados para o tráfico de drogas.

Nos termos do art. 35 da Lei n. 11.343/06, 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.

A prova dos autos indica que os recorridos foram presos em flagrante enquanto transportavam drogas. Todavia, não confere a necessária certeza que as pessoas ali flagradas estavam vinculadas de forma estável e perene para a prática desse crime.

Com efeito, não há notícia de que houve uma investigação preliminar conclusiva no sentido de permitir concluir que os recorridos desenvolviam com habitualidade a atividade ilícita no local, muito menos que entre eles havia um liame perene e estável dirigido ao tráfico.

Há precedente desta Corte nesse mesmo sentido:

> *EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ABSOLVIÇÃO DE TODOS OS RÉUS POR FALTA DE PROVAS PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO DE UMA DAS RÉS PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PARCIALMENTE PROVIDOS. (...) Absolvição. O crime de associação ao tráfico, não restou configurado nos autos. A sentença condenatória é genérica acerca das provas que ampararam a referida conduta típica prevista no art. 35 da Lei n. 11.343/2005. Para que se configure a conduta de associação ao tráfico, é necessário a reunião específica de duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar as condutas previstas nos artigos 33 e 34 da Lei Antidrogas de forma estável e duradoura. Não houve prévia investigação ou qualquer outra providência hábil a reunir elementos de forma a configurar o crime previsto no art. 35 da Lei Antidrogas.* (...) (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0014192-34.2014.8.12.0002, Dourados, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 21/06/2017, p: 04/07/2017)

Destarte, no que toca ao delito de associação, existe nos autos apenas uma suposição de que A. e M. estavam ligados entre si para, naquele local e de forma não ocasional, praticarem o crime de tráfico de drogas, o que é insuficiente para uma condenação.

Assim, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, deve ser mantida a absolvição dos réus quanto ao delito do art. 35 da Lei de Drogas.

Pedido de afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06

O Ministério Público sustenta não estarem presentes os requisitos legais para a redução de pena com fundamento no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Tenho que lhe assiste razão.

O art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, estabelece que as penas do *caput* poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3 desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Trata-se de minorante fundada em razões de política criminal e que visa a beneficiar o pequeno traficante, aquele que ainda não está profundamente envolvido com o mundo do crime e que pelas circunstâncias merece uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

Em que pese o fato de serem os apelados primários e de bons antecedentes, a variedade e a quantidade de droga apreendida, somadas ao contexto da apreensão e ao modo de transporte da droga evidenciam a dedicação de ambos a atividades criminosas.

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4° DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. O aumento da pena-base em 2 anos não se mostra, no caso, excessivo, desarrazoado ou desproporcional, tendo em vista a elevada gravidade da conduta do agravante, com o qual foram apreendidos 43kg de maconha e 2kg de pasta-base de cocaína. Precedentes.*

2. O acórdão recorrido negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em face da quantidade e variedade da droga apreendida, bem como as circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividades criminosas. Esse entendimento está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte e a sua reforma constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente exame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Precedentes.

3. A quantidade, variedade e a natureza da droga apreendida demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

4. Considerando a pena aplicada, em patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal - CP.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 573.134/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020)

Como mencionado, os réus foram presos em flagrante enquanto transportavam 5,8 kg de pasta base de cocaína e 5 kg de maconha em automóvel por eles conduzido com destino ao Distrito Federal em um contexto fático de todo suspeito.

Como há nos autos dados concretos que indicam a integração do apelante a atividades criminosas, merece provimento o recurso do Ministério Público nesta parte a fim de que seja afastada aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Diante desse entendimento, fica prejudicada a análise do pedido da defesa relacionado ao patamar de redução desta minorante.

Da nova dosimetria

Diante dos fundamentos acima expostos, faz-se necessário readequar as penas aplicadas.

M. M. T.

A pena-base foi reduzida a 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Não há atenuantes ou agravantes a considerar na segunda fase.

Na terceira fase deve ser aplicada a majorante do art. 40, V, da Lei n. 11.343/06. Considerado o patamar de 1/3 utilizado na sentença, a pena definitiva passa a ser de 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa.

Como a pena de reclusão é superior a 4 anos, não cabe neste caso a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerado o disposto no art. 40 do Código Penal.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, fixo o semiaberto, tendo em conta a quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (art. 33, § 3º, do Código Penal). Nesse ponto, anoto que o fundamento utilizado na sentença para estabelecer o regime fechado não se sustenta na medida em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

A. P. A.

A pena-base foi reduzida a 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Não há agravantes a considerar na segunda fase. Embora tenha confessado a prática delitiva, não é possível fixar a pena intermediária aquém do mínimo legal, conforme enunciado n. 231 da Súmula de Jurisprudência do STJ.

Na terceira fase deve ser aplicada a majorante do art. 40, V, da Lei n. 11.343/06. Considerado o patamar de 1/3 utilizado na sentença, a pena definitiva passa a ser de 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa.

Como a pena de reclusão é superior a 4 anos, não cabe neste caso a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerado o disposto no art. 44 do Código Penal.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, fixo o semiaberto, tendo em conta a quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (art. 33, § 3º, do Código Penal). Nesse ponto, anoto que o fundamento utilizado na sentença para estabelecer o regime fechado não se sustenta na medida em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Pedido de prisão preventiva de A. P. A.

Consta da sentença que ao sentenciado A. P. A. foi concedido o direito de recorrer da condenação em liberdade. O fundamento utilizado pelo juízo foi o de isonomia em relação ao corréu que estava solto por ser advogado e por não haver local condizente com determinações legais para mantê-lo preso cautelarmente.

O Ministério Público pede a prisão de A. ao argumento de que a justificativa de igualdade não é idônea e que o regime de custódia deveria ser compatível com o regime de pena fixado na sentença.

Tenho que não lhe assiste razão.

Quanto ao regime de pena, advirto que houve modificação para o semiaberto, conforme fundamentação acima.

No tocante à necessidade da prisão, não trouxe o Ministério Público fundamento plausível nesse sentido, não sendo o fato de ter o réu respondido preso ao processo fundamento bastante para restabelecer a segregação cautelar.

Ademais, não há nos autos notícia de que A. tenha se envolvido em novas práticas delitivas após a concessão da liberdade, a justificar nova constrição da liberdade para efeito de garantia da ordem pública.

Conclusão

No que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Em face do exposto, em parte com o parecer, ao passo em que dou provimento parcial ao recurso do Ministério Público para afastar em relação aos sentenciados a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, dou parcial provimento ao recurso defensivo para absolver M. M. T. da acusação fundada no art. 330 do Código Penal, bem como para reduzir ao mínimo legal a pena-base que lhe foi aplicada relativamente à condenação por tráfico de drogas.

É como voto.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior (Revisor)

Ouso divergir do relator tão somente quanto à absolvição do réu M. M. T. pelo crime de desobediência.

Isso, porque comungo do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu por inúmeras vezes que a atuação dos policiais na prevenção e repressão do crime, voltada à abordagem do réu, o qual desobedeceu ordem de parada e empreendeu fuga, configura o crime de desobediência.

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 CP. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DE PARADA EMANADA DE POLICIAIS MILITARES NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE OSTENSIVA. TIPICIDADE. PRECEDENTES. 1. O crime de desobediência configura-se quando houver o descumprimento de ordem de parada emitida por agente público, no contexto de atividade de policiamento ostensivo de segurança pública, ante a suspeita de práticas ilícitas. 2. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 1.753.751/MS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30/08/2018).*

No mesmo sentido, cito recentes decisões desta Corte:

> *"EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA DE FOGO, DESOBEDIÊNCIA E DIREÇÃO SEM PERMISSÃO – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUANTO AOS CRIMES DE DESOBEDIÊNCIA E DIREÇÃO SEM PERMISSÃO – READEQUAÇÃO DAS PENAS DOS CRIMES DO ART. 14, DA LEI Nº 10.826/03, E ART. 309, DA LEI Nº 9.503/97 – IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A MULTIRREINCIDÊNCIA – REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO EM PARTE. Crime desobediência. Impositiva a manutenção da condenação do apelante, porquanto devidamente demonstrado nos autos que descumpriu ordem de parada emanada por policiais militares emitida no contexto de atividade de policiamento ostensivo de segurança pública, ante a suspeita de práticas ilícitas. Tendo a conduta de dirigir veículo automotor em via pública, sem habilitação, gerado perigo de dano, vez que o agente empreendeu fuga em alta velocidade, trafegando perigosamente pela rodovia, há de ser mantida a sua condenação pela prática do crime do art. 309, do CTB. Reduz-se a pena dos crimes dos art. 309, do CTB, 330 do CP e 14, da Lei nº 10.826/03, diante do afastamento de moduladoras previstas no art. 59, do CP, pois valoradas na sentença sob fundamento inidôneo. Tratando-se de réu multirreincidente, é inviável a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, consoante precedentes das cortes superiores. Regime inicial fechado mantido, pois adequado e necessário para a reprovação e prevenção delitiva. Em parte com o parecer, dou provimento em parte ao recurso para readequar a pena do crime do art. 14, da Lei nº 10.826/03, e conceder a assistência judiciária ao acusado. De ofício, readéquo a sanção referente às condenações do art. 309, da Lei nº 9.503/97, e art. 330, do CP." (TJMS. Apelação Criminal n. 0000007-46.2019.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 14/10/2019, p: 15/10/2019).*

> *"EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – PLEITO PELA PREVALÊNCIA DO VOTO QUE ABSOLVEU DO DELITO DO ARTIGO 330 DO CP – IMPOSSIBILIDADE – TIPICIDADE CONFIGURADA – VOTO MAJORITÁRIO MANTIDO – EMBARGOS REJEITADOS A atuação dos policiais na prevenção e repressão do crime, voltada à abordagem do réu, o qual desobedeceu ordem de parada e empreendeu fuga, configura o crime de desobediência. (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000707-91.2015.8.12.0014, Maracaju, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 19/09/2019, p: 23/09/2019).*

No caso, as provas colhidas nos autos demonstraram que o réu M. M. T. desobedeceu a ordem de parada proferida pelos policiais rodoviários que atuavam na prevenção e repressão de crimes.

Portanto, restando demonstrada a autoria e a materialidade, bem como comprovada a tipicidade, deve ser mantida a responsabilização criminal do apelante pelo delito de desobediência, tipificado no art. 330, *caput*, do Código Penal.

Ante o exposto, voto no sentido de, com o parecer, negar provimento ao recurso interposto por M. M. T., quanto ao crime de desobediência, para o fim de manter a condenação decretada na sentença.

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

Colhe-se dos autos que o e. Relator está dando parcial provimento aos apelos defensivos e ministerial.

Pois bem.

Nos defensivos, acompanho o voto inaugural, porém com acréscimo de reforma de ofício.

Inicialmente, registro que sempre entendi que a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06 exige a efetiva transposição de fronteiras entre dois ou mais Estados da Federação, notadamente em observância do princípio da legalidade estrita, pela impropriedade de se punir intenções e da possibilidade de que haja desistência precoce do agente antes de se transpor limites estaduais, evitando, assim, a disseminação do produto e não criando dificuldades maiores à investigação, que são os objetivos preventivos da aludida moduladora.

No entanto, certo é que as Cortes Superiores e também este Tribunal de Justiça construíram entendimento francamente majoritário em sentido contrário, havendo o STJ, inclusive, elaborado o En. Sum. 587 que trata do tema, pacificando, por ora, a matéria.

Assim, no intuito de uniformizar jurisprudência e também para evitar a geração de expectativas efêmeras de reforma, passo a adotar a referida conclusão, a fim de considerar caracterizada a majorante do art. 40, V, da Lei 11.343/06, quando comprovada destinação da droga a outro Estado, como no caso.

Nada obstante, como adiantado, a sentença comporta reforma de ofício na efetiva aplicação da aludida majorante, uma vez que fora eleita fração acima do mínimo legal sem qualquer fundamentação justificando o proceder, o que ofende o princípio da individualização da pena, bem como o dever de motivação das decisões judiciais.

Ademais, as drogas foram adquiridas, transportadas e apreendidas nos limites deste Estado, inexistindo razões, portanto, para o robustecer além do mínimo.

Logo, deve a majorante da interestadualidade ser fixada em 1/6.

De outro lado, vou divergir do e. Relator para negar provimento ao apelo ministerial.

No presente caso, tem-se que os réus são primários e de bons antecedentes.

Por sua vez, a prisão ocorreu durante abordagem de rotina promovida por policiais militares. Ou seja, não decorreu de anterior investigação.

Em seus interrogatórios judiciais, M. negou a prática do crime, enquanto A. afirmou que terceiro que não conhecia o abordou e ofereceu as drogas, as quais aceitou comprar para adimplir dívida que possuía com agiota.

Dessas versões, portanto, não é possível extrair qualquer informação de que os réus se dedicavam a atividade ilícita ou de que integravam organização criminosa.

Saliente-se que é improvável que A., mesmo sendo proprietário de lava-jato, conseguiria levantar dinheiro suficiente para adquirir quase 6 Kg de cocaína, sabidamente de elevado valor, além de 5 Kg de maconha, sendo evidente que, tanto ele, como o acusado M., foram meramente contratados para o transporte da droga.

Além disso, a droga foi acondicionada de maneira precária, dentro de sacolas e mochila que estavam em cima dos assentos do automóvel, cumprindo destacar que não houve acondicionamento em compartimento adredemente preparado, tampouco batedor ou requintes de profissionalismo no transporte ora analisado.

Sob tal contexto, a conduta perpetrada pelos acusados se enquadra no que se convencionou denominar "mula", isto é, pessoa que funciona como agente ocasional no transporte de drogas. Trata-se, em regra, de

mão-de-obra avulsa, esporádica, de pessoas que são cooptadas para empreitada criminosa sem ter qualquer poder decisório sobre o modo e o próprio roteiro do transporte, cabendo apenas obediência às ordens recebidas.

Aliás, em casos dessa natureza é importante diferenciar os integrantes da organização criminosa, que são os mandantes do delito, daqueles que, por circunstâncias acidentais em suas vidas, são usados como meros executores da empreitada.

O simples fato de envolver transporte de quase 6 Kg de cocaína e 5 Kg de maconha não afasta, por si só, a incidência da referida causa de diminuição de pena, que deve ser aplicada ao réu primário, de bons antecedentes e desde que não comprovada a sua dedicação à atividade criminosa ou integração em organização com tal finalidade.

No presente caso, as provas produzidas pelo Ministério Público Estadual não permitem afirmar, com a necessária certeza, que o réu integrava organização criminosa ou se dedicava às atividades criminosas, devendo militar, em seu favor, presunção em sentido oposto, em obséquio ao artigo 5º, inciso LVII, da CF/1988, que consagra o princípio da não-culpabilidade.

Aliás, é importante frisar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 138.715/MS, firmou posicionamento no sentido de que *"a quantidade e natureza são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição, por si sós, não são aptos a comprovar envolvimento com o crime organizado ou a dedicação a atividades criminosas"*.

Na mesma linha:

> *"Penal e Processual Penal. 2. Tráfico de drogas e aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006. 3. A habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção, de modo que o acusado tem direito à redução se ausente prova nesse sentido. 4. A quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. Precedente: RHC 138.715, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9.6.2017. 5. Ordem de habeas corpus concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau." (HC 152001 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 27-11-2019 PUBLIC 28-11-2019)*

> *"(...) 3. Assim, presentes os demais requisitos, a singela alusão genérica à importância do acusado, como transportador, na estrutura de uma organização criminosa ou uma narrativa própria da atividade nominada de "mula" não preenche o figurino exigido pela ordem constitucional para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado. Imperiosa a indicação de qualquer evento concreto, dentro da cadeia factual, de que o agente efetivamente pertence a organização criminosa ou efetivamente se dedica a atividades criminosas. Precedentes. 4. Negado provimento ao agravo regimental, mas concedida a ordem ex officio, para determinar às instâncias ordinárias que ajustem a reprimenda do agravante, inclusive o regime prisional, com a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006." (RHC 176741 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020)*

Igualmente, tem-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI n. 11.343/2006. NEGATIVA DE APLICAÇÃO COM BASE APENAS NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGENTE QUE ATUOU COMO MULA DO TRÁFICO. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS INDICATIVOS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO INIDÔNEO. APLICAÇÃO DO REDUTOR.*

PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL. DESVALOR ATRIBUÍDO À QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE RECRUDESCIMENTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PRIMARIEDADE. ADEQUAÇÃO PARA O REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). 2. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa. 3. O fundamento utilizado pela Corte local para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que a expressiva quantidade de entorpecentes seria indicativo de que o paciente não se tratava de traficante eventual, sem, contudo, haver a demonstração, por meio de elementos concretos extraídos dos autos, de que ele se dedicava a atividades criminosas ou mesmo que integrasse organização criminosa. 4. Embora a quantidade dos entorpecentes apreendidos seja parâmetro idôneo para modular a fração da redutora do tráfico privilegiado, esta Corte vem decidindo que tal circunstância, isoladamente, não legitima o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 se dissociada de outros elementos de prova para atestar a dedicação do apenado a atividades criminosa ou o fato de que ele integraria organização criminosa. 5. No mesmo sentido, são os precedentes do Pretório Excelso, que firmam a possibilidade, em tese, de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de 'mula do tráfico'. 6. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a atuação no transporte de entorpecente, ainda que em grande quantidade, não patenteia, de modo automático, a adesão estável e permanente do apenado à estrutura de organização criminosa ou a sua dedicação à atividade delitiva. Precedentes. 7. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 8. A partir do julgamento do HC n. 97.256/RS pelo STF, declarando incidentalmente a parcial inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal. 9. Ademais, a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo. 10. A valoração negativa da quantidade e da natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos. 11. Na espécie, a expressiva quantidade da droga apreendida apenas justifica o regime intermediário, na medida em que o paciente é primário e a condenação foi reduzida para patamar que não excede 4 anos de reclusão. 12. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer o privilégio e reduzir a pena do paciente, além de alterar o regime prisional para inicial semiaberto. (HC 492.885/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04/04/2019, DJe 30/04/2019)

Ora, é consabido que *"ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal"* (Lopes Júnior, Aury. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013).

Também não é novidade que o *decreto de condenação impõe, como imperativo ético-legal, a plena convicção (e não qualquer convicção). Ou seja, somente prova hábil, séria, definitiva, incontestável, destruidora de todas as hipóteses defensivas tem o condão de abalar o primado da inocência.* (Apelação Crime Nº 70049217607, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 04/07/2012) (destaquei).

Tais diretrizes orientam todos aspectos da condenação, inclusive a dosimetria da pena, não sendo possível afastar o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com base em frágeis indícios, suposições e ilações contrárias ao princípio da presunção de inocência.

Convém rememorar que a minorante não pode ser afastada pela contribuição indireta da "mula do tráfico" à organização criminosa, já que a lei, além de ser expressa[1] sobre a indispensável integração na *societas sceleris*, objetivou justamente recuperar o *status* de ser humano dessa pessoa que foi transformada em objeto pelo tráfico, amainando-lhe a punição.

Portanto, deve ser mantida a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, uma vez que estão preenchidos os respectivos requisitos legais.

Relativamente ao percentual de redução, não há ensejo para majorar a fração redutora, pois o fato dos acusados, na condição de "mula", terem transportado grande quantidade de narcóticos, segundo reiterada jurisprudência, e por questão de isonomia, constitui circunstância concreta para ser valorada ao índice de redução pelo tráfico privilegiado, por revestir de maior gravidade.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. FRAÇÃO DE 1/6. ATUAÇÃO COMO "MULAS". FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte, acompanhando o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal - STF, entende que a simples atuação do agente como "mula", por si só, não induz que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, a autorizar a redução da pena em sua totalidade. Contudo, embora o desempenho dessa função não seja suficiente para denotar que o agravante faça parte de organização criminosa, tal fato constitui circunstância concreta para ser valorada na definição do índice de redução pelo tráfico privilegiado, uma vez se reveste de maior gravidade (AgRg no AREsp 1534326/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019). 2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1762871/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 03/12/2020)*

Aliás, em processo envolvendo tráfico internacional de entorpecentes, o Superior Tribunal de Justiça foi mais além, assentando o entendimento de que "a condição de agente colaborador de crime organizado no tráfico internacional de drogas ('mula') constitui fundamento idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, razão pela qual é válida a aplicação do percentual de redução em 1/6, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no REsp 1354656/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017).

No mesmo sentido: AgRg no AREsp 1737266/MT, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020; AgRg no HC 597.432/MS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe 27/10/2020; dentre outros.

Por conseguinte, é de se negar provimento ao apelo ministerial, impondo-se a divergências

Feitas essas considerações, passo a recalcular as penas.

Partindo das intermediárias aplicadas no mínimo pelo e. Relator, porém mantendo a incidência da minorante da eventualidade do tráfico em 1/6, bem como reduzindo a majorante da interestadualidade para 1/6, queda-se a pena definitiva em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 485 dias-multa, à razão unitária mínima, para cada um dos acusados.

1 No direito penal é vedada a interpretação ampliativa *in malam partem*.

Reforço que a quantidade, diversidade e naturezas das drogas apreendidas não recomendam fixação de regime inicial mais brando, mesmo com eventual detração, além de, em conjunto com o montante das penas concretas, inviabilizar a conversão da corporal. Os dias-multa são justos no piso.

Diante do exposto, relativamente ao voto do e. Relator, Des. José Ale Ahmad Netto:

1) divirjo para negar provimento ao apelo ministerial;

2) acompanho para dar parcial provimento aos apelos defensivos, a fim de reduzir as penas-base aos mínimos legais, abrandar os regimes prisionais e afastar a condenação de M. quanto ao crime de desobediência. De ofício, ainda, reduz-se a fração da interestadualidade para 1/6, o que, após novas dosimetrias, resulta na penas definitivas de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 485 dias-multa, à razão unitária mínima, tanto para M. M. T., como para A. P. A.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, em parte com o parecer, deram parcial provimento aos recursos defensivos, nos termos do voto do relator, vencido o revisor, e parcial provimento ao recurso acusatório, nos termos do voto do relator, vencido parcialmente o vogal.

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 Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 22 de junho de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Agravo de Execução Penal n.º 0000874-23.2016.8.12.0031 - Dourados

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE CUMPRIMENTO DE PENA – PROGRESSÃO DE REGIME – APLICADO O PATAMAR DE 40% (QUARENTA POR CENTO) – REINCIDÊNCIA GENÉRICA – MANTIDA – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA ORIUNDA DO "PACOTE ANTICRIME" QUE FOI OMISSA AO NÃO TRATAR SOBRE A SITUAÇÃO DO CONDENADO POR CRIME HEDIONDO E REINCIDENTE NÃO ESPECÍFICO – ANALOGIA *IN BONAM PARTEM* – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Tendo em vista o entendimento sedimentado da 5ª e 6ª Turmas da Corte Superior no sentido de que a exigência de lapso correspondente a 60% (sessenta por cento) da pena para progressão de regime de que trata o art. 112, VII, da LEP, somente se aplica ao reincidente específico, e, ante a omissão do "Pacote Anticrime" ao não tratar sobre a situação característica do condenado por crime hediondo e reincidente não específico, não há como fixar de forma extensiva e prejudicial o percentual de 60%, resolvendo-se a controvérsia com a analogia *in bonam partem*, aplicando-se o percentual de 40% previsto no art. 112, inciso V, da LEP, para a progressão de regime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, contra o parecer, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 22 de junho de 2021.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de Agravo de Execução interposto pelo M. P. E., contra a decisão de fls. 354-356 que deferiu a retificação do cálculo de penas ao apenado, determinando o prazo de 40% (quarenta por cento) para progressão do regime prisional.

Em seu arrazoado recursal, pugna, pela aplicação do patamar de 60% (sessenta por cento) para progressão de regime, em razão da hediondez do delito pelo qual o agravado fora condenado. (fls. 01-09)

Contrarrazões pelo desprovimento às fls. 357-365.

Em juízo de retratação, o magistrado manteve a decisão por seus próprios fundamentos (fls. 366-377).

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de fls. 376-381, opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de Agravo de Execução interposto pelo M. P. E., contra a decisão de fls. 354-356 que deferiu a retificação do cálculo de penas ao apenado, determinando o prazo de 40% (quarenta por cento) para progressão do regime prisional.

Em seu arrazoado recursal, pugna, pela aplicação do patamar de 60% (sessenta por cento) para progressão de regime, em razão da hediondez do delito pelo qual o agravado fora condenado. (fls. 01-09)

Contrarrazões pelo desprovimento às fls. 357-365.

Em juízo de retratação, o magistrado manteve a decisão por seus próprios fundamentos (fls. 366-377).

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de fls. 376-381, opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

Feita essa digressão, passo a analisar.

À melhor análise, confira-se o seguinte excerto da decisão objurgada:

> *[...] A Defesa, na petição de mov. 36.1, requereu a retificação da previsão da progressão prisional, que consta do relatório da situação processual executória de mov. 7.1, que previu a fração de 3/5 em relação à condenação pelo crime equiparado a hediondo, sob o argumento de que a nova redação do inciso VII do artigo 112 da LEP, acrescido pela Lei n.º 13.964/2019, se trata de novatio legis in mellius, pois a exigência de lapso correspondente a 60% da pena para progressão de regime somente se aplica ao reincidente na prática de hediondo ou equiparado, isto é, ao reincidente específico. Requer, assim, a aplicação desta nova regra de forma retroativa e postula a incidência da fração de 40% de cumprimento de pena da condenação pelo crime equiparado a hediondo para fins de progressão de regime prisional, nos termos da nova redação do artigo 112, inciso V, da LEP.*
>
> *O Ministério Público se manifestou pelo indeferimento do pleito na mov. 39.1.*
>
> *Pois bem. A respeito da controvérsia dos autos, cumpre destacar, inicialmente, que este Juízo firmou o entendimento de que a entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019 não alterou a aplicação, ao reincidente simples, da porcentagem de 60% do cumprimento da pena do crime hediondo para a progressão de regime prisional. Tal entendimento estava de acordo com a Quinta Turma do STJ. Ocorre que essa orientação da 5ª Turma do STJ foi revista em recentes julgados no âmbito do STJ ("[...] em Sessão de 09/12/2020, esta Quinta Turma, em alinhamento ao que já vinha sendo julgado pela Sexta Turma desta eg. Corte Superior, no julgamento dos HCs n. 613.268/SP e n. 616.267/SP, passou a decidir em sentido diametralmente oposto ao antes delineado. Nesse sentido, a ementa do HC n. 613.268/SP, verbis: 'Com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 - Pacote Anticrime-, foi revogado expressamente o art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90 (art. 19 da Lei n. 13.964/19), passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, a ser regida pela Lei n. 7.210/84. A nova redação dada ao art. 112 da Lei de Execução Penal modificou por completo a sistemática, introduzindo critérios e percentuais distintos e específicos para cada grupo, a depender especialmente da natureza do delito [...] '. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no HC 628.024/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/ 2021, DJe 12/02/2021)).*
>
> *Com isso, ambas as Turmas, que compõem a 3ª Seção (Criminal), passaram a adotar posicionamento no sentido de que a alteração promovida pelo Pacote Anticrime no artigo 112 da LEP não autoriza a aplicação do percentual de 60% aos reincidentes não específicos, ou seja, não abrange aqueles cuja condenação definitiva anterior não versa sobre crime hediondo ou equiparado. Dito de outra forma: somente pode ser exigido o resgate de 60% da*

pena no caso de reincidente em crime hediondo ou equiparado (reincidência específica em crime de natureza hedionda).

Ante a omissão legislativa, o STJ definiu, utilizando-se da analogia in bonam partem, que, neste caso, aplica-se o inciso V do artigo 112 da LEP, que prevê o percentual de 40% ao condenado por crime hediondo ou equiparado, que for primário. [...]

Compulsando os autos, verifica-se que, de fato, a reincidência reconhecida na sentença condenatória da ação penal n.º 2535-25.2016.8.26.0297 (mov. 1.125-1.436), que condenou o reeducando pela prática do crime de tráfico de drogas (equiparado a hediondo), não é específica.

Logo, com base nos precedentes do STJ, aplica-se o percentual de 40% previsto no inciso V do artigo 112 da LEP.

Sendo assim, retifique-se o RSPE, a fim de que conste o percentual previsto no artigo 112, inciso V, da Lei de Execução Penal, ou seja, 40% para progressão de regime relativa à pena do crime hediondo ou equiparado. [...] (grifei)

Pois bem.

Tendo em vista o entendimento sedimentado da 5ª e 6ª Turmas da Corte Superior no sentido de que a exigência de lapso correspondente a 60% (sessenta por cento) da pena para progressão de regime de que trata o art. 112, VII, da LEP, somente se aplica ao reincidente específico, e, ante a omissão do "Pacote Anticrime" ao não tratar sobre a situação característica do condenado por crime hediondo e reincidente não específico, não há como fixar de forma extensiva e prejudicial o percentual de 60%, resolvendo-se a controvérsia com a analogia *in bonam partem*, aplicando-se o percentual de 40% previsto no art. 112, inciso V, da LEP, para a progressão de regime.

Nesse norte, vejamos:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IAC - INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. NÃO CABIMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. PLEITO DE RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DA PENA. ART. 112, VII, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (INCLUÍDO PELA LEI N. 13.964/2019). PACOTE ANTICRIME. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIME HEDIONDO. NÃO APLICAÇÃO. APENADO CONDENADO POR CRIME HEDIONDO E REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. OMISSÃO LEGISLATIVA. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. APLICAÇÃO DO INCISO V. DO ART. 112 DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Não há falar em afetação do agravo regimental sob o rito de incidente de assunção de competência, para fins de uniformização de jurisprudência, não apenas por se tratar de inovação recursal, o que, por si só, obsta o seu conhecimento, mas também por não ser cabível a formulação do pedido de IAC - incidente de assunção de competência - em agravo regimental. 2. Firmou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que, nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo) (AgRg no HC n. 494.404/MS, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 20/5/2019)" (AgRg no HC 521.434/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 08/10/2019). 3. ***Ocorre que a alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no art. 112 da Lei de Execuções Penais, ao estabelecer novos lapsos para a progressão de regime, deixou de abranger a situação característica do paciente (condenado por crime hediondo e reincidente não específico). 4. Não há como aplicar de forma extensiva e prejudicial ao paciente o percentual de 60% previsto no inciso VII do art. 112 da LEP, que trata sobre os casos de reincidência de crime hediondo ou equiparado, merecendo, ante a omissão legislativa, o uso da analogia in bonam partem para aplicar o percentual de 40%, previsto no inciso V. 5. Agravo regimental***

improvido." (AgRg no HC 623.200/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe **18/12/2020**) (destaquei)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. VIA INADEQUADA. LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). PROGRESSÃO DE REGIME. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA EM CRIME COMUM (FURTO QUALIFICADO). HIPÓTESE NÃO ABARCADA PELA NOVATIO LEGIS. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. CUMPRIMENTO DE 40% DA PENA. ORIENTAÇÃO REVISTA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. CONCESSÃO DE HC DE OFÍCIO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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. Firmou-se nesta Superior Corte o entendimento no sentido de ser irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo). Interpretação da Lei 8.072/90. Precedentes. 3. Com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 - Pacote Anticrime-, foi revogado expressamente o art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90 (art. 19 da Lei n. 13.964/19), passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, a ser regida pela Lei n. 7.210/84. 4. ***A nova redação dada ao art. 112 da Lei de Execução Penal modificou por completo a sistemática, introduzindo critérios e percentuais distintos e específicos para cada grupo, a depender especialmente da natureza do delito. 5. No caso, o paciente foi sentenciado pelo delito de tráfico de drogas, tendo sido reconhecida sua reincidência devido à condenação definitiva anterior pelo crime de furto qualificado (delito comum). Para tal hipótese, inexiste na novatio legis percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, pois os percentuais de 60% e 70% foram destinados aos reincidentes específicos.*** *6.* ***Em direito penal não é permitido o uso de interpretação extensiva, para prejudicar o réu, devendo a integração da norma se operar mediante a analogia in bonam parte****m. Princípios aplicáveis: Legalidade das penas, Retroatividade benéfica e in dubio pro reo. - A lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário (favorablia sunt amplianda, odiosa restringenda) - in NÉLSON HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, v. I, t.I, p. 86. Doutrina: HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI e GIANPAOLO POGGIO SMANIO, Comentário ao Pacote Anticrime, Ed. Atlas, 2020; RENATO BRASILEIRO DE LIMA. Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/19, Ed. JusPodium, 2020; PAULO QUEIROZ, A nova progressão de regime - Lei 13.964/2019, https://www.pauloqueiroz.net; ROGÉRIO SANCHES CUNHA, Pacote Anticrime: Lei n. 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodvim, 2020; e PEDRO TENÓRIO SOARES VIEIRA TAVARES e ESTÁCIO LUIZ GAMA LIMA NETTO; NETTO LIMA, Pacote Anticrime: As modificações no sistema de justiça criminal brasileiro. e-book, 2020. Precedentes: HC n 581.315/PR, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR e HC n. 607.190/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, ambos julgados em 06/10/2020. 7. Agravo regimental provido, concedendo habeas corpus de ofício para que se opere a transferência do paciente a regime menos rigoroso com a observância, quanto ao requisito objetivo, do cumprimento de 40% da pena privativa de liberdade a que condenado, salvo se cometida falta grave. (AgRg no HC 613.268/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 15/12/2020) – (destaquei)*

Assim sendo, consoante os precedentes mencionados, verificada a omissão do "Pacote Anticrime" de tratar sobre a situação característica do reeducando, não há como fixar de forma extensiva e prejudicial o percentual de 60% que trata sobre a reincidência em crime hediondo ou equiparado prevista no inciso VII do art. 112 da LEP, mantendo-se o patamar de 40% previsto no art. 112, inciso V, para a progressão do regime prisional.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescinde de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

Ex positis, contra o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se incólume a decisão objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 22 de junho de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Habeas Corpus Criminal n.º 1407076-51.2021.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE TEM OCUPAÇÃO LÍCITA E RESIDÊNCIA FIXA, ALÉM DE SER A FONTE DE SUSTENTO DA FAMÍLIA – ASPECTOS QUE NÃO ASSEGURAM O DIREITO À LIBERDADE PROVISÓRIA – GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO DEMONSTRADA A PARTIR DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – PRÁTICA DE ATOS DE MERCANCIA POR MEIO DE DISK-ENTREGA – MEDIDA JUSTIFICADA POR IMPERATIVO DE ORDEM PÚBLICA E GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL – ORDEM DENEGADA.

Condições subjetivas favoráveis ao paciente não impedem o decreto de prisão cautelar, caso se verifique a existência de outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a segregação. Constatada a existência de elementos de informação que denotam a necessidade de garantia da ordem pública e a segura aplicação da lei penal, justifica-se a prisão preventiva.

A reincidência específica reforça a necessidade e a proporcionalidade da medida constritiva como forma de proteção da ordem pública contra a probabilidade de nova incursão delitiva que, sobretudo no tráfico de drogas, é fator de grande desestabilização da paz social.

Ainda que argumente o impetrante ser o paciente arrimo de família, a prisão cautelar se faz necessária como forma de proteger as milhares de famílias diariamente afetadas de forma direta e indireta, muitas vezes irreversível, pelo tráfico de drogas realizado da mesma forma descrita no auto de prisão em flagrante.

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, denegaram a ordem.

Campo Grande, 22 de junho de 2021.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Tie Oliveira Hardoim em favor de V. de O. R., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

O impetrante informa que o paciente foi preso em flagrante durante a prática, em tese, do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta que não estão presentes os requisitos necessários à decretação da prisão preventiva, além do que possui trabalho lícito, residência fixa e é necessário ao sustento de sua família. Afirma que o crime em questão não importa violência ou grave ameaça à pessoa, que não há evidência da necessidade de constrição

do direito de liberdade para garantia da ordem pública e que é possível no caso aplicar medidas cautelares alternativas.

Pede a concessão da ordem para que seja deferida a liberdade provisória.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 146-148).

A autoridade impetrada apresentou informações (f. 152-155).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 175-179).

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Tie Oliveira Hardoim em favor de V. de O. R., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

O impetrante informa que o paciente foi preso em flagrante durante a prática, em tese, do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta que não estão presentes os requisitos necessários à decretação da prisão preventiva, além do que possui trabalho lícito, residência fixa e é necessário ao sustento de sua família. Afirma que o crime em questão não importa violência ou grave ameaça à pessoa, que não há evidência da necessidade de constrição do direito de liberdade para garantia da ordem pública e que é possível no caso aplicar medidas cautelares alternativas.

Pede a concessão da ordem para que seja deferida a liberdade provisória.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 146-148).

A autoridade impetrada apresentou informações (f. 152-155).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 175-179).

Passo ao exame da questão.

De acordo com o auto de prisão em flagrante, por meio de notícia anônima policiais civis tomaram conhecimento de que o paciente estaria a comercializar drogas por meio do serviço de disk entrega na região do Bairro Santo Amaro. Quando da abordagem, no estacionamento de um supermercado, com ele foram encontrados 40 porções grandes de maconha (740 gramas), prontas para mercancia, além de 5 pinos e 3 porções de cocaína (30 gramas).

Consta das declarações do paciente à autoridade policial que no momento do flagrante estava no mencionado estacionamento para vender uma porção de maconha pelo valor de R$ 50,00 (f. 67).

A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva sob o fundamento de que, pelas condições do delito, em especial pela gravidade da conduta, espécie e quantidade de substância apreendida, contexto da apreensão e presença de elementos que indicam envolvimento em atividade de traficante, não seria recomendável a liberdade provisória ou a substituição por medida cautelar mais branda (f. 102-105).

Foi considerado, também, que o paciente é reincidente específico (f. 86-87).

A impetração está amparada no argumento o paciente tem residência fixa e trabalho lícito, além do que é necessário ao sustento de sua família, de forma que não oferece risco à ordem pública, tampouco representa inconveniente para a persecução penal ou à aplicação da lei.

Em que pese a argumentação exposta, entendo que a ordem almejada não merece concessão.

A prisão preventiva, nos termos dos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Condições subjetivas favoráveis ao paciente, a exemplo da primariedade e da existência de residência fixa, não impedem o decreto de prisão cautelar, caso se verifique a existência de outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a segregação.

A materialidade delitiva está comprovada a partir do auto de prisão em flagrante e dos depoimentos prestados pelas testemunhas, além do termo de exibição e apreensão e do laudo de constatação prévia.

Por outro lado, há indícios suficientes de autoria delitiva, o que pode ser verificado a partir das mesmas declarações acima mencionadas e também do próprio depoimento do paciente, que admitiu perante a autoridade policial a prática delitiva.

Vale destacar que o paciente já foi condenado anteriormente pela prática do crime de tráfico de drogas, o que também justifica a prisão preventiva com fundamento no art. 313, II, do CPP.

Como se pode observar, o ato impugnado pelo impetrante contém elementos suficientes para indicar a necessidade da prisão, sendo que todos eles estão baseados em adequada correlação dos fatos com a lei em vigor.

A reincidência específica reforça a necessidade e a proporcionalidade da medida constritiva como forma de proteção da ordem pública contra a probabilidade de nova incursão delitiva que, sobretudo no tráfico de drogas, é fator de grande desestabilização da paz social.

Assim, mostra-se imperiosa a segregação cautelar como forma de aplacar a continuidade da prática criminosa.

Tais elementos de informação, avaliados em caráter preliminar, denotam a gravidade concreta da conduta e a necessidade de manutenção da custódia preventiva como imperativo de ordem pública e garantia de aplicação da lei penal. Pelas mesmas razões considero descabida a substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares.

Como visto, ao passo em que há prova da materialidade delitiva, os indícios de autoria são suficientes para relacionar o paciente à prática do crime de tráfico de drogas. Por outro lado, as peculiaridades do caso concreto sugerem que há risco de reiteração delitiva, o que representa ameaça à ordem pública e justifica a adoção da medida cautelar.

Ainda que argumente o impetrante ser o paciente arrimo de família, a prisão cautelar se faz necessária como forma de proteger as milhares de famílias diariamente afetadas de forma direta e indireta, muitas vezes irreversível, pelo tráfico de drogas realizado da mesma forma descrita no auto de prisão em flagrante.

Verificados os pressupostos autorizadores da prisão preventiva, os quais foram corretamente apontados e justificados pela autoridade tida por coatora, concluo pela denegação da ordem.

Tecidas essas considerações, de acordo com o parecer ministerial, denego a ordem.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

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 Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 22 de junho de 2021.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Apelação Criminal n.º 0000109-03.2020.8.12.0002 – Dourados

APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – ABSOLVIÇÃO (ART. 386, VII, DO CPP) – IMPOSSIBILIDADE. ARMA – AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA – IRRELEVÂNCIA. DESPROVIMENTO.

I – Não atenta contra o princípio da presunção de inocência, previsto pelo artigo 5°, LVII, da Constituição Federal, a sentença que acolhe pretensão acusatória com base em conjunto de provas seguro, estreme de dúvida, excluindo a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal. Em crimes contra o patrimônio a palavra da vítima tem especial relevância, ainda mais quando apoiada por outros elementos de provas colhidas no decorrer da instrução.

II – Segundo a dicção do artigo 155 do Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, daí ser desnecessário, para a configuração do delito de roubo circunstanciado pelo emprego de arma (art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal), a apreensão, ou mesmo a perícia na arma, quando outros elementos de prova evidenciam a utilização do instrumento na consumação do delito.

III – Com o parecer, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 3ª Câmara Criminal 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, 31 de março de 2021

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Maicon Fernandes Cabral contra a sentença de f. 167/170, que o condenou à pena de 10 anos e 5 meses de reclusão, em regime fechado, e 150 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal.

Inconformado, pelas razões expostas a f. 181/188, postula: 1) absolvição por insuficiência de provas; 2) afastamento da qualificadora do emprego de arma de fogo. Prequestionamento a f. 187.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 193/211 e 232/243, opinando, ambos, pelo desprovimento do recurso. Prequestionamento a f. 241/242.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por M. F. C. contra a sentença de f. 167/170 que o condenou à pena de 10 anos e 5 meses de reclusão, em regime fechado, e 150 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal.

Pelas razões de f. 181/188, postula:

1) absolvição por insuficiência de provas;

2) afastamento da qualificadora do emprego de arma de fogo.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 193/211 e 232/243, opinando, ambos, pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

1. **Absolvição**.

Sustenta a defesa inexistirem elementos seguros que confirmem a prática delitiva descrita na denúncia, razão pela qual o apelante deve ser absolvido.

Segundo a denúncia (f. 1/5), no dia "*30 de novembro de 2019, por volta das 9h40n, em uma conveniência situada à Rua Asa Branca n. 1350, bairro Esplanada, em Dourados/MS, o denunciado, QUE É CRIMINOSO HABITUAL E DESDE A ADOLESCÊNCIA VEM PERPETRANDO ILÍCITOS, subtraiu, para si, em concurso e unidade de desígnios com uma pessoa ainda não identificada, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo, R$ 400,00 (quatrocentos reais) em espécie, um aparelho celular, marca Xiaomi, e quinze garrafas de bebida alcoólica, pertencentes à vítima L. A. DA C.*"

Inobstante o respeito que se deva ter ao princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade (artigo 5°, LVII da Constituição Federal), que é uma das bases do Estado Democrático de Direito, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (artigo 8°, 2), em que se sobreleva o princípio da prevalência do interesse do acusado, previsto pelo inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, no caso dos autos, além de terem sido observadas todas as garantias relativas ao direito de defesa, as provas produzidas excluem qualquer dúvida razoável, tornando impositiva a condenação em relação a ambos os delitos.

Em juízo (f. 103), a vítima *L. A. DA C* declarou que possui um comércio (conveniência), e na noite de sexta para sábado, enquanto dormia, por volta das 20h40, ouviu um barulho bem grande e quando se levantou, ao abrir a porta, o cara já estava no corredor, pegou-a pelo cabelo e em todo tempo dizia: "*vadia, cadê o dinheiro?*" Entregou para ele pouco mais de quatrocentos reais, a única quantia que possuía. Segundo a vítima, o apelante batia com o revólver em sua cabeça, sentia o ferro do revólver, além de desferir chutes em sua canela. O apelante procurou por mais dinheiro nos imóveis do quarto. Levou um aparelho celular que teria acabado de ganhar de presente. Depois disso ele disse: "*não sei se te mato ou te desmaio*", foi quando entrou em pânico. Ele apertava o braço no pescoço da vítima. Nesse momento olhou para o apelante e o reconheceu, com absoluta certeza, estava de capacete, mas com a viseira aberta. Disse que ele foi seu vizinho, morava na quadra do lado. Tem um pino e tatuagens no braço.

Trata-se de narrativa semelhante à trazida por ela na fase policial (f. 20/21), onde afirmou que era o apelante, conhecido como "M.", que residia no mesmo bairro que ela, e frequentava sua conveniência, não tendo qualquer dúvida de ter sido ele o autor dos fatos.

D. P., policial civil, disse que o apelante já era bem conhecido no meio policial, por praticar vários crimes anteriormente, e nesse dia ocorreram dois crimes muito semelhantes na região. A vítima reconheceu o apelante, pois ele já havia frequentado sua conveniência, passando inclusive suas características físicas. Estava de capacete, mas com a viseira aberta. O apelante foi localizado em sua residência, e na delegacia, assumiu os dois crimes que teria praticado naquele dia, próximo de sua residência, incluindo o presente caso. Afirmou que houve a participação de uma terceira pessoa, que não quis identificar, e que a arma usada no crime não era dele (f. 103).

O policial M. C. Z. confirmou os fatos descritos na denúncia, dizendo que a vítima reconheceu o apelante, vez que ele mora no mesmo bairro que o seu, e o apelante, na delegacia, confessou, contudo, não disse quem seria o comparsa (f. 103).

Interrogado, o apelante M. F. C. negou a acusação. Disse que conhece a vítima e no dia dos fatos estava em sua casa com sua mãe (f. 130).

Em que pese a negativa do apelante, o acervo probatório é seguro e não deixa dúvidas quanto à pratica delitiva descrita na denúncia. Ademais, na fase policial (f. 24/25), o apelante afirmou que uma pessoa, que não quis identificar, passou em sua casa de moto e o convidou para praticar um roubo, momento em que disse que sabia de uma conveniência fácil de ser roubada. No local, pararam na esquina e desceu da motocicleta com um revólver. Uma mulher que atendia na conveniência saiu de dentro do quarto com cara de sono, apontou o revólver para ela e pediu para ficar quieta. Levou dinheiro e umas garrafas de cachaça.

Por outro lado, a palavra da vítima, ratificada pelos depoimentos dos policiais civis que participaram da investigação, confirma que o apelante, na companheira de terceira pessoa, e de posse de arma de fogo, praticou o delito, a justificar o édito condenatório.

Trata-se, portanto, de prova absolutamente clara, sem deixar qualquer incerteza. O conjunto, formado pela palavra da vítima, nas duas fases, os depoimentos dos policiais que investigaram o caso e a própria confissão do apelante na fase policial, são mais que suficientes para manter a condenação, não se havendo falar em insuficiência de provas.

De tal forma, o conjunto das provas produzidas nos autos, em especial na fase judicial, à luz do disposto pelos artigos 155 e 156, do Código de Processo Penal, afasta a existência da alegada dúvida que, por força do inciso VII do artigo 386 do mesmo Código, propiciaria a absolvição, não se havendo falar em ofensa ao princípio da presunção da inocência, insculpido no artigo 5°, LVII, da Constituição Federal, de forma que o pleito absolutório é rejeitado.

2. **<u>Causa de aumento</u>**.

Subsidiariamente, postula o afastamento da qualificadora do emprego de arma de fogo. Aduz que a ausência de apreensão do artefato impede a aplicação da referida majorante.

Segundo a dicção do artigo 155 do Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, daí ser desnecessário, para a configuração do delito de roubo circunstanciado pelo emprego de arma (art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal), a apreensão, ou mesmo a perícia na arma, quando outros elementos de prova evidenciam a utilização do instrumento na consumação do delito.

Sobre o assunto discorre NUCCI: "*A materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida*" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado, 7 ed., São Paulo: RT, 2007, p. 691).

Esse também é o entendimento do STJ:

"A apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo são desnecessárias para configurar a causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. A regra é que uma arma possua potencial lesivo; o contrário, a exceção. Se assim alega o acusado, é dele o ônus dessa prova (art. 156 do CPP). Se restou comprovada a utilização da arma de fogo, como no caso concreto, o ônus de demonstrar eventual ausência de potencial lesivo deve ficar a cargo da defesa, sendo inadmissível a transferência desse ônus à vítima ou à acusação, por uma questão de isonomia, porquanto inúmeros fatores podem tornar a prova impossível" (HC 87.476/SP, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/09/2008).

"A jurisprudência majoritária da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da prescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), quando outros elementos comprovem sua utilização" (HC 78.050/DF, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 02/09/2008).

E como se pode constatar pela prova produzida no decorrer da instrução, ficou claro que, para a prática delitiva o apelante utilizou uma arma de fogo. A vítima, nas duas fases, declarou que o apelante usou uma arma de fogo, apontando-a para si, inclusive chegou a bater com ela em sua cabeça, os policiais afirmaram que o próprio apelante teria dito que usou um revólver, e em seu interrogatório policial o apelante confessou o uso de tal artefato. Logo, não há dúvida que para a prática do crime fez uso de arma de fogo.

Por tais fundamentos, mantém-se a majorante do art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso.

Nos termos do art. 201, § 2º, do CPP, c/c art. 5º, II, d, da Resolução nº 253/2018 do CNJ, deverá o juízo de origem proceder à notificação da vítima ou, se for o caso, de sua família, por carta ou correio eletrônico, do teor do acórdão.

Prevalecendo este voto, o apelante deve continuar preso até o trânsito em julgado da sentença, eis que persistem os requisitos da prisão preventiva, em especial o risco à ordem pública e a necessidade de assegurar a aplicação da lei, além da gravidade do delito, e ainda, tratando-se de agente reincidente, sendo de rigor a interrupção de tais atividades como forma de impedir a reiteração delitiva.

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. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator (a), o (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Tomaram parte no julgamento os (as) Exmos (as). Srs (as). Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 31 de março de 2021.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Agravo de Execução Penal n.º 0013594-49.2015.8.12.0001 – Campo Grande

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – REGRESSÃO CAUTELAR AO REGIME FECHADO – POSSIBILIDADE – FALTA GRAVE – EVASÃO – ILEGALIDADE AUSENTE – RECURSO DESPROVIDO.

I – Durante a execução penal, constatado o cometimento de falta disciplinar grave, consistente na evasão da unidade prisional, é lícito regredir o reeducando a quaisquer dos regime mais rigorosos.

II – Reeducando que cumpria pena no regime semiaberto e empreende fuga, permanecendo evadido por mais de 02 (dois) anos, demonstra incapacidade e inadequação ao regime menos gravoso.

IV – Recurso ao qual, com o parecer, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao agravo de execução, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de março de 2021

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator (a) do processo

RELATÓRIO

O (A) Sr(a). Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por G. E. O. V. contra a decisão que determinou a regressão de regime de cumprimento de pena para o fechado.

Nas razões de f. 01/04 alega, em suma, que estava no regime semiaberto quando fugiu, e após a audiência de justificação, teve o regime regredido ao fechado em razão da prática de falta disciplinar de natureza grave.

Em contrarrazões de f. 10/15, o *Parquet* manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do presente recurso.

A decisão foi mantida pelos seus próprios fundamentos, f. 16.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 39/44, manifesta-se pelo desprovimento.

É o que basta para analisar a pretensão.

VOTO

O (A) Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator (a))

Consta dos autos que o agravante foi condenado a 11 (onze) anos, 02 (dois) meses e 07 (sete) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal. Após preenchidos os requisitos, o reeducando teve sua progressão de regime ao semiaberto.

Ocorre que durante o cumprimento da pena praticou falta grave, evadindo-se do sistema prisional em 02 de setembro de 2018, sendo recapturado em 28 de setembro de 2020.

O Juízo da Execução Penal, logo após realizada a Audiência de Justificação, nos termos do art. 118, § 2.º, da Lei de Execução Penal, regrediu o regime do agravante do semiaberto para o fechado.

Inconformado, o agravante recorreu, aduzindo que não se evadiu para cometer outros delitos, mas por motivos particulares, vindo para Campo Grande para trabalho e para suprir as despesas de seus genitores, não comunicando ao Juízo em razão da Covid-19, alegando também, que possui bom comportamento carcerário e nenhuma falta grave registrada em sua ficha disciplinar, motivo pelo qual requer a reforma da decisão objurgada.

Razão não lhe assiste.

Extrai-se dos autos SEEU de n.º 0013594-49.2015.8.12.0001, que no dia 02 de setembro de 2018, o reeducando não retornou para pernoite após visita externa dominical, só sendo recapturado 02 (dois) anos depois.

Noticiada a falta grave, o Juízo de Execução Penal, no dia 14 de setembro de 2018, suspendeu o regime prisional em que se encontrava e decretou a sua prisão em regime fechado, nos seguintes termos: *" Noticiada a falta grave do sentenciado (evasão do regime semiaberto – f. 288/289), suspendo o regime prisional em que se encontrava e decreto a sua prisão em regime fechado o que se faz necessário para garantia da aplicação da lei penal. "*

Em razão do cometimento de falta disciplinar de natureza grave prevista no art. 50, inciso II, da Lei de Execução Penal, fuga, deve ser reiniciada a contagem da previsão da progressão de regime. Logo, somente terá direito ao benefício após cumprir novo lapso temporal contado, no caso, da recaptura.

Destarte, a prática de falta grave ocasiona o rompimento da disciplina prisional, demonstrando que o reeducando não respeitava as normas da Execução da Pena no regime semiaberto, nos termos do que prevê o artigo 38 da Lei de Execução Penal.

Deste modo, entende-se que o comportamento do agravante, que permaneceu por mais de 02 anos evadido em outra Comarca sem contatar o Juízo, e que não apresentou nenhuma justificativa plausível para o seu comportamento, não se mostra compatível com as condições de regime menos severo, de modo que a manutenção da regressão de regime é medida que se impõe. Nesse sentido, vejamos o entendimento desse E. Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PRETENSÃO QUE VISA O RESTABELECIMENTO DO REGIME SEMIABERTO – IMPOSSIBILIDADE – EVASÃO – FALTA GRAVE – REGRESSÃO MANTIDA – EMBARGOS INFRINGENTES NÃO ACOLHIDOS.*
>
> *I - A prática de falta de natureza grave – fuga -, prevista no artigo 50, II da LEP, legitima a regressão prisional nos termos do artigo 118, I, da LEP, mormente quando não há justificativa plausível para a desídia perpetrada.*

II – Embargos infringentes não acolhidos, com o parecer. " (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0004155-80.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 28/11/2017, p: 04/12/2017)

"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO QUE REGREDIU O AGRAVANTE – IMPOSSIBILIDADE – FALTA GRAVE CONFIGURADA – REEDUCANDO QUE PERMANECEU EVADIDO POR MAIS DE DOIS ANOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 118, I DA LEP – MANTIDA REGRESSÃO – RECURSO IMPROVIDO.

I - Mantida a decisão do juízo da Execução Penal, que regrediu de regime agravante que não demonstrou justificativa apta a amparar sua evasão. Além disso, sua regressão mostra-se medida imperiosa ante a falta grave cometida pelo agravante que permaneceu por mais de 02 (dois) anos foragido, demonstrado total descomprometimento coma execução de sua pena.

II - Recurso improvido." (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0825075-78.2012.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 17/03/2014, p: 21/03/2014)

Assim, considerando a regressão de regime em razão da prática de falta grave, não há nenhum reparo a ser feito na decisão objurgada.

Quanto ao prequestionamento aventado, a matéria foi amplamente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo de execução, nos termos do voto do Relator.

Presidência do (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator (a), o (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Tomaram parte no julgamento os (as) Exmos (as). Srs (as). Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 31 de março de 2021.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Habeas Corpus Criminal n.º 1402644-86.2021.8.12.0000 - Itaquiraí

HABEAS CORPUS – TRÁFICO – PREVENTIVA – NECESSIDADE. USO DE ALGEMAS – ANÁLISE DA PROVA – AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – DECISÃO FUNDAMENTADA – DENEGAÇÃO.

I - Presentes os motivos autorizadores (*fumus comissi delicti* – relativo à materialidade e indícios de autoria - e o *periculum libertatis* - risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal), bem como o requisito instrumental de admissibilidade (artigo 313, I , do Código de Processo Penal – delito abstratamente apenado a mais de 04 quatro anos de reclusão), e não sendo recomendável a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, denega-se ordem de *habeas corpus* que visa revogar prisão cautelar fundamentada em elementos concretos, quando a acusação é pela prática de tráfico de oito quilos e meio de haxixe.

II – A análise de ilegalidade do uso de algemas quando da prisão é incompatível com a cognição sumária do habeas corpus, visto que demanda exame aprofundado do conjunto fático-probatório.

III - Inexiste ilegalidade na ausência da audiência de custódia quando embasada nas portarias do Tribunal de Justiça e na Recomendação 62/2020, do CNJ, editadas excepcionalmente no período de pandemia.

IV- Ordem denegada, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, denegaram a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de março de 2021

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de habeas corpus, com pleito liminar, impetrado pelo advogado L. C. S. V. J., em favor de L. S. C., preso preventivamente desde o dia 22 de fevereiro de 2021 pela suposta prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, alegando constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaquiraí/MS, já que ausentes a realização da audiência de custódia e os requisitos que autorizam a manutenção da custódia cautelar.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 134/135 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 141/142.

A f. 165/180 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de habeas corpus, com pleito liminar, impetrado pelo advogado L. C. S. V. J., em favor de L. S. C, preso preventivamente desde o dia 22 de fevereiro de 2021 pela suposta prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, alegando constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaquiraí/MS, já que ausentes a realização da audiência de custódia e os requisitos que autorizam a manutenção da custódia cautelar.

Segundo consta, no dia 16 de fevereiro de 2021, por volta das 15h20min, na BR-163, km 74 (setenta e quatro), na cidade de Itaquiraí-MS, o paciente transportou, para fins de tráfico, 08 (oito) volumes contendo haxixe, totalizando 8,500, 00 Kg (oito quilos e meio).

De pronto insta trazer à vista que a prisão preventiva tem sua base no artigo 5°, LXI, da Constituição Federal, e inobstante sua excepcionalidade em razão do princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CF), **nenhuma incompatibilidade ocorre entre tais dispositivos**, pois ainda que o *status libertatis* seja direito assegurado a todo cidadão, inexiste garantias individuais absolutas, pois não é de hoje que o Direito deixou de ser instrumento de salvaguarda individual para tornar-se meio de promoção da justiça social, garantidor do bem comum. Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM FACE DE DECISÃO QUE CONVERTEU A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.*
>
> *2-) A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA EXCEPCIONAL AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E, POR ESSA RAZÃO, DEVE SER DECRETADA POR DECISÃO FUNDAMENTADA, QUE DEMONSTRE A EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA, BEM COMO, NO MÍNIMO, DE UM DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 312, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.*
>
> *3-) A r. Decisão impugnada apresenta-se suficientemente motivada, pois ressaltou a necessidade da manutenção do encarceramento preventivo do paciente com base nas graves circunstâncias do caso concreto e nas suas condições pessoais, as quais revelaram a existência de risco concreto à ordem pública.*
>
> *4-) Medidas cautelares alternativas (CPP, art. 319) que se revelam inadequadas e insuficientes, in casu.*
>
> *5-) Ordem denegada. (TJSP; HC 2199763-50.2020.8.26.0000; Ac. 13987073; Botucatu; Décima Primeira Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Tetsuzo Namba; Julg. 22/09/2020; DJESP 25/09/2020; Pág. 2987).*

De igual forma, absolutamente precoce invocar-se qualquer ofensa ao **princípio da homogeneidade das prisões cautelares**, corolário do princípio da proporcionalidade, pelo qual o Juiz não pode impor encarceramento mais gravoso que aquele que lhe seria aplicado em caso de real condenação, sob pena de tornar o processo penal mais punitivo do que a própria sanção penal.

O procedimento encontra-se em seu nascedouro, de maneira que não se pode inferir que, em caso de eventual condenação, venha a ser imposto regime prisional menos gravoso que o fechado, pois como se sabe, a eleição do regime não depende exclusivamente da dimensão da pena, e sim, também, de seu cotejo com a análise das circunstâncias judiciais, conforme determina o artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Nesse campo entende o STJ que "*A prisão do recorrente não ofende os princípios da proporcionalidade ou da homogeneidade, pois a confirmação (ou não) da tipicidade da conduta do agente e da sua culpabilidade depende de ampla dilação probatória, com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que não se coaduna com a finalidade da presente ação constitucional. 7. Recurso improvido.*" (RHC 124.472/PI, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020).

Prosseguindo, no que toca aos requisitos da custódia, segundo o artigo 312, do Código de Processo Penal, e a interpretação que lhe é dada, bem como pelo artigo 315, do mesmo Código (redação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o chamado "pacote anticrime"), o decreto de prisão preventiva somente se justifica diante da presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* (prova da materialidade e indícios da autoria) e do *periculum libertatis*, (necessidade da prisão para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal, e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado), demonstrados por dados concretos, e não meramente genéricos, novos e contemporâneos, e quando impossível a aplicação das medidas cautelares diversas, relacionadas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, analisando os elementos extraídos dos autos, verifica-se que a decisão que decretou a prisão preventiva está em consonância com as disposições acima referidas, e atende ao disposto pelos §§ 1º e 2º do artigo 315 do CPP ao afirmar que *" (...) Destarte, o fato imputado aos réus é concretamente grave, eis que se trata de um delito de tráfico de drogas, e assim, a prisão preventiva mostra-se necessária para garantia da ordem pública, dada a gravidade concreta dos fatos, consubstanciada pela quantidade e a qualidade de droga apreendida (8,5kg de haxixe), o que revela potencialidade lesiva à sociedade, vez que estabelecem um ciclo de violência que se alimenta do vício dos usuários, cuja necessidade de consumir o entorpecente, acaba por fomentar e desencadear a prática de inúmeros outros delitos relacionados. Por esses fatos, mantê-lo em liberdade, ao menos por ora, seria uma medida temerária, sendo necessária a sua retirada cautelar do convívio social para evitar a reiteração delitiva.(...)". (f.150).*

Como visto, o decreto prisional está fundamentado na garantia da ordem pública diante da gravidade concreta da conduta criminosa a *priori* desenvolvida, porquanto trata-se do tráfico de 8,500, 00 Kg (oito quilos e meio) de haxixe, substância de especial gravidade à saúde, eis que muito superior à maconha e, ainda, em quantidade elevada para a espécie.

O tráfico de grande quantidade de droga é elemento concreto e seguro a apontar a periculosidade do agente, bem como de dedicação ao tráfico, justificando a custódia excepcional, mesmo diante de condições pessoais favoráveis, em razão do efetivo risco que representa à garantia da ordem pública, a exigir do julgador maior prudência na análise. Nesse sentido:

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES – 1.* ***A necessidade da segregação cautelar se encontra fundamentada na participação do paciente no tráfico de entorpecentes, diante da quantidade de drogas apreendida (138 kg de cocaína), o que evidencia a dedicação ao delito da espécie, alicerce suficiente para a motivação da garantia da ordem pública.*** *2. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o recorrente possuir condições pessoais favoráveis.3. Recurso em habeas corpus a que se nega provimento. (STJ. RHC 39.738/MS, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013).*

No mais, cumpre consignar que, conforme entendimento pacificado dos nossos Tribunais Superiores, eventuais circunstâncias subjetivas favoráveis, por si sós, não são suficientes para afastar a necessidade da constrição cautelar. Neste sentido:

> *CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, aliás, sequer comprovadas no caso concreto, por si sós, não obstam a segregação*

cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela. Precedente do STF. (STJ, 5ª Turma, HC 130982/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 20.10.2009, publ. no DJe em 09.11.2009).

Verificada a necessidade da segregação provisória em razão das circunstâncias retro mencionadas, impossível a substituição pelas medidas cautelares dispostas no artigo 319, do CPP, insuficientes ao acautelamento da ordem pública na hipótese dos autos. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INAPLICABILIDADE. RECURSO IMPRÓVIDO. 1. (...). 2. (...). 3. Demonstrada a necessidade concreta da custódia provisória, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n. 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime. 4. (...) (STJ, Quinta Turma. RHC n.º 47059/RN. Relatoria: Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe. de 01/08/2014).

Importante destacar, no tocante às medidas cautelares alternativas, que a jurisprudência ainda está em construção quanto à correta interpretação do § 6º do artigo 282 do CPP, mas caminha no sentido da desnecessidade de análise individualizada do não cabimento de cada hipótese das medidas cautelares diversas da prisão, conforme se vê pela seguinte ementa:

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – Impossibilidade. Presença dos requisitos da custódia cautelar. R. Decisão que decretou a prisão preventiva se encontra devidamente fundamentada. Paciente incurso, em tese, na prática de crime equiparado a hediondo, para o qual é legalmente vedada a liberdade provisória, conforme o art. 44, da Lei de Drogas. Declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo pelo C. STF que se deu incidenter tantum. Decisão que não vincula esta E. Corte. Ausência de afronta ao princípio da presunção de inocência. ***Estado que detém os meios cabíveis para a manutenção da ordem pública, ainda que em detrimento da liberdade do cidadão, nos casos em que tal medida se mostrar necessária. Inviabilidade da aplicação de medidas cautelares alternativas, por insuficiência, inadequação e desproporcionalidade aos fatos tratados nos autos principais. Evidenciada a necessidade de manutenção da segregação cautelar do Paciente, desnecessária é a análise pormenorizada do não cabimento de cada hipótese das medidas cautelares diversas da prisão.*** *Recomendação 62/2020 do CNJ. Trata-se de recomendação que não deve ser adotada de forma coletiva e indiscriminada, sendo necessária a análise, caso a caso, da necessidade de adoção de medidas especiais. Ordem denegada. (TJSP; HC 2214610-57.2020.8.26.0000; Ac. 13986114; São Paulo; Oitava Câmara de Direito Criminal; Relª Desª Ely Amioka; Julg. 22/09/2020; DJESP 25/09/2020; Pág. 2982).*

No que diz respeito ao uso de algemas, vê-se dos autos de origem (nº 0001917-40.2021.8.12.0800) que no momento do flagrante o paciente teria ficado excessivamente nervoso, tentando se livrar da equipe policial, com clara intenção de fuga, sendo necessário fazer uso de algemas para a condução do mesmo à delegacia de polícia civil de Itquiraí/MS.

Com isso quer-se dizer que a análise do presente pedido, que atine com a violação à Súmula Vinculante nº 11 do STF, implica em aprofundado exame da prova, situação impossível de ser realizada na estreita via do habeas corpus.

Ademais, em que pese a autoridade coatora já ter se manifestado no sentido de que a necessidade da utilização das algemas não prejudica em absolutamente nada a coleta dos elementos reunidos nos autos, tal questão demanda um exame mais aprofundado do conjunto fático-probatório, incompatível com a cognição sumária do habeas corpus. Neste sentido:

HABEAS CORPUS – SUSCITADA ILEGALIDADE NO USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO DO PACIENTE – SÚMULA VINCULANTE 11 DO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL – MATÉRIA, QUE DEMANDA ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – INCOMPATIBILIDADE COM A COGNIÇÃO SUMÁRIA DO WRIT – (TJ/SC HC Nº 2011.036287-0 Relator Des. Sérgio Paladino).

O *habeas corpus* não constitui via adequada para apurar alegações que necessitem de dilação probatória. Desta forma, inviável sua utilização para analisar a ilegalidade da prisão em flagrante em virtude do emprego de algemas, por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório.

Com a edição da Súmula Vinculante n.º 11, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a legitimidade do uso de algemas, ressaltando, ainda, o caráter excepcional da medida, a fim de evitar o seu emprego como forma de expor ou constranger o preso, física ou moralmente, em desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não tendo sido suficientemente esclarecidas as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante, resta inviabilizada a análise do pedido, já que o rito da ação constitucional demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida.

Por fim, quanto à alegada ilegalidade da prisão em decorrência da ausência de audiência de custódia, tem-se que não merece acolhimento.

Isso porque o juiz não subtraiu do paciente um direito, tampouco deixou de realizar a audiência de custódia por mero descaso, muito pelo contrário. Como se observa, nos termos do art. 6º, § 5º, da Portaria TJMS n.º 1.726/20202, prorrogada até dia 07 de setembro de 2020 pela Portaria TJMS n.º 1.827/2020, a autoridade impetrada justificou a excepcionalidade da não realização da mesma, fincando-se na Recomendação n.º 62/2020 do CNJ.

Ademais, mesmo com a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19 ao artigo 310, do CPP, qual seja, de que no prazo máximo de vinte e quatro horas da prisão seja realizada a audiência de custódia, sob pena de tornar a segregação ilegal, referida questão encontra-se superada, no presente caso, sendo decretada a prisão preventiva, de forma fundamentada. Neste sentido:

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DISPENSADA – PAMDEMIA – POSSIBILIDADE – ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA – SUPERADA A ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO – PRISÃO PREVENTIVA – PEDIDO DE REVOGAÇÃO – INDEFERIMENTO – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 313, DO CPP, PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DO ART. 312 DO CPP – REITERAÇÃO DELITIVA – MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO – INVIABILIDADE – ORDEM DE NEGADA. Realizada a conversão da prisão em flagrante em preventiva fica superada a alegação de nulidade porventura existente na audiência de custódia não realizada em razão da pandemia. Presentes os pressupostos da prisão preventiva elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, que foi validamente justificada para resguardar a ordem pública e evitar reiteração delitiva, inexiste ilegalidade ao direito de locomoção. É inviável a adoção de medidas cautelares mais brandas do art. 319 do Código de Processo Penal caso se mostrem insuficientes às finalidades a que se destinam. (HC º 1409865-57.2020.8.12.0000 Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence 2ª Câmara Criminal 01/09/20).

Destarte, atentando aos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade, e diante das circunstâncias do caso, denego a ordem de *habeas corpus* porque ausente qualquer constrangimento ilegal na decisão vergastada, de maneira que, presentes os requisitos legais, a confirmação da medida extrema é providência impositiva.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator.

Presidência do (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator (a), o (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Tomaram parte no julgamento os (as) Exmos (as). Srs (as). Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 30 de março de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Apelação Criminal n.º 0003359-56.2003.8.12.0029 - Naviraí

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – TESE ACOLHIDA – PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE AUTORIZAM A ABSOLVIÇÃO – PEDIDOS ALTERNATIVOS PREJUDICADOS – RECURSO PROVIDO.

O princípio da insignificância relaciona-se com o fato típico, com a análise do desvalor da conduta e do resultado.

É fator de política criminal. Não deve ser aplicado, nos crimes patrimoniais, tão somente com base no valor equivalente ao prejuízo patrimonial sofrido pela vítima. É, pois, necessário que sejam averiguados, também, os efeitos causados pelo ilícito no âmbito do seio social, de forma a possibilitar uma aplicação justa e adequada da lei penal, em equivalente harmonia aos anseios da sociedade.

Impende ressaltar que o furto qualificado, embora mais reprovável, não afasta, só pelo fato de ser qualificado, a incidência do princípio da insignificância. Tudo depende das circunstâncias do caso concreto.

Diante desse contexto, o presente caso, pelas suas peculiaridades, realmente, comporta a aplicação do princípio da insignificância, na medida em que a situação concreta afasta o interesse do Estado em punir o agente.

RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PREJUDICADO – ABSOLVIÇÃO DA CONDENADA PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA ACOLHIDA.

Diante do acolhimento da tese defensiva de absolvição pela aplicação do princípio da insignificância, a insurgência ministerial com relação à pena fica, consequentemente, prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso defensivo e julgaram prejudicado o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

Campo Grande, 29 de junho de 2021.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recursos de Apelação Criminal interpostos por V. C. C. de S. e pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de fls. 195-201 do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Naviraí/MS.

V. C. foi condenada à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito e ao pagamento 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal.

Por isso, requer pelo recurso interposto às fls. 219-227, a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com a aplicação do princípio da insignificância. Alternativamente, requer ainda a desclassificação para o crime de furto simples tentado, previsto no art. 155, caput, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

O Ministério Público Estadual também requer a reforma da sentença, pugnando, pelo recurso interposto às fls. 239-246, pela elevação da pena-base, diante do reconhecimento de duas qualificadoras.

Os apelados em contrarrazões de fls. 231-238 e fls. 251-254 requerem o improvimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de fls. 259-267, manifestou-se, opinando pelo provimento do recurso ministerial e improvimento do recurso defensivo.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recursos de Apelação Criminal interpostos por V. C. C. de S., qualificado nos autos, e pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de fls. 195-201 do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Naviraí/MS.

V. C. foi condenada à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito e ao pagamento 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal.

Por isso, requer pelo recurso interposto, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com a aplicação do princípio da insignificância. Alternativamente, requer ainda a desclassificação para o crime de furto simples tentado, previsto no art. 155, caput, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

O Ministério Público Estadual também requer a reforma da sentença, pugnando, pelo recurso interposto a elevação da pena-base, diante do reconhecimento de duas qualificadoras.

Primeiramente, passo ao exame do recurso defensivo porque pretensão relativa aos fatos.

Do pedido de absolvição.

Como já relatado, a apelante requer a sua absolvição pela aplicação do princípio da insignificância.

A denúncia narra que:

> *"Segundo consta dos inclusos autos de inquérito Policial, no dia 22 de março de 2003, por volta das 12:00 horas, na Avenida Iguatemi s/n, Centro, no Camelódromo, nesta cidade e comarca, os denunciados V. C. C. DOS S.e A. B. DOS S., em unidade de desígnios, agindo com animus furandi, em companhia dos adolescentes *****, ***** e *****, subtraíram para si ou para outrem coisa alheia móvel, consistente em 01 (um) relógio de pulso, modelo masculino, marca Water/01 (um) relógio de pulso, modelo masculino, marca Oriente; 01 (um) relógio de pulso, modelo feminino, marca Quartz; 01 (um) relógio de pulso, modelo feminino, marca Condor e 01 (uma) agenda telefônica (conforme Auto de Apreensão de fls. 05), avaliados em R$ 25,00 (vinte e cinco) reais), de propriedade da vítima M. S. L.*

Infere-se que, os denunciados e os adolescentes dirigiram-se à banca de produtos da vítima e, numa divisão de tarefas, enquanto alguns distraíam a vítima, pedindo para ver outros produtos, os denunciados subtraíam os objetos furtados, praticando o crime mediante fraude."

O denominado princípio da insignificância tem sido reconhecido pela Doutrina e pela Jurisprudência, especialmente no crime de furto, como causa de exclusão da tipicidade.

No entanto, para o seu reconhecimento exige-se a presença de requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

São requisitos objetivos, a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica.

Em relação aos requisitos subjetivos são a importância do objeto material para a vítima, levando-se em conta sua situação econômica, o valor sentimental do bem e também as circunstâncias e resultados do crime.

Frise-se, no entanto, que não basta para o reconhecimento do princípio da insignificância unicamente o ínfimo valor da coisa subtraída.

O princípio da insignificância relaciona-se com o fato típico, com a análise do desvalor da conduta e do resultado.

Sobre o tema, é importante ponderar que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, para aplicação do princípio da insignificância, faz-se necessária a presença cumulativa de determinados requisitos, tidos como essenciais, cuja ausência impossibilita o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Nesse sentido, destaco o seguinte julgado:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. II – **A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.** (grifei).(...)." (HC 102940, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011, DJe-065 Divulg 05-04-2011 Public 06-04-2011 Ement Vol-02497-01 PP-00109).*

Vê-se, pelo precedente acima destacado, que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a declaração da atipicidade material do fato, pelo princípio da insignificância, deve ser precedida da demonstração, cumulativa, da (1) mínima ofensividade da conduta do agente, da (2) ausência de periculosidade social da ação, do (3) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e da (4) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

Diante desse cenário, infere-se que o princípio da insignificância, visto como fator de política criminal, não deve ser aplicado, nos crimes patrimoniais, tão somente com base no valor equivalente ao prejuízo patrimonial sofrido pela vítima.

É, pois, necessário que sejam averiguados, também, os efeitos causados pelo ilícito no âmbito do seio social, de forma a possibilitar uma aplicação justa e adequada da lei penal, em equivalente harmonia aos anseios da sociedade.

Nos dizeres de Francisco de Assis Toledo, é "a gradação qualitativa e quantitativa do injusto que permite ser o fato insignificante excluído da tipicidade penal".1

Pois bem. Diante desse contexto, é possível concluir que o recurso defensivo merece acolhimento, pois o presente caso, realmente, comporta a aplicação do princípio da insignificância, na medida em que está preenchido o requisito referente ao reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, relativa inexpressividade da lesão jurídica, ausência da periculosidade social da ação. Explico.

Primeiramente, impende ressaltar que o furto qualificado, embora mais reprovável, não afasta, só pelo fato de ser qualificado, a incidência do princípio da insignificância. Tudo depende das circunstâncias do caso concreto.

A propósito, julgamento recente do STJ, que bem se coaduna com o caso dos autos:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIA – DESCABIMENTO – FURTO QUALIFICADO – SUBTRAÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS – EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *(...)*
>
> *3. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é contumaz na prática de crimes não faz jus a benesses jurídicas.*
>
> *4. Na espécie, a conduta é referente a um furto qualificado pelo concurso de agentes de produtos alimentícios avaliados em R$ 62,29.*
>
> *5. Assim, muito embora a presença da qualificadora possa, à primeira vista, impedir o reconhecimento da atipicidade material da conduta, a análise conjunta das circunstâncias demonstra a ausência de lesividade do fato imputado, recomendando a aplicação do princípio da insignificância. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal movida em desfavor das pacientes."*[2]

No presente caso, a despeito de se tratar de furto qualificado, que no meu entendimento, a princípio implicaria óbice ao reconhecimento da insignificância, certo é que, além de os objetos terem sido imediatamente restituídos à vítima (fl.91), consubstancia clássico exemplo de aplicação do mencionado princípio, de modo que a situação concreta afasta o interesse do Estado em punir o agente.

Colhe-se dos autos que a condenada, ora apelante, praticou o fato em março de 2003, sendo a denúncia recebida somente em outubro de 2005 e a sentença proferida em dezembro de 2020 (fls. 195-201).

A par disso, os objetos furtados foram avaliados na época dos fatos em R$25,00 (vinte e cinco) reais, ou seja, um pouco mais de dez por certo do salário mínimo que era de R$ 240,00 (duzentos e quarenta) reais). Todavia, como já ressaltado, foram restituídos à vítima.

Somado as circunstâncias acima, não se pode deixar de considerar que o fato ocorreu há 08 (oito) anos, a apelante não possui qualquer outro registro criminal, tanto que não foram reconhecidos antecedentes criminais, nem reincidência, somente a confissão espontânea.

Outrossim, em consulta ao sistema SAJ de primeiro grau e em consulta ao sistema SIGO da Polícia Civil, inexiste qualquer outro registro criminal contra a apelante.

---

1 TOLEDO, 1999. p. 133.

2 *Habeas Corpus* nº 553.872 - SP

Neste caminho, ressalvado meu posicionamento pessoal sobre o tema, mas em um juízo de ponderação de interesses – de punir do Estado *x* de liberdade da acusada – em observância às peculiaridades do caso concreto e à luz dos princípios da razoabilidade-proporcionalidade, entendo que a pretensão recursal de absolvição pela aplicação do princípio da insignificância comporta acolhimento.

Consequentemente, ficam prejudicados os pedidos recursais defensivos alternativos e a pretensão formulada pelo Ministério Público Estadual de elevação da pena-base.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias discutidas foram apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido a matéria correspondente amplamente debatida.

Diante do exposto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso de apelação interposto por V. C. C. de S., qualificada nos autos, a fim de decretar sua absolvição, com fundamento no princípio da insignificância, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Consequentemente, fica prejudicado o recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso defensivo e julgaram prejudicado o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

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, 29 de junho de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal n.º 0800988-90.2016.8.12.0042 - Rio Verde de Mato Grosso

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL E ESTUPRO – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINARES – SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 212 DO CPP – ALEGAÇÃO DE QUE PERGUNTAS DA ACUSAÇÃO FORAM FEITAS INDUZINDO A RESPOSTA DAS VÍTIMAS – INOCORRÊNCIA – PRECLUSÃO – AUSÊNCIA DE PERÍCIA PSICOSSOCIAL – AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO OPORTUNA – PRECLUSÃO – REJEITADAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE – ATOS LIBIDINOSOS PRATICADOS CONTRA CRIANÇA DE 11 ANOS DE IDADE E ADOLESCENTE DE 14 ANOS DE IDADE – PALAVRA DAS VÍTIMAS CORROBORADAS POR TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO – RECURSO DESPROVIDO.

Se a defesa se fazia presente na audiência de instrução e em nenhum momento se insurgiu ou impugnou o modo como eram formuladas as perguntas às vítimas, ocorreu a preclusão, nos termos do art. 571, VIII, CPP.

Se as partes, nem o juiz, reputaram imprescindível a realização de perícia psicossocial nas vítimas, não há falar em nulidade, tanto pela preclusão (art. 571, II, CPP), quanto porque nos termos do artigo 565 do CPP, *"nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse"*.

Se conjunto probatório não deixa dúvidas de que o réu praticou atos libidinosos contra a vítima de 11 anos de idade, bem como constrangeu a vítima de 14 anos de idade, mediante grave ameaça, a permitir que com ela se praticasse atos libidinosos, não há falar em absolvição dos delitos descritos nos arts. 217-A e 213, § 1º, do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL E ESTUPRO – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA MAJORAÇÃO DAS PENAS-BASES – POSSIBILIDADE SOMENTE QUANTO AO ESTUPRO (FATO 02) – NEGATIVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – CONTINUIDADE DELITIVA – MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se a pena-base do crime de estupro de vulnerável (fato 01) foi fixada em patamar necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito, não há falar em majoração.

Constatado que as consequências advindas do delito exacerbam a gravidade deste para além da figura do tipo, configurando em resultado peculiar capaz de atribuir um desvalor acentuado a essa circunstância judicial, deve ser valorada negativamente, majorando-se a pena-base do agente quanto ao crime de estupro (fato 02).

Demonstrada a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução, com liame subjetivo entre as condutas, na hipótese contra vítimas diversas, tem-se caracterizado o crime continuado (art. 71 ,do CP), sendo a modalidade de concurso de crimes cabível. Da redação do parágrafo único do art. 71, e dos julgados das cortes superiores, depreende-se que a pluralidade de vítimas, por si só, não obsta o reconhecimento da continuação delitiva quando presentes os seus pressupostos de ordem objetiva e subjetiva (unidade de desígnios ou liame subjetivo).

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 e negaram provimento ao recurso defensivo. Quanto ao recurso ministerial, por maioria, em parte com parecer, deram parcial provimento, nos termos do voto do Revisor, vencido em parte o Relator.

Campo Grande, 4 de maio de 2021.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

E. O. M., qualificado nos autos, foi condenado à pena de 21 anos, 08 meses e 08 dias de reclusão, no regime fechado, por infração aos arts. 217-A e 213, § 1º, c/c art. 71, caput, todos do Código Penal (fls. 1.117-1.151, 1.163-1.1164).

Em preliminar, pede a nulidade do feito:

1) em virtude da prova ser ilícita, pois os depoimentos das vítimas foram obtidos de forma eivada de vícios, já que todas as respostas foram induzidas pela acusação, situação vedada pelo art. 212 do CPP, sendo certo que caberia ao magistrado não permitir que as perguntas fossem assim formuladas, sofrendo prejuízo concreto, diante da condenação a crimes graves, com pena elevada;

2) em razão da ausência de perícia psicossocial, a qual era imprescindível para demonstrar que os fatos são mentirosos, sendo ônus da prova da acusação ou do juiz, de ofício.

No mérito, pede a absolvição dos delitos por insuficiência de provas, pois sempre negou a prática dos fatos e as vítimas mentiram, seus depoimentos são contraditórios e inseguros; a mentira foi articulada por elas ou por alguém que as orientou a fim de criar uma espécie de vingança, uma deles porque sua mãe foi presa e a outra porque já era frequentadora contumaz dos corredores da delegacia em razão de infrações que empreendia ou participava.

Esclarece que a vítima ***** prestou depoimento no Ministério Público e voltou 40 dias depois, acrescentando que o réu o revistou e introduziu a mão dentro de seu short, tocando sua genitália, o que demonstra que o fato foi inventado; ademais, em juízo, declarou que estudou com a vítima *****, ou seja, eram amigos e articularam a vingança.

Aduz, ainda, que a perícia afirma que as consultas a sites pornográficos não existiu nas datas em que as vítimas estiveram na delegacia e que os equipamentos não sofreram alteração, portanto, se tivesse apagado algo, haveria algum registro no computador; além disso, não há provas de que mostrou filmes pornográficos às vítimas, pois às fl. 125 só há imagens (que nem sabia que existiam) e não vídeo.

Ressalta, por fim, que não estava sozinho quando os fatos ocorreram e a porta de sua sala só estava encostada (e não trancada) por causa do ar condicionado, portanto, outras pessoas poderiam entrar a qualquer momento; ademais, ainda que tenha ficado a sós com os menores, o fez por breve período de tempo, portanto, não teria como praticar os abusos, sendo que a única coisa que fez, foi ouvi-los sem a presença do Conselho Tutelar, com a intenção de agilizar o procedimento por ser final de semana (fls. 1.178-1.202).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 1.233-1.341) e também recorre.

O Ministério Público Estadual, identificado nos autos, pede que seja negativada a circunstância judicial das consequências do crime com relação à vítima ***** (fato 02), pois ficou evidente o grande trauma psicológico sofrido, considerando que foi abusada por um delegado de Polícia no interior da delegacia, o que desvirtua toda a construção de valores da pessoa quanto às instituições estatais e a bússola moral; sem falar que a vítima possuía 14 anos de idade na época dos fatos e se envolvia em pequenas infrações de mínima gravidade por influência de maiores de idade, porém, após os fatos, o comportamento autodestrutivo, consequência do abuso sexual, fez com que passasse a utilizar drogas e a praticar crimes mais graves, conforme, inclusive, declarou sua mãe, piorando em relação aos problemas que já tinha com a polícia. Sem falar que o réu ficou marcando encontros posteriores com a vítima, prorrogando o trauma psicológico da mesma.

Pede, ainda, a majoração das penas-bases (fatos 01 e 02), aplicando o patamar de aumento em 1/2 sobre o mínimo legal para cada circunstância negativada, pois tratam-se de crimes sem precedentes na Comarca e no Estado de Mato Grosso do Sul, não podendo ser fixadas próximas do mínimo legal, em atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como às circunstâncias do caso concreto, assegurando a reprovabilidade necessária para os gravíssimos delitos praticados. Alternativamente, pede a aplicação do patamar de aumento em 1/6 sobre o mínimo legal para cada circunstância negativada.

Por fim, pede o afastamento da continuidade delitiva com a aplicação do concurso material, por não ter se configurada, já que os crimes foram cometidos no intervalo de 70 dias, ou seja, mais que o dobro do intervalo máximo de 30 (trinta dias) adotado pela jurisprudência; contra vítimas diferentes, uma criança de 11 anos de idade e um adolescente de 14 anos de idade; com divergência no modo de execução, pois só no fato 02 houve sexo oral e marcação de encontros futuros para continuação dos abusos; o réu agiu com desígnios autônomos, inexistindo compatibilidade entre as figuras do crime continuado e da reiteração delitiva ou delinquência habitual (fls. 1.204-1.232).

A defesa, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 1.431-1.437).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo improvimento do recurso defensivo e provimento do recurso ministerial (fls. 1.442-1.463).

É o relatório. Ao revisor.

VOTO (EM 27/04/2021)

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta na denúncia o seguinte:

> *"1º FATO:*
>
> *Consta no incluso Procedimento Investigatório Criminal nº 40/2015 que, no dia 19 de setembro de 2015, por volta de 08h:00min, nas dependências da Delegacia de Polícia Civil de Rio Verde de Mato Grosso/MS, localizada na Rua Barão do Rio Branco, nº 900, nesta cidade, o denunciado E. O. M., ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com o menor de 14 (catorze) anos *****, bem como o induziu a presenciar conjunção carnal a fim de satisfazer lascívia própria.*
>
> *(...)*
>
> *2º FATO:*
>
> *Consta no incluso Procedimento Investigatório Criminal nº 44/2015 que, no dia 28 de novembro de 2015, por volta de 12h:00min, nas dependências da Delegacia de Polícia Civil de Rio Verde de Mato Grosso/MS, localizada na Rua Barão do Rio Branco, nº 900, nesta cidade, o denunciado E. O. M., ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, constrangeu o*

*menor de 18 (dezoito) anos *****, mediante violência e grave ameaça, a praticar e permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.*

(...).".

E. O. M., qualificado nos autos, foi condenado à pena de 21 (vinte e um) anos, 08 (oito) meses e 08 (oito) dias de reclusão, no regime fechado, por infração aos arts. 217-A e 213, § 1º, c/c art. 71, caput, todos do Código Penal (fls. 1.117-1.151, 1.163-1.1164).

DAS PRELIMINARES.

A defesa, em preliminar, pede a nulidade do feito:

1) em virtude de alegação de prova ser ilícita, sob o argumento de que os depoimentos das vítimas foram obtidos de forma eivada de vícios, já que todas as respostas foram induzidas pela acusação, situação vedada pelo art. 212 do CPP, sendo certo que caberia ao magistrado não permitir que as perguntas fossem assim formuladas, sofrendo prejuízo concreto, diante da condenação a crimes graves, com pena elevada.

Após assistir a todas as audiências realizadas, principalmente a oitiva das vítimas ***** e ***** (audiovisual- fl. 745), não vislumbrei irregularidade na inquirição das mesmas, mas sim observância ao art. 212 do CPP, pois as perguntas da acusação foram elaboradas de forma clara e objetiva.

Aliás, esta preliminar já tinha sido rejeitada pelo magistrado em duas oportunidades, tanto na sentença, quanto nos embargos de declaração, razão pela qual, adoto os seus fundamentos como razão de decidir, *in verbis* (fls. 1.122-1.123 e 1.163):

"Inicialmente a defesa pugna pela nulidade do processo em razão da forma de inquirição das testemunhas. Afirma que o Ministério Público sugestionou a resposta das testemunhas, caracterizando, portanto, nulidade absoluta do processo. Sem razão a defesa.

Dispõe o artigo 212 do CPP: Art. 212. "As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida".

Analisando atentamente as mídias das oitivas das testemunhas, verifico que esse juízo observou estritamente o procedimento previsto no artigo 212, do CPP, não havendo motivo para indeferir qualquer pergunta elaborada pelo Ministério Público ou pela Defesa. Pelo contrário, as perguntas foram feitas de forma clara, objetiva e sem sugestionamento. Ademais, a defesa do réu presente em audiência – Dr. R. F. A. (OAB n. 8.333), não impugnou qualquer pergunta feita pelo Ministério Público em audiência. Portanto, observado o procedimento previsto no artigo 212 do CPP, a preliminar levantada pela defesa deve ser indeferida.

(...)

Quanto à omissão referente à análise da preliminar de nulidade, alegando que o Ministério Público induziu as respostas das vítimas, observo que realmente a sentença (fls. 1122/1123), somente mencionou depoimento de testemunhas. Entretanto, referida análise foi realizada de forma global, abrangendo todas as oitivas realizadas – testemunhas e vítimas, e não apenas testemunhas. Concluo, portanto, que o procedimento previsto no artigo 212, do CPP foi observando nos depoimentos das testemunhas e vítimas, não havendo que se falar em sugestionamento ou necessidade de indeferimento de perguntas.

(...)."

Além disso, há que se destacar que a defesa se fazia presente na audiência de instrução e em nenhum momento se insurgiu ou impugnou o modo como eram formuladas as perguntas às vítimas, incorrendo em preclusão, conforme disposto no art. 571, VIII, CPP:

"Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas:

(...)

VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem."

Assim já decidiu o STJ:

"TENTATIVA DE ESTUPRO – AUSÊNCIA JUSTIFICADA DO ACUSADO NA AUDIÊNCIA EM QUE OUVIDA A VÍTIMA – NULIDADE RELATIVA – FALTA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA. PRECLUSÃO – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS À DEFESA – MÁCULA INEXISTENTE.

1. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que, embora o réu tenha direito a participar da produção da prova oral, a sua ausência é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da arguição oportuna, bem como da demonstração do efetivo prejuízo por ele suportado.

2. De acordo com o artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas em audiência devem ser arguidas logo depois de ocorrerem, sob pena de preclusão.

3. ***Na hipótese em apreço, verifica-se que a defesa estava presente na audiência em que colhido o depoimento da vítima, não tendo questionado a sua oitiva sem a presença do réu, sendo certo, outrossim, que a impetrante não demonstrou, em momento algum, os prejuízos por ele suportados, notadamente em que medida a sua intervenção poderia alterar os questionamentos feitos ou o conteúdo das declarações prestadas pela ofendida, o que afasta a coação ilegal suscitada na impetração. Precedentes.*** *(...)." (HC 442.486/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/08/2018, DJe 23/08/2018)*

"APONTADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – MAGISTRADA QUE TERIA INDUZIDO A RESPOSTA DA TESTEMUNHA – AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO OPORTUNA – PRECLUSÃO.

1. ***Nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas em audiência deverão ser arguidas assim que ocorrerem.***

2. ***Na espécie, o Defensor Público responsável pelo patrocínio do paciente, e que também impetrou o presente mandamus em seu favor, estava presente à audiência de instrução e julgamento, não tendo questionado a oitiva do acusado como primeiro ato da instrução processual, tampouco se insurgido contra a forma como a magistrada singular formulou as perguntas à testemunha, o que reforça a inexistência de mácula a contaminar o processo.***

3. Habeas corpus não conhecido. " (HC 243.681/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 05/12/2013).

Portanto, não havendo ofensa ao art. 212 do CPP e estando a matéria preclusa, diante da inércia da defesa em arguir a suposta nulidade em audiência, logo depois de ocorrerem, rejeito a preliminar.

2) em razão da ausência de perícia psicossocial, a qual era imprescindível para demonstrar que os fatos são mentirosos, sendo ônus da prova da acusação ou do juiz, de ofício.

Esta preliminar também deve ser rejeitada, pois nos termos do art. 155 do CPP:

"Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos

informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. "

Conforme afirmou a própria defesa nas razões recursais, a referida perícia *"não é uma exigência da lei. É uma opção. A exigência desse laudo não é obrigatória e nem figura no art. 159 como prova técnica. " (fl. 1.188).*

Se o Ministério Público e o juiz entenderam pela prescindibilidade da realização da prova, não há falar em nulidade, ainda mais porque nem a defesa requereu a sua produção, o que poderia ter ocorrido até a fase das diligências (art. 402 do CPP), afastando, assim, o efetivo prejuízo suportado.

Pelo contrário, somente em sede recursal a defesa levantou preliminar de nulidade por ausência da perícia, questão que deveria ter sido arguida em momento oportuno, ou seja, nas alegações finais, nos termos do art. 571, II, do CPP, o que não ocorreu.

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci[1]:

"Se nada for arguido, significa que a parte conformou-se ou permitiu a ocorrência do vício para que, no futuro, dele se valesse para anular o feito, o que é inadmissível, a teor do art. 565 do CPP."

A respeito, o STJ decidiu:

"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. DUAS VÍTIMAS (8 E 5 ANOS) – AUSÊNCIA DE LAUDO PSICOLÓGICO – NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CPP – CONCURSO MATERIAL – AFASTAMENTO – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. ***Esta Corte Superior já decidiu que o art. 159 do CPP diz respeito ao exame de corpo de delito e a outras perícias, os quais não incluem o laudo psicológico realizado na vítima, normalmente confeccionado para avaliar os danos sofridos com o abuso sexual, não constituindo o aludido diagnóstico prova obrigatória nem imprescindível para a comprovação do delito ou de sua materialidade*** *(AgRg no AREsp n. 531.398/GO, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Quinta Turma, DJe 4/8/2015).*

2. No presente caso, o pedido de avaliação psicológica e de estudo psicossocial foi indeferido com fundamentação concreta, em razão da ausência de pertinência avaliada pelo Juízo sentenciante que considerou a idade das crianças na época dos delitos e o transcurso de tão longo tempo entre os fatos e a avaliação, não havendo qualquer ilegalidade. 3. Quanto a ausência de oitiva do menor, decidiu-se que esse era muito pequeno para que fosse ouvido, tendo sido ouvida a mãe da vítima, que presenciou a situação do acusado pegando na genitália do seu filho. Ora, nos termos do artigo 201, caput, do CPP, a oitiva do ofendido é facultativa, não ocasionando nulidade a sua ausência, quando as demais provas produzidas durante a instrução suprem a ausência do depoimento, como no caso. Assim, muito embora o art. 201 do CPP tenha previsto que o ofendido será ouvido sempre que possível, a oitiva de todas as vítimas não é prova imprescindível para a condenação. ***O processo penal brasileiro pauta-se pelo princípio do livre convencimento motivado, podendo o magistrado fazer livre apreciação da prova, desde que apresente de forma clara as suas razões de decidir*** *(RHC n. 40.587/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/9/2015, DJe 22/9/2015). (...) 5. Agravo regimental não provido." (AgRg no AgRg no AREsp 1437853/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 27/06/2019).*

"5. ***De acordo com o artigo 571, inciso II, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas no decorrer da ação penal devem ser arguidas até as alegações finais, sob pena de preclusão.***

1 Código de processo penal comentado. 15ª. ed. São Paulo: Editora Forense, 2016, p. 893.

6. ***Na espécie, em momento algum no curso do feito a defesa arguiu a nulidade da ausência de novo interrogatório do réu após a homologação da perícia contábil, que só veio a ser arguida por ocasião da impetração do presente mandamus, estando, portanto, fulminada pela preclusão.***

7. ***Nos termos do artigo 565 do Código de Processo Penal, "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".***

8. No caso dos autos, o paciente foi patrocinado por defensor constituído que, em momento algum, se insurgiu contra o fato de o interrogatório haver sido realizado antes da homologação da perícia contábil, tampouco requereu a nova oitiva do réu após a juntada do exame técnico, ***não podendo, depois de proferida a sentença condenatória e julgado o recurso de apelação, requerer a anulação do processo, uma vez que o ordenamento jurídico repudia a adoção de comportamentos contraditórios em sede processual. Doutrina. Precedentes.*** *(...)*

12. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 581.240/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020).

"- ***Ante o silêncio da defesa, que não questionou a alegada nulidade no momento oportuno, qual seja a apresentação das alegações finais, nos termos do art. 571, II, do CPP, resta preclusa a matéria.***

- Ademais, a simples alegação de dependência química não justifica, por si só, a realização do exame de dependência toxicológica, que é indispensável apenas nos casos de restar configurada dúvida quanto à integridade mental do acusado.

- Assim, tendo o Tribunal a quo sustentado inexistir razão para a realização do aludido exame pericial, ante a ausência de dúvida acerca da imputabilidade do acusado, resta inadmissível, nesta via, entender de forma contrária, ante o necessário revolvimento fático-probatório, inviável nos estreitos limites do habeas corpus. Habeas corpus não conhecido. " (HC 257.230/MG, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014)

Portanto, diante da inércia da defesa e da preclusão, em atendimento aos arts. 565 e 571, II, CPP, rejeito a preliminar.

Tendo sido superadas as questões postas como preliminares, passo ao exame do mérito.

DO RECURSO DEFENSIVO.

O apelante pede a absolvição dos delitos por alegação de insuficiência de provas, sustentando que o apelante sempre negou a prática dos fatos e que as vítimas mentiram, sendo seus depoimentos contraditórios e inseguros; diz que a mentira foi articulada por elas ou por alguém que as orientou a fim de criar uma espécie de vingança, uma deles porque sua mãe foi presa e a outra porque já era frequentadora contumaz dos corredores da delegacia em razão de infrações que empreendia ou participava.

Diz que a vítima ***** prestou depoimento no Ministério Público e voltou 40 dias depois, acrescentando que o réu o revistou e introduziu a mão dentro de seu short, tocando sua genitália, o que demonstra que o fato foi inventado; ademais, em juízo, declarou que estudou com a vítima *****, ou seja, eram amigos e articularam a vingança.

Aduz, ainda, que a perícia afirma que as consultas a sites pornográficos não existiu nas datas em que as vítimas estiveram na delegacia e que os equipamentos não sofreram alteração, portanto, se tivesse apagado algo, haveria algum registro no computador; além disso, não há provas de que mostrou filmes pornográficos às vítimas, pois às fl. 125 só há imagens (que nem sabia que existiam) e não vídeo.

Ressalta, por fim, que não estava sozinho quando os fatos ocorreram e a porta de sua sala só estava encostada (e não trancada) por causa do ar condicionado, portanto, outras pessoas poderiam entrar a qualquer momento; ademais, ainda que tenha ficado a sós com os menores, o fez por breve período de tempo, portanto, não teria como praticar os abusos, sendo que a única coisa que fez, foi ouvi-los sem a presença do Conselho Tutelar, com a intenção de agilizar o procedimento por ser final de semana (fls. 1.178-1.202).

Do crime de estupro de vulnerável cometido contra a vítima ***** (fato 01).

A autoria e a materialidade do fato delituoso restaram amplamente comprovadas pela certidão de nascimento da vítima ***** – 11 anos de idade (fl. 25), termo circunstanciado de busca e apreensão (fls. 97-101), laudo pericial de exame em corpo de delito em mídia digital e laudo complementar (fls. 112-130, 175-179), documentos referentes às chamadas telefônicas e relatórios (fls. 512-521), auto fotográfico das dependências da delegacia de Rio Verde de Mato Grosso (fls. 522-546), autos de exibição de documento contendo vídeos e imagens pornográficas (n.° 0800988-90.2016.8.12.0042/01), declarações da vítima e das testemunhas.

Após análise minuciosa do conjunto probatório, cheguei à conclusão de que a negativa de autoria (fls. 185-193, 968) está isolada nos autos.

Restou demonstrado que, na véspera dos fatos, à noite, S. dos S. S. foi presa em flagrante por ter agredido fisicamente seu filho *****, causando-lhe lesão corporal, bem como por ter lhe fornecido bebida alcoólica, o qual possuía somente 11 anos de idade.

No dia 19/09/15, sábado, por volta das 08 horas, a vítima ***** compareceu a delegacia, junto com sua avó E., para serem ouvidos sobre os fatos.

O réu, Delegado de Polícia, ouviu a avó de ***** e, em seguida, pediu que ela aguardasse sentada na cadeira que ficava ao lado de seu gabinete, dizendo que ela não precisava acompanhá-lo, fechando a porta enquanto ouvia a criança, momento em que teria solicitado a presença do Conselho Tutelar (ligação efetuada do telefone celular 9604-9229, de propriedade do policial I. (fl. 220) para o celular do Conselho 9643-1342, às 08:12 horas – fls. 512, 519 e 745 – depoimento de I.).

O réu ouviu o ofendido ***** rapidamente sobre os fatos e, em seguida, passou a abusar sexualmente dele, mostrando-lhe vídeos pornográficos, enquanto perguntava se já tinha feito essas coisas; fez uma "revista" em seu corpo, momento em que pegou em seu pênis por dentro da roupa; foi para o canto da sala, perto do armário e mostrou-lhe seu pênis, perguntando se já tinha feito sexo e chupado pênis, oferecendo-lhe dinheiro para que fizesse sexo oral nele, momento em que a criança gritou pela avó, a qual permaneceu sentada por medo de adentrar a sala da autoridade.

Cerca de meia hora após ser solicitada, chegou ao local a Conselheira F., vendo a d. E.h sentada do lado de fora do gabinete, a qual bateu e abriu a porta deste, ingressando na sala, momento em que a criança estava sozinha com o réu e já tinha sido ouvida. O réu leu o depoimento da criança para *****, que assinou o termo de declaração, levando-a embora juntamente com sua avó.

Chegando em sua residência a vítima ***** relatou os fatos para sua avó E. e depois para seu genitor R., o qual compareceu ao Conselho Tutelar indignado e solicitando providências sobre o abuso sexual sofrido por seu filho.

As conselheiras F. e M. S. foram até a escola do ofendido *****, ouviram-no e ele, muito agitado, constrangido, chorando, narrou toda a sequência do abuso sofrido pelo delegado.

Logo depois, foi iniciado o PIC (procedimento investigatório criminal) pelo Ministério Público Estadual.

Todas as circunstâncias do fato criminoso restaram evidenciadas pelas declarações firmes e coerentes da vítima ***** e de seus familiares (avó E. e pai R.) corroboradas pelas testemunhas conselheiros tutelares,

assistente social, psicóloga e policiais, inclusive ratificados em juízo (fls. 22-24, 26-27, 40-41, 44-46, 51-52, 70-72, 74-76, 78-79, 81-83, 85-87, 91-95, 166-171, 207-209, 215-217, 220, 365-367, 488-490, 745, 816-817).

A palavra da vítima também se coaduna com o auto de prisão em flagrante de S. dos S. S. (fls. 29-38), laudo pericial de exame em corpo de delito em mídia digital e laudo complementar (fls. 112-130, 175-179), documentos referentes às chamadas telefônicas e relatórios (fls. 512-521), auto fotográfico das dependências da delegacia de Rio Verde de Mato Grosso (fls. 522-546), autos de exibição de documento contendo vídeos e imagens pornográficas encontrados no computador funcional do réu (n.° 0800988-90.2016.8.12.0042/01).

A fim de evitar tautologia, passo a transcrever todo a análise da prova testemunhal contida na sentença e todas as circunstâncias que o envolvem, descritas firmemente pela vítima, a fim de não haver dúvidas quanto à prática do delito por parte do réu (fls. 1.124-1.129):

> *"(...)*
>
> *A vítima *****, afirmou em juízo, que esteve na delegacia no ano de 2015, época em que possuía 11 anos de idade, para ser ouvido acerca de uma ocorrência envolvendo sua mãe. Afirmou que foi acompanhado por sua avó, que foi a primeira a ser ouvida pelo delegado, na sequência, foi sua vez. Narrou que após o delegado colher seu depoimento, passou a lhe mostrar vídeos pornográficos, tendo lhe revistado, passando as mãos em seu corpo, ocasião em que colocou as mãos em seu pênis, por dentro do shorts. Alegou que o delegado foi para o lado do armário e lhe mostrou o pênis, momento em que chamou sua avó e ouviu alguém batendo na porta, tendo o delegado autorizado a entrada de sua avó E. e da Conselheira Tutelar F. Esclareceu que no momento da sua oitiva, o delegado pediu para que entrasse sozinho, dizendo que sua avó não precisaria lhe acompanhar. Relatou que a porta estava fechada e que havia uma cortina na sala. Narrou que o réu lhe perguntou se já se masturbava, tendo lhe oferecido dinheiro para que pegasse no seu pênis e também fizesse sexo oral com ele. Afirma que negou a praticar tal ato. Disse que não conhece *****.*
>
> *Na sequência, ao chegar em casa, contou o ocorrido para sua avó, a qual chamou seu pai, que procurou a Promotoria de Justiça. Afirmou que não consumiu bebida alcoólica no dia do seu depoimento na delegacia. Explicou que para mostrar os vídeos de sexo, o réu virou a tela do computador, e enquanto os vídeos passavam o réu lhe perguntava se já tinha se masturbado e feito sexo.*
>
> *R. G., genitor da vítima *****, afirmou que seu filho lhe contou o ocorrido, relatando que o réu mostrou vídeos pornográficos e ofereceu dinheiro para que ***** chupasse o pênis dele. Narrou que após esses fatos, ***** teve que fazer tratamento psicológico e diminuiu o rendimento na escola.*
>
> *E. dos S. S., avó da vítima, afirmou que no dia dos fatos, ***** foi ouvido pelo delegado, tendo ficado do lado de fora esperando. Disse que entrou na sala, mas o delegado mandou sair, tendo a vítima ficado sozinha com o delegado, em dado momento, ***** gritou pelo seu nome e, após, a Conselheira Tutelar chegou, abriu a porta e entrou. Afirmou que a Conselheira lhe disse que quando entrou na sala, o réu estava afastando a cadeira de perto da vítima. Asseverou que ***** ficou sozinho com o réu na sala, por aproximadamente 30 minutos. Relatou que quando a Conselheira chegou, a porta da sala do réu estava fechada. Asseverou que não entrou na sala logo que a vítima lhe gritou, porque o réu era delegado e não imaginava que ele pudesse fazer algo de errado. Disse que quando chegou em casa, ***** lhe contou sobre os abusos.*
>
> *A testemunha F. de A. S., Conselheira Tutelar à época dos fatos, narrou que estava de plantão no final de semana, e o atendimento da vítima ***** ocorreu por volta das 8:00 horas. Chegou na delegacia, e encontrou a avó do menor sentada em um banquinho, tendo ela lhe dito que ***** estava em depoimento com o delegado, ora réu. Narrou que o réu lhe disse durante a ligação telefônica, que seria rápido e que já estava ouvindo o menor. Afirmou que ao chegar na delegacia, bateu na porta da sala do réu perguntando se poderia entrar, tendo entreaberto a porta, e o réu disse que poderia entrar. Ao entrar na sala visualizou o*

menor sentado, e o réu puxando a cadeira, em sentido ao computador de mesa. Só então ele terminou de fazer o relato e leu para a declarante. Declarou que o procedimento da delegacia durou, no máximo, 10 (dez) minutos. Confirmou que o Conselho Tutelar utilizava o telefone 9643-1342 à época dos fatos e que a ligação telefônica das 8h12min é a ligação em que o delegado acionou o Conselho Tutelar para comparecimento na delegacia. Esclareceu que levou aproximadamente 25 a 30 minutos para chegar na delegacia após ser acionada. Quando chegou na delegacia, a porta da sala do réu estava fechada e a cortina da janela também estava fechada, não sendo possível visualizar nada dentro da sala. Afirmou que no trajeto da delegacia até a casa da vítima, esta não esboçou nenhuma reação.

Questionada acerca das declarações do réu, no sentido de que a porta da sala estava aberta quando chegou na delegacia e que somente após a sua chegada é que passou a colher o depoimento do menor, a testemunha afirmou que no momento em que chegou na delegacia, o réu estava finalizando o depoimento, e a porta estava fechada. Esclareceu que não era usual o réu já estar com o menor dentro da sala, colhendo o depoimento, antes da chegada do Conselho Tutelar, já que a oitiva de menores deve ser feita na presença do Conselho.

Relatou que o atendimento ocorreu no sábado, e na segunda-feira, o pai da vítima compareceu à sede do Conselho Tutelar muito agitado e nervoso, querendo saber qual conselheiro tinha acompanhado seu filho no sábado, porque ele dizia que o que aconteceu com seu filho era obrigação do Conselho Tutelar evitar. Asseverou que não entendeu o que estava acontecendo, e comentou "pelo jeito que está falando até parece que seu filho foi abusado", tendo o genitor do menor dito: "procura saber que isso é o teu papel".

*Com isso, foi até a escola Vergelino Matheus de Oliveira, juntamente com a conselheira Sara, onde conversaram com a vítima, que relatou o abuso sofrido. Asseverou que ***** estava muito nervoso, apertava suas mãos e comia unhas, seu rosto tremia. Conta que a vítima afirmou ter assistido vídeo pornográfico e ter sido revistado, sendo que durante a revista o réu pegou no seu pênis por dentro da cueca, e depois pediu para que fizesse sexo oral. Então, o réu lhe ofereceu o valor de R$ 100 (cem reais), e foi aumentando a oferta, momento em que gritou pela avó. Por fim, a depoente disse que conversou com a avó do menor, e esta lhe afirmou que escutou o grito do neto, entretanto, não entrou na sala, pois ficou constrangida, já que era a sala do delegado.*

M. S. A. B., Conselheira tutelar à época dos fatos, afirmou que a Conselheira F. é quem fez o atendimento do menor. Que na segunda-feira, o pai da vítima chegou ao Conselho Tutelar, nervoso e questionando quem era a conselheira que atendeu o menor no final de semana, tendo a Conselheira F. se identificado. Então, o genitor da vítima relatou o ocorrido. Com isso, foram até a escola da vítima para ouvi-lo. Contou que o menor estava muito nervoso, e confirmou que o réu havia lhe oferecido dinheiro para fazer sexo oral com ele, e mostrou vídeos eróticos no computador. Afirmou que a vítima chorou durante a entrevista.

*S. de L. B., investigadora da Polícia Civil, afirmou que durante o plantão, apenas o plantonista fica na delegacia, enquanto ela e o delegado ficam de sobreaviso. Afirmou que durante o plantão, entre 12h e 14h, a delegacia ficava sem nenhum policial. A respeito dos fatos envolvendo o menor *****, disse que viu que a avó do menor fora da sala do delegado. Acrescentou que a persiana da janela da sala do réu sempre estava fechada.*

*A testemunha I. C. do A., Policial Civil, afirmou que durante o horário de almoço a delegacia ficava sem nenhum policial, sendo que o plantonista retornava às 13h00min. Disse que se recorda de uma ocorrência envolvendo a genitora do menor *****. Ponderou que não era costume o menor aguardar o conselho tutelar ou seus pais na sala do delegado.*

O réu E. O. M., por sua vez, ao ser interrogado em juízo, negou ter abusado da vítima, afirmando que realizou a formalização do flagrante no sábado pela manhã, sendo o menor apresentado por sua avó E. Relatou que após ouvir a avó do menor, que era analfabeta, acionou o Conselho Tutelar para que acompanhasse o depoimento do menor. Afirmou que E. se queixou do ar-condicionado, pedindo para sair do gabinete. Narrou que teria dito à avó do menor que seria melhor ela ficar junto do menor, mas ela optou por ficar aguardando em uma

cadeira que fica ao lado da porta de sua sala, tendo permanecido sozinho com o menor até a chegada do Conselho Tutelar, quando então colheu suas declarações. Alegou que a porta estava apenas encostada, semiaberta, e não fechada. Negou ter mostrado vídeos de sexo ao menor, ter passado as mãos em seu corpo, ou feito revista pessoal.

Questionado quanto tempo demorou para o Conselho Tutelar chegar na delegacia, afirmou que levou em torno de 15 (quinze) minutos. Asseverou que ficou sozinho com o menor por aproximadamente 10 (dez) minutos. Confirmou que no dia dos fatos estavam na delegacia, a avó do menor, a escrivã S., além dos policiais de plantão. Questionado se havia mais algum policial no local, respondeu que às vezes policiais militares estão na delegacia porque não têm local adequado para fazer registro de ocorrência. Que no dias dos fatos, tem certeza que a escrivã e um investigador estavam na Delegacia, e que não se recorda qual conselheira tutelar acompanhou a oitiva.

Dessa forma, analisando as provas testemunhais produzidas em juízo, temos duas versões antagônicas. O réu negando a prática do crime, e a vítima confirmando os fatos narrados na denúncia. Com isso, para se chegar a um decreto condenatório ou absolutório, o juízo deve analisar os depoimentos das testemunhas e demais provas constantes dos autos, para então, decidir qual versão apresentada encontra respaldo probatório.

Sobepesando tais provas, entendo que a condenação encontra respaldo probatório farto, robusto e coerente. Vejamos:

O réu se limitou a negar a prática do fatos, não trazendo qualquer elemento corroborativo de sua negativa, inclusive confirmou que ficou sozinho com o menor em sua sala. Como justificativa, alega que a avó do menor preferiu aguardar fora do gabinete em razão da temperatura do ar condicionado. Disse, ainda, que somente passou a ouvir o menor com a chegada do Conselho Tutelar.

Pois bem. Rememorando o depoimento de E. dos S., avó do menor, ela não falou nada sobre temperatura do ar condicionado, pelo contrário, disse que o réu pediu para ela sair do gabinete e aguardar fora da sala, inclusive ouviu seu neto gritar, e somente não entrou na sala, em razão da posição funcional do réu – delegado. Portanto, a afirmação de que a avó do menor saiu espontaneamente da sala é inverídica.

A oitiva do menor na presença do Conselho Tutelar também não encontra amparo probatório, já que a Conselheira Tutelar F. de A. S, em depoimento minucioso, afirmou que ao chegar na delegacia, a avó do menor estava fora da sala do delegado; que recebeu uma ligação do réu afirmando que "o depoimento seria rápido e já estava ouvindo o menor"; que ao entrar na sala viu o menor sentado e o réu puxando a cadeira para perto do computador para terminar a oitiva; que chegou na delegacia e a porta da sala do réu estava fechada.

Dessa forma, verifica-se facilmente que a versão apresentada pelo réu é apenas com o fito de se livrar de eventual condenação, já que não corroborada pelas demais provas.

Com isso, tenho que os fatos se deram da seguinte forma:

O menor chegou para ser ouvido, acompanhado de sua avó. O réu colheu o depoimento da avó, e pediu para ela aguardar fora da sala, afirmando que sua presença era desnecessária. Então, fechou a porta da sala (a cortina já estava fechada), e começou a abusar do menor, inicialmente fazendo uma "revista" em seu corpo, passando as mãos por todo o corpo da vítima, inclusive por dentro do shorts, em seu pênis. Na sequência, foi para um canto da sala, abaixou as calças e mostrou seu pênis para o menor, além de indagar se já havia feito sexo oral. No mais, ofereceu dinheiro à vítima para que fizesse sexo oral no réu. Por fim, mostrou ao menor vídeos de sexo explícito em seu computador. Após tudo isso, ligou para o Conselho Tutelar ir acompanhar o depoimento, tanto que quando a conselheira chegou ao local, o depoimento já estava no fim.

O depoimento apresentado pelo menor, tanto é verdade, que em busca e apreensão autorizada judicialmente, foram encontrados diversos arquivos de mídia com fotos e vídeos pornográficos no computador funcional do réu (autos n. 0800988-90.2016.8.12.0042/01).

*De rigor concluir, portanto, que a prova oral produzida, somadas às mídias encontradas no computador do réu, demonstram, de forma segura, que o acusado praticou atos libidinosos contra o ofendido *****, passando a mão em seu corpo e órgão genital e ainda, mostrou vídeos pornográficos em seu computador funcional.*

Não há elementos de prova nos autos que retirem a credibilidade da palavra da vítima, valendo lembrar que esse tipo de violência, em regra, é praticado na clandestinidade, sem testemunha presencial, tendo a palavra da vítima um peso fundamental para elucidar a verdade. Assim sendo, não há que se falar em fragilidade probatória, pois os atos perpetrados pelo réu já constituem o delito de estupro de vulnerável.

Portanto, a tese defensiva, de ausência de provas suficientes para a condenação, restou devidamente afastada pelo que se demonstrou da análise e valoração probatória.

(...).” (grifado no original)

Diante da análise de todas as provas, ficou demonstrado que o gabinete do réu ficava, em regra, com a porta fechada (e não trancada), janelas fechadas e com persianas, havia um armário em seu interior, um computador preto de seu uso, que continha vídeos pornográficos, circunstâncias que coincidem com a narrativa da vítima.

Ademais, ficou claro que, nos finais de semana, permanecia na delegacia somente o policial plantonista, enquanto o delegado e a escrivã ficavam de sobreaviso, portanto, o fluxo de pessoas no local era mínimo (os fatos ocorreram no sábado).

Além disso, a porta de entrada da delegacia era de metal e fazia barulho quando aberta, portanto, o réu, do interior de seu gabinete (o qual ficava defronte a mesma), poderia escutar alguém entrando no local (auto fotográfico – fls. 522-546).

Ficou demonstrado, ainda, que, em regra, o réu realizava, ele próprio, a oitiva de menores, sem a presença da escrivã (que somente assinava depois o termo), mas com a presença dos pais ou responsáveis ou do conselho tutelar, fato diverso do presente caso em que ficou sozinho com ***** por cerca de 20 a 30 minutos em seu gabinete, tempo suficiente para que praticasse os atos libidinosos em uma criança franzina, de 11 anos de idade, que estava ali para ser ouvida como vítima de violência doméstica.

Reforço que, ao contrário do alegado pela defesa, consta nos autos de exibição de documento que foram encontrados diversos vídeos e imagens pornográficas no microcomputador funcional do réu e no pendrive 02, apreendidos com autorização judicial em seu gabinete (n.° 0800988-90.2016.8.12.0042/01 – em apenso na ação originária) e não somente arquivos de imagens (fl. 125), como quer fazer crer.

Além disso, devem ser destacadas algumas respostas aos quesitos constantes no laudo pericial de exame em corpo de delito em mídia digital e laudo complementar (fls. 112-130 e 175-179):

Quesito 2 – ***“foram encontrados diversos arquivos com conteúdo pornográfico, inclusive arquivos que foram acessados no ano de 2015.*** *Os arquivos e as informações de data de acesso serão gravados e encaminhados juntamente ao laudo. ”* (fl. 128).

Quesito 3 – *“**foram encontrados diversos registros de acessos a sites com conteúdo pornográfico, inclusive arquivos que já foram acessados no ano de 2015.** Um relatório com estas informações será gravado e encaminhado juntamente ao laudo. ”* (fl. 129).

No que se refere à ausência de consulta a sites pornográficos na data dos fatos, conforme já esclarecido pelo magistrado na sentença, *in verbis* (fls. 1.142-1.143):

> *"Nesse ponto, a defesa tem razão, já que não houve acesso a sites eróticos nos referidos dias. Entretanto, tal fato não leva à absolvição do réu, pois* ***é patente que os vídeos foram exibidos a partir de equipamentos externos apreendidos na Delegacia de Polícia (HD e pen drive), que, por óbvio, não deixam registros de acesso, como afirmado pela perícia "Arquivos executados através de equipamento externos, geralmente são carregados na memória RAM. Este é um tipo de memória volátil e suas informações são apagadas quando o computador é desligado****". (fls. 178).*
>
> ***Corroborando tal informação temos as mídias anexadas aos autos dependentes (n. 0800988-90.2016.8.12.0042/01), contendo fotos e vídeos pornográficos e apreendidos quando da busca e apreensão realizada na Delegacia de Polícia****. Observo, ademais, que* ***o réu, quando interrogado, afirmou possuir apenas mídias pornográficas relacionadas ao seu exercício funcional, ou seja, procedimentos ocorridos em Rio Verde*** *(interrogatório do réu, a partir do minuto 41), o que,* ***por óbvio, é inverídico, conforme denota as mídias anexadas ao processo dependente, que não guardam relação com qualquer procedimento local. "***

Portanto, diante da palavra firme, clara e segura da vítima corroborada por todo o conjunto probatório, cai por terra a alegação defensiva de que os fatos são mentirosos, um plano de vingança, inclusive de que ela fosse amiga da outra vítima, ***** (*"o único ***** que conhece é filho de uma Conselheira Tutelar"* – fl. 52) conforme esclarecido em juízo, logo após a pergunta da acusação a respeito (07:11 – 07:43min - fl. 745) e corroborado pela testemunha policial civil R. (*"ao que sabe ***** e ***** não se conhecem, moram em bairros distantes*[2] *e são muito diferentes, uma vez que ***** é uma criança ainda e ***** um adolescente 'escolado'"* - fl. 367).

Destaco, ainda, que a genitora da vítima, S., tudo indica, já era acostumada a se envolver em confusão, assim, o fato de ser presa não surpreenderia *****, o qual, ao contrário dela, era comportado, educado, estudioso e cuidado pela avó E., não possuindo motivos para inventar fatos de tamanha gravidade contra o réu.

Desta feita, os argumentos defensivos de ausência de provas para a condenação, que se baseou em elementos frágeis, não encontram amparo no conjunto probatório.

É sabido que nos crimes contra os costumes a palavra da vítima tem sempre preponderante relevância, eis que na maioria das vezes eles são praticados às escuras, escondidos, em locais de pouco ou nenhum movimento, em horas mortas, o que impede que seja presenciado por outras pessoas.

Neste sentido a jurisprudência:

> ***Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu.*** *(TJSP RT 671/305-6).*
>
> *Hipótese em que o Juízo sentenciante se valeu, primordialmente da palavra da vítima – menina de apenas 8 anos de idade, à época do fato – e do laudo psicológico, considerados coerentes em seu conjunto, para embasar o decreto condenatório.* ***Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios.*** *Precedentes. II-I. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (STJ – Resp 700800/RS, Recurso Especial 2004/0147242-2 – Rel. Min. Gilson Dipp – Quinta Turma – J. 22/03/2005).*

O conjunto probatório não deixa dúvidas, portanto, que o apelante praticou atos libidinosos contra a vítima *****, de 11 anos de idade, devendo ser mantida a condenação por infração ao art. 217-A do Código Penal.

2 Na época dos fatos, ***** residia no bairro Jardim dos Estados (fl. 22), enquanto ***** no bairro José Antonio (fl. 263).

Do crime de estupro cometido contra a vítima ***** (fato 02).

A autoria e a materialidade do fato delituoso restaram amplamente comprovadas pela certidão de nascimento da vítima ***** – 14 anos de idade (fl. 253), termo circunstanciado de busca e apreensão (fls. 97-101), laudo pericial de exame em corpo de delito em mídia digital e laudo complementar (fls. 112-130, 175-179), documentos referentes às chamadas telefônicas e relatórios (fls. 512-521), auto fotográfico das dependências da delegacia de Rio Verde de Mato Grosso (fls. 522-546), autos de exibição de documento contendo vídeos e imagens pornográficas (n.° 0800988-90.2016.8.12.0042/01), declarações da vítima e das testemunhas.

Após análise minuciosa do conjunto probatório, cheguei à conclusão de que a negativa de autoria (fls. 185-193, 968) está isolada nos autos.

Restou demonstrado que no dia 28/11/15, sábado, de manhã, o adolescente ***** teria, em tese, cometido ato infracional equiparado a furto de um veículo Voyage, juntamente com o adulto F. C. dos S.

As vítimas do furto, F. e P., solicitaram ajuda do policial civil E., o qual, logo depois, em flagrante, apreendeu o adolescente infrator ***** e prendeu F. C. dos S., levando-os para a delegacia por volta das 11:30 horas.

Lá chegando, o policial E. repassou o caso para o policial plantonista, G. R. F. (já falecido), e foi embora. G. avisou o delegado, ora réu É., da prisão e apreensão em flagrante de um adolescente, o qual disse que ali compareceria após o almoço (ligação efetuada do telefone fixo da delegacia 3292-1528 para o celular funcional do réu 9987-9815 (fl. 189 e 515), às 11:36 horas – fls. 520 e 745 – depoimento de E.).

O policial G. não acionou o Conselho Tutelar, nem solicitou a presença do responsável pelo menor. Em seguida, levou F. para a cela e ***** para o "corró" (corredor com armários, localizado antes das celas) e se retirou da delegacia para almoçar.

Consta nos autos que, nos finais de semana, permanecia na delegacia somente o policial plantonista, enquanto o delegado e a escrivã ficavam de sobreaviso, bem como que, durante o período do almoço, entre 12 e 14 horas, não permanecia nenhum policial ali, ainda que houvesse presos no local.

Desta feita, por volta das 12 horas, quando não havia nenhum policial na delegacia, por ser horário de almoço, ali chegou o réu, retirou o ofendido ***** do "corró" e o levou para um quartinho, onde mandou que tirasse a roupa, enquanto perguntava se ele já tinha feito sexo e dizia que o livraria da ocorrência caso ficasse com ele.

Em seguida, o réu levou ***** para a cozinha, ordenou que retirasse a roupa novamente, o masturbou e fez sexo oral nele. Segundo o ofendido, o réu "chupava" seu pênis e limpava a boca em sua camiseta (de *****), fato que durou mais de 10 minutos, e que ficou com medo dele, por ser delegado, ter armas de fogo e ficar ameaçando de prendê-lo, de inventar um monte de coisas para prejudicá-lo e de interná-lo na UNEI.

Na sequência, o réu levou o ofendido ***** para o gabinete dele, local em que passou a lhe mostrar vídeos pornográficos em seu computador, perguntando "se ele fazia aquilo" e que se ele permitisse que ele fizesse o mesmo, sempre o tiraria da cadeia quando fosse "preso".

Não bastasse, o réu foi para o outro lado da mesa, tirou sua calça e mostrou seu pênis para o ofendido, pedindo que pegasse nele, o que não foi aceito.

Depois, o réu passou a oferecer dinheiro para que ***** se encontrasse com ele para "fazer umas coisas", inclusive, pedindo que ele levasse meninas (adolescentes), dizendo que o pegaria em frente ao lava-jato localizado próximo de sua casa, por volta das 20 horas. Por fim, disse que o fato deveria ficar entre eles e que se ***** contasse para alguém, ninguém acreditaria nele.

Após o almoço, chegou na delegacia a escrivã S., para realizar trabalho particular, momento em que o réu pediu que ela acionasse o Conselho Tutelar, o que foi feito às 12:52 horas (fls. 521 e 745 – depoimento de Sisa).

Logo depois, ali chegaram as conselheiras M. S. e E., oportunidade em que a primeira presenciou a oitiva do ofendido ***** a respeito do ato infracional equiparado a furto do veículo, e a segunda recebeu determinação para ir buscar a genitora deste, E.

Encerrada a oitiva, quando ***** e sua genitora já iam embora, o réu pediu para falar com ambos, mas quando E. entrou, ele pediu que ela saísse da sala, ficando sozinho com o menor, dizendo que o esperaria no lava-jato à noite.

Como o ofendido não foi ao encontro marcado, no decorrer da semana o réu determinou verbalmente a vários policiais civis (S., R., C., G.) que fossem buscá-lo, bem como a sua genitora, por três vezes, ou seja, na segunda, quarta e sexta-feira, ora sob o pretexto de apresentar documento pessoal, ora de aditar suas declarações no caso do ato infracional equiparado a furto do veículo, e ora para ser ouvido sobre um roubo ocorrido no "Trevão".

Assim que E. entrava na sala, o réu pedia que ela aguardasse lá fora sentada, permanecendo sozinho com ***** por alguns minutos, indagando o motivo dele não ter ido no encontro, dizendo que ele estava "pisando na bola" e insistindo para que fosse em outro encontro em via pública ou na própria delegacia (ao final do expediente).

O ofendido ***** não compareceu a nenhum encontro com o réu, negou ter consentido com qualquer ato libidinoso, e narrou os fatos para sua avó V. e esta, por sua vez, contou para a genitora dele, E.

Na quarta-feira, dia 02/12/15, após sair da delegacia, o menor fugiu de casa, com medo do réu. E. pediu ajuda ao Conselho Tutelar e questionou o fato do delegado ficar ouvindo seu filho sozinho na sala dele, pedindo que ela aguardasse do lado de fora, sentada.

As conselheiras F. e M. S. foram até a residência de E., momento em que V., avó de ***** lhes contou sobre os abusos por ele sofridos. No dia seguinte, após ter sido localizado, as conselheiras conversaram com *****, o qual, envergonhado, narrou toda a sequência do abuso sofrido pelo delegado.

Logo depois, foi iniciado o PIC (procedimento investigatório criminal) pelo Ministério Público Estadual.

Todas as circunstâncias do fato criminoso restaram evidenciadas pelas declarações firmes e coerentes da vítima ***** e de seus familiares (mãe E. e avó V.) corroboradas pelas testemunhas conselheiros tutelares, funcionária da delegacia e policiais, inclusive ratificados em juízo (fls. 245-251, 256-258, 225-231, 337-338; 70-72, 91-95, 136-144, 145-149, 150-156, 157-165, 166-171, 207-209, 215-217, 220, 233-238, 240-243, 340-341, 343-344, 346-348, 350-352, 365-367, 488-490, 494-496, 504-505, 745, 816-817).

A palavra da vítima também se coaduna com o auto de prisão em flagrante do furto do veículo de F. V. de A. (fls. 259-293), laudo pericial de exame em corpo de delito em mídia digital e laudo complementar (fls. 112-130, 175-179), documentos referentes às chamadas telefônicas e relatórios (fls. 512-521), auto fotográfico das dependências da delegacia de Rio Verde de Mato Grosso (fls. 522-546), autos de exibição de documento contendo vídeos e imagens pornográficas encontrados no computador funcional do réu (n.° 0800988-90.2016.8.12.0042/01).

A fim de evitar tautologia, passo a transcrever todo a análise da prova testemunhal contida na sentença e todas as circunstâncias que o envolvem, descritas firmemente pela vítima, a fim de não haver dúvidas quanto à prática do delito por parte do réu (fls. 1.130-1.142):

"(...)

*No tocante a autoria, tem-se que a vítima *****, afirmou que no dia dos fatos foi apreendido juntamente com o maior F. C. Relatou que foi levado à delegacia pelo policial civil G. e, após um tempo, o réu chegou, ocasião em que não tinha mais ninguém na delegacia. Relatou que o réu o levou para uma sala que fica perto da cozinha, mandou abaixar as calças, e começou a chupar seu pênis. Na sequência, o levou para seu gabinete e lhe mostrou vídeos pornográficos no computador.*

Afirmou que estavam na delegacia, os policiais G. e E., que o colocaram em um corredor com armários (corró). Após dez ou quinze minutos, o réu chegou, o retirou do corró", e o levou para uma salinha perto da cozinha, conferindo se a delegacia estava vazia. Então, mandou o declarante abaixar as calças. Disse que o réu lhe questionou se já havia feito sexo, e prometeu o livrar da ocorrência caso ficasse com ele. Narrou que o réu chupou seu pênis e limpou a boca na sua camiseta, na sequência, o levou para seu gabinete. Narra que o réu lhe ameaçou dizendo que o mandaria para a UNEI.

Ainda no mesmo local, afirma que o réu insistiu em "marcar um encontro" na esquina do Lava Jato perto da casa de sua avó, e que dizia para "levar alguma guria junto". Entretanto, não compareceu ao encontro. Afirmou que não consentiu à prática dos atos, e se sentiu ameaçado pelo fato do réu ser delegado. Esclareceu detalhadamente onde fica a sala do delegado, e indicou precisamente o local do computador que o réu mostrou os vídeos. Pondera que o réu lhe dizia que se não fosse aos encontros, iria prendê-lo e inventar um monte de coisa.

Afirma que já na sala do réu, este tirou o pênis para fora e lhe pedia para pegar, tendo respondido "para com isso daí, se é doido". Afirmou que o réu perguntou se no encontro poderia pegar no seu pênis, tendo respondido que sim, contudo, não compareceu a nenhum encontro. Asseverou que possuía medo do réu, em razão deste possuir arma. Relatou que o réu marcou um encontro na esquina do lava jato, e um encontro na delegacia, na hora do almoço, sendo que iria tentar gravar o abuso, mas ficou com medo. Contou os fatos para sua mãe, a qual contou para sua avó e para o Conselho Tutelar. Relatou que o réu pedia para a sua mãe dar licença da sala, e então lhe questionava sobre os encontros enquanto pegava em seu corpo. Afirmou que o réu lhe oferecia dinheiro e maconha para ir aos encontros. Disse que ficou na cela cerca de 10 a 15 minutos, apenas o tempo para o réu chegar à delegacia. Somente após todos os abusos foi ouvido sobre o furto do veículo. Esclareceu, ao final, que o primeiro dia em que o réu chupou seu pênis era final de semana.

*E. R. V. D., mãe da vítima, relatou em juízo, que o Conselho Tutelar lhe informou que seu filho estava apreendido na Delegacia de Polícia. Afirmou que chegou na delegacia e viu *****, as conselheiras e o delegado, sendo que bastava assinar o termo de entrega para liberação do menor. Narrou que estava chovendo no dia dos fatos, então, pediu carona ao Conselho Tutelar, ocasião em que o réu pediu que esperassem, pois queria falar mais com *****, apesar de já ter finalizado o procedimento. Afirmou que o réu conversou com o menor dentro de sua sala, tendo ficado do lado de fora aguardando, sentada em um banco. Afirma que o réu não esclareceu o motivo de querer falar com o menor, sozinho em sua sala, mas deixou ele entrar sozinho porque o réu é autoridade.*

*Disse que ***** estava com medo de lhe contar sobre o abuso, motivo pelo qual contou para a avó. Então, acionou o Conselho Tutelar e relatou os fatos. Afirmou que sua mãe lhe contou que ***** foi colocado em uma sala pelo policial G., e que depois o réu o levou para um quartinho onde abaixou as calças e chupou o pênis de *****. Asseverou que após esses fatos, o menor piorou em relação aos problemas que ele já tinha com a polícia. Afirmou que ficou sem entender o motivo dos policiais irem buscar o menor, dia sim dia não, sendo que na primeira vez foi a policial S. Na segunda vez, os policiais afirmaram que era necessário o menor comparecer à Delegacia para mudar seu depoimento. Já na terceira vez não se recorda o motivo. Afirma que isso ocorreu por três vezes, em dias alternados, sempre sem nenhuma intimação formal. Relatou que nas três ocasiões, somente ***** era chamado pelo delegado para ser ouvido dentro de sua sala, e a declarante esperava do lado de fora da sala, somente ao final era chamada pelo delegado.*

*Afirmou que quando o menor foi ouvido pela terceira vez, já tinha conhecimento dos abusos e não queria que seu filho ficasse sozinho com o réu. No entanto, o réu levou o menor para os fundos da delegacia, ocasião em que questionou os policiais G. e C. se o delegado poderia fazer isso, tendo eles respondido que "isso acontece mesmo". Contou que tomou conhecimento de que o réu chupou o pênis de *****, mostrou vídeos pornográficos, e queria que seu filho levasse meninas menores de idade para o encontro que marcou. Informou que em determinada ocasião, ***** sumiu, e somente o encontrou em frente da delegacia de polícia, para tentar gravar os abusos praticados pelo réu, mas ele ficou com medo e desistiu. Consignou que não possui nada contra o réu, além do fato dele ter abusado sexualmente de seu filho.*

*A testemunha M. S. A. B., Conselheira Tutelar à época dos fatos, afirmou ter atendido ***** em um final de semana, após o meio dia. Disse que quando chegou na Delegacia, o menor já estava com réu, dentro da sala, sozinho, e que a porta estava fechada, mas não trancada. Relatou que o Conselheiro A. bateu na porta e entrou na sala junto com a declarante. Após a oitiva do menor, realizaram o termo de entrega para a mãe. Alegou que em determinado momento, o réu disse que mostraria uma cela para ***** momento em que este quis chorar, tendo o réu o levado para os fundos da delegacia. Relatou que na mesma semana, recebeu uma ligação da mãe de *****, perguntando se era normal o delegado chamar novamente seu filho para ir à delegacia. Então, questionou a mãe de ***** se ela foi junto com o menor conversar com o delegado, tendo ela respondido que não, informando, inclusive, que o Conselho Tutelar sequer havia sido acionado. Nessa ligação, a mãe de ***** solicitou ao Conselho Tutelar que fosse até a casa dela, e ao chegar no local, ***** narrou o ocorrido. Afirmou que sua apreensão pelo crime de furto foi bem antes da hora do almoço, e quando chegou na delegacia, o réu o levou para os fundos do local, onde há o acesso às celas, depois voltou com ele para a sala, oferecendo dinheiro para que fizesse sexo oral, e lhe mostrou vídeos eróticos em seu computador, indagando se ele gostava daquilo. Além disso, o réu ofereceu dinheiro para sair com o menor, e queria marcar um encontro. Asseverou que durante o período em que foi conselheira tutelar, essa foi a única vez em que o Delegado ficou sozinho com um menor dentro da sala, que nas outras vezes, a própria Polícia Militar acionava o Conselho Tutelar, e o menor ficava esperando fora da sala do réu.*

*F. de A. S., Conselheira Tutelar à época dos fatos, afirmou que não acompanhou o menor na delegacia, sabendo que o atendimento ocorreu durante o plantão da Conselheira S. Entretanto, estava prestando apoio quando os policiais civis J. e C. entregaram ***** no Conselho Tutelar. Confirmou que ***** disse que queria falar algo, mas estava com vergonha, porém, relatou os abusos ocorridos na Delegacia de Polícia. Afirma que ***** disse que estava com nojo de sua camiseta, pois o réu havia feito sexo oral nele, e limpado na sua camiseta. Além disso, disse que o réu havia lhe mostrado vídeos pornográficos.*

*V. V., avó da vítima, afirmou que ***** lhe contou que o Delegado havia chupado seu "pinto" (sic) e secado a boca em sua camiseta. Então, contou esse fato à genitora de *****, que acionou o Conselho Tutelar. Confirma que ***** disse que o fato ocorreu em uma salinha, e que o réu queria marcar um encontro com ele. Tem conhecimento de que o menor foi chamado várias vezes à delegacia de polícia, e que o réu marcava encontros com ele.*

*S. de L. B., policial civil, afirmou que durante o período de almoço, entre 12hs e 14h, não permanece nenhum policial, tanto na Delegacia, quanto na carceragem, sendo que algumas vezes o plantonista pode sair mais cedo ou mais tarde, caso haja algum imprevisto. Relatou que no dia da apreensão de *****, foi até a delegacia de polícia para realizar outro trabalho, e quando chegou percebeu que não havia ninguém no local. Entretanto, ao sair para almoçar, percebeu que havia uma pessoa presa no "corró", e em conversa com outros policiais, lhe contaram que era o menor *****. Quando voltou do almoço, encontrou o réu na frente da porta do gabinete, junto com o menor *****, e acredita que o policial G. estava no local, mas não se recorda. Então, o réu pediu para a declarante acionar o Conselho Tutelar, e buscar a chave da sala dele, que estava na casa da mulher que limpava a delegacia, menos de 5 (cinco) minutos de distância da delegacia. Quando retornou com a chave, viu o policial civil G. Afirmou ter realizado ligação para o Conselho Tutelar, por volta de 12h52min. Não*

*sabe informar o que aconteceu após isso. Sabe que ***** retornou à delegacia em outro dia, acompanhado da mãe. Confirma que o réu alegava que havia esquecido de perguntar algo ou de pedir algum documento para *****, justificando, portanto, a necessidade de novo comparecimento na delegacia. Esclareceu que era normal chamar pessoas para comparecimento na Delegacia de Policia, mesmo sem notificação, em especial nas prisões em flagrante e casos de urgência. Disse que o réu costumava trabalhar com a porta fechada, e que a sala permanecia trancada quando ele não estava na delegacia. Esclarece que os menores apreendidos em flagrante aguardam no corredor, não sendo comum ficarem na sala do réu. Disse que não se recorda se o policial G. chegou na delegacia antes ou depois da declarante, sendo que viu apenas *****, e somente depois viu o policial G. Confirma que, ao menos em uma ocasião, viu a mãe de ***** sozinha do lado de fora da sala do réu, aguardando o menor ser ouvido.*

*I. C. do A., policial civil, afirmou que no caso de apreensão em flagrante, o réu determinava que acionassem o Conselho Tutelar e comunicassem os pais do apreendido. Afirma que em determinada ocasião, foi buscar o menor ***** e sua mãe, por ordem verbal do réu, deixando-os em frente à sala do réu.*

*C. A. de C., policial civil, afirmou que o fato envolvendo o menor ***** ocorreu em um sábado, e que durante aquela semana teve que buscá-lo duas vezes, por determinação verbal do réu, consignando que conduzisse o menor até à delegacia juntamente com sua mãe, para que fosse ouvido novamente e trouxesse documento de identificação. Confirma que cumpriu a ordem, e os deixou sentados nos bancos situados fora da sala do réu, não sabendo o que ocorreu depois.*

*A testemunha A. D. D., conselheiro tutelar, testemunha arrolada pela defesa do réu, nada soube dizer acerca dos fatos. Afirmou que nunca presenciou o réu atendendo menor sem a presença de conselheiro tutelar. Quanto ao atendimento do menor ***** envolvendo o furto de um veículo, afirmou que atendeu um telefonema e passou à conselheira M. S., sendo que isso ocorreu próximo do horário de almoço. Questionado se já viu o réu atendendo algum menor, sozinho e de porta fechada, afirmou que já o viu sozinho com menor, mas com a porta aberta, mas em regra, os menores aguardavam a chegada do Conselho Tutelar nas cadeiras situadas no corredor da Delegacia de Polícia.*

*A testemunha de defesa N. de S. A. F., ex Conselheira tutelar e amiga do réu (tanto que chamou a presente ação penal de "palhaçada"), afirmou que nunca presenciou oitiva realizada pelo acusado sem a presença de conselheiro tutelar, e não sabe de fatos que desabonem a sua conduta. Se limitou a afirmar que não acredita na acusação, e que a genitora de ***** queria prejudicar o acusado, que acredita ser uma pessoa íntegra e honesta. Questionada se sabe que o réu responde a um processo por furto de gado na Corregedoria de Polícia Civil, alegou que não possui conhecimento. Nada soube dizer acerca dos fatos, afirmando apenas que seria extraordinário o réu estar sozinho com um menor em sua sala e com a porta fechada.*

A testemunha F. V. de A., também arrolada pela defesa, o qual é proprietário do veículo subtraído pelo menor, relatou que seu veículo foi furtado e recuperado em frente à empresa Chapéus Karandá. Afirmou que após a ocorrência, o menor foi levado para a delegacia, tendo o policial G. telefonado para o réu para relatar a apreensão em flagrante. Disse que chegou na delegacia entre 12hs e 13hs, de um sábado. Confirmou que o policial G. telefonou para o Conselho Tutelar. Entretanto, quando confrontado com suas declarações prestadas perante a Promotoria de Justiça, onde afirmou que G. efetuou apenas uma ligação telefônica, reiterou seu depoimento em Promotoria de Justiça.

A testemunha de defesa J. R. N., escrivão de polícia aposentado, nada soube dizer acerca dos fatos, se limitando a afirmar que durante oitiva de menor apreendido, o réu acionava o Conselho Tutelar ou responsáveis.

A testemunha R. M. P. da S., investigadora de polícia civil, afirmou que trabalhou com o réu por seis anos e meio, e que o procedimento para oitiva de adolescente, em regra, é aguardar o Conselho Tutelar ou um familiar, para então ser ouvido pelo delegado. Afirmou

*que o réu sempre cumpria essa regra. Não sabe nada sobre a ocorrência envolvendo o menor *****, pois já estava lotada na cidade de Coxim.*

*E. P. dos S., Conselheira Tutelar à época dos fatos, afirmou que desconhece os fatos narrados na denúncia. Apenas se recorda que o conselheiro A. passou o plantão e o respectivo telefone para a conselheira M. S., por volta de 12h30min a 13h30min. Que A. levou a Conselheira M. S. para a delegacia, a fim de acompanhar o depoimento do menor *****, enquanto a declarante foi buscar a mãe do menor, por volta de 13h00min a 13h30min. Confirmou que a pedido do réu, ***** e sua genitora permaneceram na sala porque o acusado queria conversar com a mãe do menor.*

N. C. N., investigador de polícia, também arrolado pela defesa, afirmou que não ficou sabendo dos fatos, e que trabalhou com o réu antes dele ser delegado, no ano de 2004, época que ele era escrivão de polícia, depois perdeu contato com o réu.

J. T. de S., policial civil, se limitou a afirmar que trabalhou com o réu na cidade de Pedro Gomes/MS, não sabendo nada sobre os fatos.

G. de S., policial civil, afirmou nunca ter presenciado o acusado atendendo menor sem a presença de conselheiro tutelar ou do responsável, sendo este o procedimento adotado.

L. M. R., assistente administrativa, afirmou que geralmente a polícia militar ou os policiais civis acionam o Conselho Tutelar ou os responsáveis para acompanharem depoimentos de menores de idade. Não se recorda de nenhum depoimento de menor que tenha sido iniciado sem a presença do Conselho Tutelar ou do responsável. Por fim, disse que o réu não tinha o costume de trancar a porta de seu gabinete.

Y. A. C., policial civil e amigo íntimo do réu, afirmou que trabalhou com o réu entre os anos de 2005 e 2008, e após trabalhou em datas alternadas como escrivão ad hoc na delegacia. Disse que o réu costumava deixar a porta de seu gabinete apenas fechada, nunca trancada. Relatou que as oitivas realizadas pelo réu eram acompanhadas por conselheiros tutelares ou responsável.

D. G. V., afirmou que foi conselheira tutelar por 12 (doze) anos, que o Conselho Tutelar era acionado pela polícia militar ou civil, e muitas vezes chegavam à Delegacia antes do menor aprendido. Disse que não era normal o réu já estar dentro da sala com o menor, porque ele costumava chegar na delegacia após a chegada do menor e do conselho tutelar. Asseverou que sempre acompanhou depoimentos de menores na íntegra, e nunca presenciou situação em que o conselheiro tutelar chegava após o início do depoimento do menor.

*Por fim, a testemunha de defesa, E. da S. G., policial civil aposentado, afirmou que recebeu a comunicação do crime de furto envolvendo o menor *****, por volta de "meio dia e pouco". Que o réu determinou que fosse acionado o Conselho Tutelar, e que ele viria por volta das 13h para fazer o flagrante, porque estava em horário de almoço.* ***Afirma que na delegacia permaneceu apenas o policial G., o preso F. C., na cela da carceragem, e o menor *****, em um corredor da delegacia. Esclareceu que o procedimento padrão é o plantonista comunicar o delegado,*** *e, na sequência, o Conselho Tutelar, por fim, o plantonista deveria avisar o delegado novamente, quando todos já estivessem na delegacia. Disse que a porta do gabinete do réu ficava encostada e não trancada, e que o réu é tímido e afastado.* ***Narrou que o policial G. telefonou para o réu informando o flagrante, às 11h36min, logo após chegar na delegacia, e então, deixou o local.*** *Asseverou que nunca viu preservativos na delegacia para uso de presos, não se recordando de determinações da secretaria de saúde ou do juiz nesse sentido. Sobre o computador apreendido, afirmou que ele era utilizado exclusivamente pelo réu.*

*Em interrogatório judicial, o réu E. O. M. afirmou que o menor ***** tinha motivos para lhe prejudicar. Alegou que a ficha criminal de ***** é extensa, sendo que ele possui várias passagens, apreensões e já foi internado na UNEI. Quanto ao dia dos fatos, narrou que E. lhe telefonou informando que iria almoçar e depois iria para a delegacia, sendo que*

*orientou E. a acionar a escrivã, o Conselho Tutelar e a mãe do menor. Disse que quando chegou na delegacia, E. Também estava chegando, e no interior da Delegacia já se estavam o policial G. e a escrivã S., a qual estava corrigindo provas do Enem, por ser professora de letras. Disse que não se recorda se a mãe de ***** estava presente durante a lavratura do flagrante. Alegou que não viu onde ***** estava quando chegou na delegacia, mas que certamente ele deveria estar no "corró", a cela que antecede a carceragem da delegacia. Afirma que não foi até o "corró" ou na cozinha com *****. Negou ter mostrado vídeos pornográficos para *****, e que em nenhum momento ficou sozinho com ele. Indagado sobre ter marcado encontro com o menor, afirmou quer nunca marcou qualquer tipo de encontro. Questionado sobre a perícia que encontrou material pornográfico em seu computador funcional em delegacia, declarou que tal fato não possui relação com os fatos da denúncia. Afirmou que ***** e sua mãe podem querer prejudicá-lo, em razão de possuírem diversas ocorrências criminais. Quanto ao fato do menor ter ido outras vezes na delegacia de polícia, alegou que a mãe de ***** não carregava documentos dele, e que deve ter solicitado a algum policial que fosse buscar a certidão de nascimento do menor. Sobre ter chamado ***** para ir na delegacia novamente para aditar seu depoimento, afirmou que isso se deu porque houve divergência no relato dos fatos do flagrante do furto de veículo, e que a nova oitiva do menor foi necessária para esclarecimento da real dinâmica dos fatos apurados no auto de prisão em flagrante. Confirmou que após a primeira oitiva do menor, solicitou que ele retornasse para levar documento pessoal e depois para aditar suas declarações. Afirmou que após a oitiva de sábado, o menor retornou mais uma vez para fazer o aditamento de depoimento, pois estava em contradição com o depoimento de F. C. Confrontado pelo fato de no auto de prisão em flagrante constar que F. C. permaneceu em silêncio, alegou que o ouviu informalmente. Se recorda que ***** foi apreendido no horário do almoço, que acredita que chegou na Delegacia por volta de 13h/13h30min.* ***Questionado se confirma ter sido informado por E. às 11h36min46seg, horário descoberto com base em quebra de sigilo telefônico, afirmou que deve ter sido por volta desse horário sim. Questionado sobre o fato de haver registro de ligação para o Conselho Tutelar somente às 12h52min09seg, e se saberia explicar o porquê dessa diferença tão grande de horário entre as ligações, visto que determinou que o Conselho Tutelar fosse imediatamente acionado, não soube explicar o porquê da demora das ligações.*** *Indagado sobre o depoimento prestado pela escrivão S., informando que ela chegou na delegacia e visualizou o réu sozinho com *****, em frente ao seu gabinete, negou tal fato. Alegou que talvez ***** tenha ficado sentado nas cadeiras próximas à porta da sua sala, no corredor da delegacia, mas não ficou sozinho com o menor dentro do gabinete. Não se recorda o horário que o policial E. foi ouvido no auto de prisão em flagrante, mas sabe que isso foi no período da tarde. Afirmou que transcrevia os depoimentos colhidos pelo software de texto word, e que não colocava exatamente a hora em que realizava os depoimentos, arredondando e aproximando os horários. Em regra, trabalhava com a porta de sua sala fechada, mas nunca trancada com chave.* ***Indagado sobre as pesquisas encontradas no histórico do computador, como "caiu na net alunos transando", "vídeos de alunos transando", "vídeos transando em escola", "vídeos adolescentes", alegou que fez essas pesquisas e que ao abrir sites desse tipo, outras janelas abriam em seu navegador. Acerca dos arquivos e acessos de conteúdo pornográfico, confirma ter acessado sites de conteúdo pornográfico, e confirma que possuía arquivos de vídeos e fotos de pornografia.*** *Alegou que na época dos fatos, ocorreram situações em Rio Verde no qual vazaram fotografias de uma aluna, cuja família procurou a delegacia para apurar os fatos. Além disso, houve o vazamento des fotos do ex-Prefeito W., além de fotos de uma funcionária da Loja Gazin, conteúdo que ficou no arquivo da delegacia para uso policial, como cópia de segurança.* ***Sobre os preservativos encontrados em uma gaveta de sua mesa, alegou que quando chegou em Rio Verde de Mato Grosso, eram permitidas visitas íntimas aos presos por determinação informal do juiz da época,*** *sendo que os preservativos encontrados são aqueles entregues por postos de saúde para essa finalidade. Após o fim desse tipo de visitas, as camisinhas foram guardadas na sala do escrivão, e depois, em razão de uma reforma, vários objetos que estavam na sala do escrivão foram colocadas em um armário na sua sala. Afirmou que aos finais de semana, e ao final do expediente, trancava sua sala com chave, mas durante o expediente sempre deixava a porta aberta.* ***Ao responder questionamentos da defesa, afirmou que acessou sites de pornografia algumas vezes no computador na delegacia, apenas por curiosidade,*** *e questionado se sabe apagar registros de memória remota do computador, alegou que não sabe. Por fim, afirmou que a porta de seu*

gabinete sempre ficava fechada, em razão do uso de ar condicionado, e que tinha uma janela de vidro entre o corredor da delegacia e sua sala, mas que havia uma persiana pelo lado direito, que às vezes deixava aberta e às vezes deixava fechada. Com a persiana fechada, é possível visualizar apenas parte da sala.

*Pois bem. Com se vê, a prova oral acima mencionada confirma, de forma segura, que o acusado praticou atos libidinosos com a vítima *****. Não há elementos de prova nos autos que retire a credibilidade da vítima, valendo lembrar que esse tipo de violência, em regra, é praticado na clandestinidade, sem testemunha presencial, tendo a palavra da vítima um peso fundamental para elucidar a verdade.*

Portanto, ***observo que de um lado temos o depoimento da vítima *****, os depoimentos das testemunhas confirmando que o réu permaneceu sozinho com a vítima em seu gabinete (depoimento da mãe do menor E. R. V. D. e depoimento da Conselheira Tutelar que acompanhou a ocorrência M. S. A. B.), a informação de que o réu mandou buscar o menor em sua residência por pelo menos três vezes, os vídeos pornográficos encontrados no computador funcional (corroborando, portanto, com a versão das vítimas de que o réu mostrou vídeos pornográficos), e a informação de que menores não se conheciam, portanto, não haveria como "inventar" a acusação. De outro lado, temos a versão do réu, que não está amparada por prova satisfatória. Pelo contrário, o réu afirma que o menor ***** tinha motivos para querer lhe prejudicar, já que possuía ocorrências policiais. Ora, não é crível e razoável, um menor que à época possuía apenas passagens policiais por crimes patrimoniais, inventar uma acusação de tamanha gravidade para prejudicar um Delegado.***

*Dito isso, analisando detidamente as provas produzidas, t*__***enho que a dinâmica do crime praticado contra o menor ***** foi a seguinte: O menor estava apreendido no local denominado "corró", o réu chegou e o levou para um quartinho nos fundos da delegacia onde mandou que o menor tirasse a roupa e lhe ofereceu dinheiro para que fosse a um encontro. Na sequência, o levou até a cozinha, determinou novamente que tirasse a roupa, e o masturbou, além de praticar sexo oral no menor.***__

Às fls. 1081 a defesa sustenta a absolvição do réu afirmando que "É possível dizer que a prova colhida no depoimento das duas supostas vítimas é a única a dar sustentação a todo o processo". Veja bem, a fundamentação supra demonstrou com clareza que além dos depoimentos das vítimas, ***a condenação se sustenta pelos depoimentos das testemunhas – inclusive policiais civis – confirmando a dinâmica dos fatos, além das mídias apreendidas (fotos e vídeos pornográficos) dando total credibilidade à versão das vítimas e comprovando os crimes narrados na denúncia.*** *Importante salientar, ainda, que todas as provas produzidas levam à conclusão de que os* __***menores não se conheciam***__*, caindo por terra a versão apresentada pela defesa de que houve um acordo prévio entre as vítimas (alegações finais, fls. 1113/1114).*

(...)." (grifo nosso e no original)

Diante da análise de todas as provas, ficou demonstrado que o gabinete do réu ficava, em regra, com a porta fechada (e não trancada), janelas fechadas e com persianas, havia um computador preto de seu uso, que continha vídeos pornográficos, circunstâncias que coincidem com a narrativa da vítima.

A descrição das dependências da delegacia pela vítima também coincidem, como o "corró", quartinho (alojamento) e cozinha (copa) (auto fotográfico – fls. 522-546).

Ademais, ficou claro que, nos finais de semana, permanecia na delegacia somente o policial plantonista, enquanto o delegado e a escrivã ficavam de sobreaviso, portanto, o fluxo de pessoas no local era mínimo (os fatos ocorreram no sábado).

Além disso, a porta de entrada da delegacia era de metal e fazia barulho quando aberta, portanto, o réu, do interior de seu gabinete (o qual ficava defronte a mesma), poderia escutar alguém entrando no local (auto fotográfico – fls. 522-546).

Ficou demonstrado, ainda, que, em regra, o réu realizava, ele próprio, a oitiva de menores, sem a presença da escrivã (que somente assinava depois o termo), mas com a presença dos pais ou responsáveis ou do conselho tutelar, fato diverso do presente caso (e do caso da vítima *****), em que ficou sozinho com ***** por mais de meia hora no interior da delegacia, tempo suficiente para que praticasse os atos libidinosos em um adolescente magrinho, baixinho, que não aparentava ter a idade que possuía, mas sim 10 ou 11 anos de idade (testemunhas ouvidas às fls. 91-95, 145-149, 150-156, 166-171, 233-238, 745).

Tanto assim o é, que ao ser ouvido judicialmente, apesar de já possuir 16 anos idade, ***** ainda aparenta ser uma criança (fl. 745).

Reforço que, ao contrário do alegado pela defesa, consta nos autos de exibição de documento que foram encontrados diversos vídeos e imagens pornográficas no microcomputador funcional do réu e no pendrive 02, apreendidos com autorização judicial em seu gabinete (n.° 0800988-90.2016.8.12.0042/01 – em apenso na ação originária) e não somente arquivos de imagens (fl. 125), como quer fazer crer.

Além disso, devem ser destacadas algumas respostas aos quesitos constantes no laudo pericial de exame em corpo de delito em mídia digital e laudo complementar (fls. 112-130 e 175-179):

Quesito 2 – ***"foram encontrados diversos arquivos com conteúdo pornográfico, inclusive arquivos que foram acessados no ano de 2015.*** *Os arquivos e as informações de data de acesso serão gravados e encaminhados juntamente ao laudo. "* (fl. 128).

Quesito 3 – *"**foram encontrados diversos registros de acessos a sites com conteúdo pornográfico, inclusive arquivos que já foram acessados no ano de 2015.** Um relatório com estas informações será gravado e encaminhado juntamente ao laudo. "* (fl. 129).

No que se refere à ausência de consulta a sites pornográficos na data dos fatos, conforme já esclarecido pelo magistrado na sentença, *in verbis* (fls. 1.142-1.143):

> *"Nesse ponto, a defesa tem razão, já que não houve acesso a sites eróticos nos referidos dias. Entretanto, tal fato não leva à absolvição do réu, pois* ***é patente que os vídeos foram exibidos a partir de equipamentos externos apreendidos na Delegacia de Polícia (HD e pen drive), que, por óbvio, não deixam registros de acesso, como afirmado pela perícia "Arquivos executados através de equipamento externos, geralmente são carregados na memória RAM. Este é um tipo de memória volátil e suas informações são apagadas quando o computador é desligado****". (fls. 178).*
>
> ***Corroborando tal informação temos as mídias anexadas aos autos dependentes (n. 0800988-90.2016.8.12.0042/01), contendo fotos e vídeos pornográficos e apreendidos quando da busca e apreensão realizada na Delegacia de Polícia****. Observo, ademais, que* ***o réu, quando interrogado, afirmou possuir apenas mídias pornográficas relacionadas ao seu exercício funcional, ou seja, procedimentos ocorridos em Rio Verde*** *(interrogatório do réu, a partir do minuto 41), o que,* ***por óbvio, é inverídico, conforme denota as mídias anexadas ao processo dependente, que não guardam relação com qualquer procedimento local. "***

Portanto, diante da palavra firme, clara e segura da vítima corroborada por todo o conjunto probatório, cai por terra a alegação defensiva de que os fatos são mentirosos, um plano de vingança, inclusive de que fosse amiga da outra vítima, *****, a qual declara na investigação, *"o único ***** que conhece é filho de uma Conselheira Tutelar"* (fl. 52) e esclarece em juízo, logo após a pergunta da acusação a respeito (07:11 – 07:43min - fl. 745) e corroborado pela testemunha policial civil R. (*"ao que sabe ***** e ***** não se conhecem, moram em bairros distantes[3] e são muito diferentes, uma vez que ***** é uma criança ainda e ***** um adolescente 'escolado'"* - fl. 367).

3 Na época dos fatos, ***** residia no bairro Jardim dos Estados (fl. 22), enquanto ***** no bairro José Antonio (fl. 263).

Destaco, ainda, que não seria crível que um adolescente infrator suspeito de um furto de veículo, acompanhado de um maior, inventaria fatos de tamanha gravidade e riqueza de detalhes contra o réu, se não fosse verdade, ainda mais porque, repito, restaram corroborados por todo o conjunto probatória.

Desta feita, os argumentos defensivos de ausência de provas para a condenação, que se baseou em elementos frágeis, não encontram amparo no conjunto probatório.

É sabido que nos crimes contra os costumes a palavra da vítima tem sempre preponderante relevância, eis que na maioria das vezes eles são praticados às escuras, escondidos, em locais de pouco ou nenhum movimento, em horas mortas, o que impede que seja presenciado por outras pessoas.

Neste sentido a jurisprudência:

> ***Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu.*** *(TJSP RT 671/305-6).*
>
> *Hipótese em que o Juízo sentenciante se valeu, primordialmente da palavra da vítima – menina de apenas 8 anos de idade, à época do fato – e do laudo psicológico, considerados coerentes em seu conjunto, para embasar o decreto condenatório.* ***Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios.*** *Precedentes. II-I. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (STJ – Resp 700800/RS, Recurso Especial 2004/0147242-2 – Rel. Min. Gilson Dipp – Quinta Turma – J. 22/03/2005).*

O conjunto probatório não deixa dúvidas, portanto, que o apelante constrangeu a vítima *****, de 14 anos de idade, mediante grave ameaça, a permitir que com ela se praticasse atos libidinosos, devendo ser mantida a condenação por infração ao art. 213, § 1º, do Código Penal.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – ESTUPRO DE VULNERÁVEL TENTADO. AUMENTO DE PENA PELA CONDIÇÃO DE PRECEPTOR. APELAÇÃO JULGADA – AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO – REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...)*
>
> *4.* ***Consoante a jurisprudência deste Sodalício, "em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos"*** *(REsp 1699051/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017). In casu, consta do aresto combatido que a palavra da vítima foi corroborada pelos depoimentos da mãe, dos avós e de uma amiga da escola. Ademais, o psicólogo e a assistente social disseram, em juízo, "que entrevistaram L. e ela relatou os fatos conforme seu depoimento policial. Asseveraram que não havia indícios de que L. pudesse estar inventando ou fantasiando os fatos". (...)*
>
> *7. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no HC 425.744/RO, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018).*

"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUA –. ***ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A, DO CÓDIGO PENAL) PRATICADO CONTRA VÍTIMA QUE À ÉPOCA CONTAVA COM 10 (DEZ) ANOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – AVENTADA TESE DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – MATERIALIDADE E AUTORIA ESTAMPADAS NAS PALAVRAS COERENTES E SEGURAS DA VÍTIMA, RATIFICADAS PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS – CONDENAÇÃO PRESERVADA.*** *PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR OU PARA O CRIME DE SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE – NÃO CABIMENTO – REQUERIMENTO PARA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A FORMA TENTADA – IMPERTINÊNCIA. EXAURIMENTO DA AÇÃO DO APELANTE – ITER CRIMINIS PERCORRIDO EM SUA INTEGRALIDADE – ATOS CONSUMADOS. DOSIMETRIA – PRETENDIDA REVISÃO DA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA – NÃO CABIMENTO – PENA FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL, EXASPERADA TÃO SOMENTE PELA CONTINUIDADE DELITIVA (ARTIGO 71, DO CÓDIGO PENAL) – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.* ***Demonstrada a prática de atos libidinosos com o contato físico entre o réu e a vítima, impossível a desclassificação da conduta para o tipo penal do art. 61 da Lei de Contravenções Penais, ou para aquele do art. 218-A do Código Penal. Como é cediço, os crimes contra a dignidade sexual, via de regra, são perpetrados na clandestinidade, sem testemunhas, e a prova pericial nem sempre se mostra conclusiva quanto à autoria delitiva. Por esses motivos, a palavra da vítima, quando firme, coerente e corroborada pelas demais evidências dos autos, adquire especial valor probatório. Precedentes****." (TJSC, AgRg no REsp 1414755/PA, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 03/05/2018) (TJSC, Apelação Criminal n. 0018900-47.2012.8.24.0008, de Blumenau, rel. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Segunda Câmara Criminal, j. 10-11-2020).*

"APELAÇÃO CRIMINAL – ***CRIMES DE ESTUPRO CONTRA MENOR DE 18 ANOS E MAIOR DE 14 ANOS (ART. 213, § 1º, DO CP)*** *E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO (ART. 14, CAPUT, DA LEI N. 10.826/03) – CONCURSO MATERIAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA –* ***RECURSO DA DEFESA – ESTUPRO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA NO TOCANTE À AUTORIA DELITIVA – INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PAUTADO NA SUPOSTA INEXISTÊNCIA DE PROVA DO DISSENSO DA VÍTIMA SOBRE O ATO SEXUAL – PALAVRA DA OFENDIDA EM SOLO POLICIAL E EM JUÍZO FIRME, COERENTE E APTA A INDICAR QUE A PRÁTICA SEXUAL OCORREU CONTRA A SUA VONTADE – DESCRIÇÃO DE VIOLÊNCIA (FORÇA FÍSICA) EMPREGADA PARA A CONSUMAÇÃO DO CRIME – VERSÃO AMPARADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – PALAVRA DA VÍTIMA QUE FOI FIRME E COERENTE EM TODAS AS OPORTUNIDADES EM QUE FOI OUVIDA – ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS SEUS DIZERES EM CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, NOTADAMENTE QUANDO EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS.*** *(...) CONDUTA QUE SE AMOLDA AO TIPO DESCRITO NA DENÚNCIA. (...) APELANTE QUE VISAVA SATISFAÇÃO DA PRÓPRIA LASCÍVIA COM ADOLESCENTE DE 14 ANOS DE IDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. (...). SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO." (TJSC, Apelação Criminal n. 0005394-79.2018.8.24.0012, de Caçador, rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 27-08-2020).*

"APELAÇÃO CRIMINAL – PROCESSUAL PENAL E PENAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RECURSO DA DEFESA – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO – PALAVRA DAS VÍTIMAS – DOSIMETRIA – COMBINAÇÃO DE DISPOSITIVOS DIVERSOS – INCABÍVEL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ANTERIORIDADE DA LEI PENAL – APLICAÇÃO DO ARTIGO 217–A DO CÓDIGO PENAL – CONTINUIDADE DELITIVA – ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL – MÁXIMO LEGAL – QUANTIDADE DE INFRAÇÕES – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Não há se falar em absolvição quando o arcabouço probatório coligido aos autos mostra-se uníssono, encontrando-se a palavra das vítimas em total harmonia com as demais provas colhidas no bojo da instrução, formando um conjunto probatório suficientemente hábil a fundamentar o decreto condenatório.

Nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra das vítimas tem especial relevância, pois se trata de delito praticado às escorreitas, sem a presença de testemunhas." *(...) (TJMS, Segunda Turma Criminal - Apelação Criminal - Reclusão - N. 2010.015882-1 – Rel. Des. Manoel Mendes Carli. J. 13.12.2010).*

Por fim, sobre o prequestionamento suscitado pelas partes, cabe esclarecer que as matérias relativas aos dispositivos de lei prequestionados não merecem abordagem específica, pois foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

DO RECURSO MINISTERIAL

O Ministério Público Estadual, identificado nos autos, pede que seja negativada a circunstância judicial das consequências do crime com relação à vítima ***** (fato 02), pois ficou evidente o grande trauma psicológico sofrido, considerando que foi abusada por um delegado de Polícia no interior da delegacia, o que desvirtua toda a construção de valores da pessoa quanto às instituições estatais e a bússola moral; sem falar que a vítima possuía 14 anos de idade na época dos fatos e se envolvia em pequenas infrações de mínima gravidade por influência de maiores de idade, porém, após os fatos, o comportamento autodestrutivo, consequência do abuso sexual, fez com que passasse a utilizar drogas e a praticar crimes mais graves, conforme, inclusive, declarou sua mãe, piorando em relação aos problemas que já tinha com a polícia. Sem falar que o réu ficou marcando encontros posteriores com a vítima, prorrogando o trauma psicológico da mesma.

Pede, ainda, a majoração das penas-bases (fatos 01 e 02), aplicando o patamar de aumento em 1/2 sobre o mínimo legal para cada circunstância negativada, pois tratam-se de crimes sem precedentes na Comarca e no Estado de Mato Grosso do Sul, não podendo ser fixadas próximas do mínimo legal, em atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como às circunstâncias do caso concreto, assegurando a reprovabilidade necessária para os gravíssimos delitos praticados. Alternativamente, pede a aplicação do patamar de aumento em 1/6 sobre o mínimo legal para cada circunstância negativada.

Por fim, pede o afastamento da continuidade delitiva com a aplicação do concurso material, por não ter se configurada, já que os crimes foram cometidos no intervalo de 70 dias, ou seja, mais que o dobro do intervalo máximo de 30 (trinta dias) adotado pela jurisprudência; contra vítimas diferentes, uma criança de 11 anos de idade e um adolescente de 14 anos de idade; com divergência no modo de execução, pois só no fato 02 houve sexo oral e marcação de encontros futuros para continuação dos abusos; o réu agiu com desígnios autônomos, inexistindo compatibilidade entre as figuras do crime continuado e da reiteração delitiva ou delinquência habitual (fls. 1.204-1.232).

No que concerne à dosimetria da pena, de fato, deve ser negativada a circunstância das consequências do crime com relação ao ofendido ***** (fato 02), pois o mal causado pelo crime ultrapassou o resultado típico, considerando que foi abusado sexualmente de diversas formas (o réu determinou que retirasse sua calça, o masturbou, fez sexo oral, depois ainda mostrou seu pênis para ele, além de vídeos pornográficos), no interior da delegacia, e ficou sendo pressionado a se encontrar com o réu em via pública ou na própria delegacia, a fim de continuar os atos libidinosos, por várias vezes na semana seguinte, tanto que foi conduzido até este local, por três vezes, sob o pretexto de apresentar documento pessoal ou aditar suas declarações no caso do ato infracional equiparado a furto do veículo, prolongando seu sofrimento emocional.

Ademais, constata-se que, até a época dos fatos o ofendido ***** apenas tinha se envolvido em três atos infracionais (equiparados a lesão corporal, posse ilegal de arma de fogo e furto tentado), situação que se agravou muito desde então, pois passou a praticar infrações mais graves, conforme consta no sistema SIGO e declarou sua genitora E. em juízo (fl. 745), havendo indicativos de que os fatos contribuíram, de alguma forma, para uma piora em seu comportamento social.

Segundo Ricardo Schmitt[4], a consequência do crime *"Revela-se pelo resultado da própria ação do agente. São os efeitos de sua conduta. Deve ser aferido o maior ou menor dano causado pelo modo de agir.* ***No exame das consequências da infração penal, o juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima,*** *aos seus familiares ou à sociedade (coletividade). "*

Nessa seara, com enfoque nos elementos de prova existentes no processo, pode-se verificar que as consequências advindas do delito exacerbam a gravidade deste para além da figura do tipo, configurando em resultado peculiar capaz de atribuir um desvalor acentuado a essa circunstância judicial. Daí, porque deve ser valorada negativamente a circunstância judicial referente às consequências do crime.

Por outro lado, entendo que não há falar em majoração das penas-bases, aplicando o patamar de aumento em 1/2 ou de 1/6 sobre o mínimo legal para cada circunstância negativada, pois o magistrado possui discricionariedade, dentro dos limites legais, para fixar a pena em conformidade com sua finalidade, prevenção e repressão do crime.

No caso, a elevação da pena-base do crime de estupro de vulnerável (vítima *****) em 10 meses e 15 dias para cada circunstância judicial desfavorável (culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime), atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não merecendo reparos.

Com relação à pena-base do crime de estupro (vítima *****) vê-se que houve uma discrepância em sua fixação, pois foram consideradas desfavoráveis duas circunstâncias judiciais idênticas ao crime cometido contra a vítima ***** (culpabilidade e circunstâncias do crime), mas houve aumento de apenas 06 meses para cada uma delas (pena-base fixada em 09 anos de reclusão).

Assim, levando em conta que também está sendo negativada em sede recursal as consequências do crime quanto ao estupro cometido contra a vítima *****, ou seja, que foram sopesadas as mesmas circunstâncias da outra vítima (*****), **nada mais justo que o réu receba a elevação da pena-base do estupro no mesmo patamar** (10 meses e 15 dias de reclusão para cada circunstância judicial), a qual reputo necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Por fim, **procede o pedido de afastamento da continuidade delitiva e reconhecimento do concurso material**.

A continuidade delitiva é uma ficção jurídica, instituída por política criminal com o fim de evitar a imposição de pena desproporcional ao resultado lesivo decorrente da prática de duas ou mais condutas criminosas da mesma espécie, realizadas de forma sequencial, isto é, em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução. Portanto, a figura do crime continuado tem relação direta com o princípio da proporcionalidade, e a sua aplicação deve sempre ser pautada por esse importantíssimo critério: que a pena seja proporcional à lesão jurídica causada pelas condutas delituosas. Tanto isso é verdade, que em recente julgado, a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, definiu que *"a pertinência da regra do crime continuado deve ser avaliada com muita cautela pelo julgador"* (HC 109.730).

Além disso, é de salutar importância ressaltar que no campo da continuidade delitiva, existem duas teorias que tratam da questão relacionada à necessidade, ou não, de o crime continuado ser praticado pelo agente com unidade de desígnios. A teoria objetivo-subjetiva exige, além dos requisitos de caráter real, uma unidade de desígnios, ou seja, um programa inicial, antecedente de que cada delito se coloca como realização sucessiva. Por outro lado, a teoria objetiva pura entende ser o crime continuado uma realidade apurável objetivamente, através da apreciação dos elementos constitutivos exteriores, independentemente da unidade de desígnio.

Nessa seara, entendo que a teoria 'objetivo-subjetiva' é a que melhor se coaduna ao princípio da proporcionalidade, pois diferencia aquele que, de forma isolada, comete vários crimes semelhantes, daquele que faz do crime a sua atividade habitual, bem assim vem prestigiar a proteção aos bens jurídicos personalíssimos,

4 Ibid, p. 138.

como é o caso da vida. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal definiu que *"reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado"* (HC 103.288).

Portanto, para a configuração do crime continuado, deve haver um **prévio liame volitivo entre os delitos**, de modo a demonstrar que os atos criminosos se apresentaram de forma entrelaçada desde antes da sua execução. Ou seja, não basta que a conduta posterior constitua um desdobramento da anterior. Também é preciso que ambas sejam provenientes de uma situação pré-orquestrada pelo criminoso.

Sobre o tema, bem explica Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

> *"A corrente ideal, sem dúvida, deveria ser a terceira, tendo em vista possibilitar uma autêntica diferença entre o singelo concurso material e o crime continuado; afinal, este último exigiria a unidade de desígnio. Somente deveria ter direito ao reconhecimento desse benefício legal o agente criminoso que demonstrasse ao juiz o seu intuito único, o seu propósito global, vale dizer, evidenciasse que, desde o princípio, ou pelo menos durante o iter criminis, tinha o propósito de cometer um crime único, embora por partes. Assim, o balconista de uma loja que, pretendendo subtrair R$ 1.000,00 do seu patrão, comete vários e contínuos pequenos furtos até atingir a almejada quantia. Completamente diferente seria a situação daquele ladrão que comete furtos variados, sem qualquer rumo ou planejamento, nem tampouco objetivo único." (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 13.ª ed., RT, 2013, p. 501.).*

Também é importante a análise desse julgado do Supremo Tribunal Federal:

> *Constitucional e penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Competência do Supremo Tribunal para julgar habeas corpus: CF, art. 102, I, 'd' e 'i'. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Homicídio consumado triplamente qualificado, homicídio tentado triplamente qualificado e sequestro e cárcere privado.* ***Continuidade delitiva. Inocorrência. Ausência dos elementos objetivos e subjetivo.*** *Controvérsia a respeito das teorias adotadas pelo Código Penal. Prevalência da teoria objetivo-subjetiva. 1. A continuidade delitiva é ficção jurídica derivada de política criminal e se traduz em favor rei na medida em que objetiva à diminuição da pena "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.", impondo-se acrescentar que tais requisitos são cumulativos, e não alternativos. 2. In casu, o paciente foi condenado a 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes tipificados nos arts. 121, § 2º, I, III e IV, 121, § 2º, I, IV e V, c/c o art. 14, II, e 148, na forma do art. 69 (concurso material), tendo requerido nas instâncias precedentes o reconhecimento da continuidade delitiva, por estarem presentes os requisitos objetivos, sustentando, outrossim, a abstração do elemento subjetivo atinente à unidade de desígnio, em razão de o Código Penal ter adotado a teoria objetiva pura, e não a teoria mista, vale dizer, a teoria objetivo-subjetiva. 3.* ***A teoria objetiva (tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes) dispensa a unidade de desígnios, considerada pela teoria objetivo-subjetiva para a caracterização da continuidade delitiva, sendo certo que ambas as Turmas desta Corte adotaram a teoria mista em recentes julgamentos****: HC 98.681, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 18/04/2011, e RHC 107.761, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 13/09/2011. 4. A* ***dinâmica dos fatos sub examine revela a inexistência de unidade de desígnio****, porquanto o paciente, movido por uma discussão a respeito do condomínio do qual era síndico, e com o intento único de matar a 1ª vítima, entrou no apartamento desta e a asfixiou com um cinto. Na sequência, constatando que a empregada presenciara o crime, a levou a outro lugar com a promessa de que a libertaria, quando, na verdade, a manteve em cárcere privado para, em seguida, tentar matá-la com disparos de arma de fogo para que ela não o denunciasse. 5. A diversidade do modus operandi – asfixia mecânica e disparos de arma de fogo -, impede o reconhecimento da continuidade delitiva, por ausência de um dos requisitos objetivos do art. 71 do Código Penal (maneira de execução). 6. O reexame do conjunto fático-probatório é vedado em sede de habeas corpus; reexame que se impõe para conclusão diversa da adotada nas instâncias*

precedentes. 7. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está inserido em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 8. Inexiste, no ato impugnado, error in judicando conducente à concessão, ex officio, da ordem. 9. Habeas corpus extinto, por inadequação da via eleita, na linha do novel entendimento da Turma, que rejeita sua utilização como substitutivo de recurso ordinário. (HC 108221, Relator (a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2013).

Ainda, nessa mesma linha de raciocínio, são os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

" (...) EXECUÇÃO – CONDENAÇÃO POR ROUBOS MAJORADOS – TRÊS DELITOS – CONCURSO MATERIAL – CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO PARA FINS DE UNIFICAÇÃO DE PENAS – REQUISITOS DO ART. 71 DO CP – NÃO PREENCHIMENTO – ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução – e subjetiva – unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva). (...)." (HC 223.870/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 07/02/2013).

"HABEAS CORPUS – PENAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO – MAJORAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO MÍNIMA. EXCLUSÃO DE UMA DAS MAJORANTES – FALTA DE INTERESSE. CONTINUIDADE DELITIVA – INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS – DECISÃO FUNDAMENTADA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES E DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA PARA REEXAME DE PROVAS – PRECEDENTES – ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. (...).

2. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, exige-se, além da comprovação dos requisitos objetivos, a unidade de desígnios, ou seja, o liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos se apresentam entrelaçados. Ou seja, a conduta posterior deve constituir um desdobramento da anterior. (...). Habeas Corpus parcialmente conhecido e nessa parte denegado. " (HC 206.784/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012).

Seguindo essa orientação, chega-se à conclusão de que, no caso concreto, não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva.

Não obstante, ainda que se tratassem de crimes de espécies semelhantes, não seria admissível o reconhecimento do instituto do crime continuado, pois, **nos crimes de estupro, cada conduta praticada contra distintas vítimas pressupõe um desígnio específico (próprio, autônomo).**

Nessa espécie delitiva, o que o legislador buscou tutelar foi a liberdade sexual das vítimas. Não se pode olvidar que cada vítima ostenta uma personalidade própria, com ideais e princípios de vida particulares. Além disso, cada uma delas são diferenciadas pelo peculiar conjunto de características psicológicas, que determinam os respectivos padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, elementos que retratam a individualidade pessoal e social de cada vítima.

Em razão disso, chega-se à conclusão de que não se pode tratar o bem jurídico "liberdade sexual" de forma equivalente aos demais bens jurídicos, como o patrimônio, por exemplo, que inclusive foi o bem jurídico cuja afetação fez surgir a figura do crime continuado (segundo Mirabete, a *"figura do crime continuado foi criada pelos práticos da Idade Média, que tentavam evitar a aplicação da pena de morte imposta àquele que cometia o terceiro furto. "* – Manual de Direito Penal, parte geral, ed. Atlas, 18ª edição, pág. 316).

Em suma, não é possível tratar igualmente aquele que pretende auferir criminalmente determinada quantia de dinheiro (ex.: R$ 1.000,00), e para tanto realiza várias condutas da mesma espécie (furto simples), nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução para alcançar o seu objetivo lucrativo, daquele que pretende violar a liberdade sexual de várias pessoas e, para tanto, sai por aí cometendo vários estupros, através de condutas distintas, porque no caso de estupro o bem jurídico, liberdade sexual, é personalíssimo.

Ao contrário do patrimônio, a liberdade sexual de uma pessoa é única e imensurável, de modo que várias condutas consistentes no crime de estupro de vulnerável e estupro contra maior de 14 anos, jamais podem ser tratadas como um crime único, ainda que juridicamente por força de política criminal. Em síntese, se alguém realiza duas ou mais condutas dessa natureza, dolosamente, deve responder por esses crimes de forma isolada, isto é, em concurso material, e não em continuidade delitiva.

Portanto, nos estupros praticados contra mais de uma vítima, não há possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, especialmente porque, nessa situação, haverá pluralidade de bens personalíssimos violados, sendo os crimes praticados necessariamente com desígnios distintos. Não se tem dúvidas de que o agente ostenta desejo sexual divergente por cada uma das vítimas, seja em razão das condições físicas ou da personalidade peculiar de cada uma delas. Logo, em casos como tais, não há falar em crime continuado, mas sim em concurso material, com a consequente soma das penas relacionadas a cada crime isoladamente.

Sendo assim, com todas as vênias, e analisando de todos os ângulos possíveis, não consigo encontrar elementos de convicção que tornem minimamente defensável a aplicação da continuidade delitiva para crimes de estupro, pois a liberdade sexual de cada uma das vítimas tinha valor próprio, autônomo, razão pela qual merecia proteção especial por si só, sendo, pois, irrelevante o fato das vítimas terem sido violentadas sexualmente no mesmo local. Não é possível explicar a ninguém – menos ainda às famílias das vítimas – que os (as) ofendidos (as) não terão a proteção da lei por conta de uma ficção legal que considera um crime apenas, a conduta de "estuprar" várias pessoas.

Na situação ora sob exame, o contexto fático não comporta o reconhecimento do instituto da continuidade delitiva entre os crimes praticados contra vítimas diferentes, especialmente porque, nessa hipótese, foram materializadas duas condutas absolutamente autônomas, com desígnios e ímpetos sexuais absolutamente distintos, além de condições de tempo e modo de execução também diversos, pois decorridos 70 dias entre os mesmos e praticados atos libidinosos diversos contra duas vítimas, pois só quanto à vítima ***** houve sexo oral e marcação de encontros futuros para continuação dos abusos, situação que afasta a similaridade dos bens jurídicos violados.

O réu, portanto, praticou ações típicas absolutamente autônomas, de modo que a partir de uma visão pautada no princípio da proporcionalidade, imprescindível na análise da aplicação do crime continuado, e na teoria objetivo-subjetiva, que exige a presença da unidade de desígnios para a configuração da continuidade delitiva, bem como os reflexos que podem ter as decisões judiciais nas relações de comportamento na sociedade, conclui-se pela impossibilidade do reconhecimento do crime continuado no presente caso concreto.

NOVA DOSIMETRIA DA PENA

1- Estupro cometido contra a vítima ***** (art. 213, § 1º, CP).

Pelas razões acima expostas, presentes três circunstâncias negativas ao réu, fixo a pena-base em 10 (dez) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Na segunda fase, presente a agravante prevista no art. 61, II, "g" (violação de dever inerente ao cargo), aumento a pena-base em 1/6 (patamar da sentença), totalizando 12 (doze) anos, 04 (quatro) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão.

Na terceira fase, presente a majorante do art. 226, II, do CP (autoridade sobre a vítima), aumento a pena em ½ (patamar da sentença), **totalizando 18 (dezoito) anos, 07 (sete) meses e 03 (três) dias de reclusão, a qual torno definitiva neste patamar, ante a ausência de outras circunstâncias a sopesar.**

2- Estupro de vulnerável cometido contra a vítima ***** (art. 217-A, CP).

A pena fica mantida nos termos da sentença, ou seja, em 18 (dezoito) anos, 07 (sete) meses e 03 (três) dias de reclusão (fl. 1.147).

3- Concurso material

Em atendimento ao art. 69 do CP, as penas somadas totalizam 37 (trinta e sete) anos, 02 (dois) meses e 06 (seis) dias de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, em parte com o parecer, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso defensivo e dou parcial provimento ao recurso ministerial a fim de aumentar a pena-base do crime de estupro (fato 02) e afastar a continuidade delitiva.

Torno a pena definitiva de E. O. M. em 37 (trinta e sete) anos, 02 (dois) meses e 06 (seis) dias de reclusão, mantido o regime prisional fechado.

É como voto.

Conclusão do julgamento adiada para a proxima sessão em razao do pedido de vista do revisor (des. jose ale), após o relator negar as preliminares, acompanhado do revisor e do vogal. quanto ao mérito, o relator nega provimento ao recurso defensivo e da provimento parcial ao recurso do ministerio publico. o vogal aguarda

VOTO (EM 04/05/2021)

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto (Revisor)

Divirjo respeitosamente do nobre Relator, **tão somente para manter a continuidade delitiva** reconhecida na sentença entre os crimes praticados contra vítimas diferentes.

O entendimento exarado pelo i. Relator, foi o de que ***"(...)nos estupros praticados contra mais de uma vítima, não há possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, especialmente porque, nessa situação, haverá pluralidade de bens personalíssimos violados, sendo os crimes praticados necessariamente com desígnios distintos.*** *Não se tem dúvidas de que o agente ostenta desejo sexual divergente por cada uma das vítimas, seja em razão das condições físicas ou da personalidade peculiar de cada uma delas. Logo, em casos como tais, não há falar em crime continuado, mas sim em concurso material, com a consequente soma das penas relacionadas a cada crime isoladamente. (...)".*

Todavia, ao meu ver, não há óbice ao reconhecimento do crime continuado em relação a delitos cometidos contra vítimas diversas, ao contrário, a lei penal permite expressamente a aplicação.

Assim dispõe o art. 71 do Código Penal:

> *"Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*

> *Parágrafo único - Nos crimes dolosos, **contra vítimas diferentes**, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código."*

Para o reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes praticados, necessário se faz o preenchimento dos requisitos objetivos previstos no art. 71 do CP, são eles: a) crimes da mesma espécie e; b) praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Além disso, a jurisprudência pátria, têm exigido um outro requisito, subjetivo, qual seja a unidade de desígnios por parte do autor em relação às condutas plúrimas, ou seja, um liame subjetivo ou dolo de praticar a cadeia de infrações de modo continuado.

Nesse sentido, o STJ:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS. TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA. NÃO CONSIDERAÇÃO, PELO TRIBUNAL A QUO, NA ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DE CRIME CONTINUADO, DO REQUISITO SUBJETIVO (UNIDADE DE DESÍGNIOS).**I - Segundo a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é indispensável que o réu tenha praticado as condutas delituosas em idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, e, ainda, que exista entre elas um liame a indicar a unidade de desígnios do agente. (Precedentes).** II - In casu, o eg. Tribunal de origem, ao reconhecer a continuidade delitiva, desconsiderou a necessidade de preenchimento do requisito subjetivo, qual seja, unidade de desígnios, entendimento que está em confronto com o firmado por esta Corte. Correta, portanto, a determinação de que o eg. Tribunal a quo analise a ocorrência do crime continuado, na hipótese, à luz da teoria objetivo-subjetiva. Agravo regimental desprovido. " (STJ, AgRg no REsp 1428786 / MG, 5ª turma, Ministro Felix Fischer, julg. 18/08/2016, publ. 26/08/2016)*

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO PENAL – UNIFICAÇÃO DE PENAS – CRIME CONTINUADO – TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS PARA IDENTIFICAÇÃO DO VÍNCULO SUBJETIVO ENTRE AS CONDUTAS DELITUOSAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 7/STJ. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – SÚMULA N. 182/ STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. É assente neste Sodalício que não se conhece do agravo regimental que não tenha atacado, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, conforme inteligência da Súmula n. 182/STJ. Precedente. 2. Na espécie, a decisão agravada assentou que o **reconhecimento da continuidade delitiva depende não só da aferição do aspecto temporal e de outros requisitos objetivos? semelhanças nas condições de lugar e modo de execução ? mas também da existência de liame subjetivo entre os crimes praticados**, pois prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que a aplicação do art. 71 do Código Penal deve observar a **teoria objetivo-subjetiva.***
>
> *(...)". (STJ, AgRg no AREsp 1661762 / MG, 5ª Turma, Ministro Jorge Mussi, julg. **04/08/2020**).*

Com efeito, se reconhecida a continuidade delitiva, os crimes subsequentes devem ser havidos como continuidade da primeira conduta (PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado, Ed. Revista dos Tribunais), exasperando-se a pena nos limites indicados no art. 71, *caput* (crime continuado comum) ou no parágrafo único (crime continuado específico).

Trata-se de instituto jurídico benéfico ao réu, criado justamente com a finalidade de evitar o rigor do cúmulo material de pena e sanções exorbitantes.

No caso *sub examine*, dessume-se da sentença que estão preenchidos os requisitos do crime continuado, em conformidade com os fundamentos deduzidos pelo i. magistrado, com os quais coaduno; *in verbis:*

> *"(...)*
>
> *O Ministério Público, em alegações finais, requereu o reconhecimento do concurso material de crimes, afirmando que os delitos são distintos e foram praticados em datas separadas por mais de 2 meses, contra vítimas diferentes e com variações de modo de execução, afirmando, inclusive, inexistir unidade de desígnio. Alega que o STJ firmou entendimento que não há crime continuado em caso de habitualidade delitiva ou reiteração crimininosa e que o réu possuía, como meio de vida, a prática habitual de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Em que pese o esforço argumentativo do Ministério Público, observo que o reconhecimento do crime continuado é evidente.*
>
> *Vejamos a redação do artigo 71 do Código Penal: "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços".*
>
> *A análise do dispositivo revela a subsunção do fato praticado à norma prevista no artigo 71 do Código Penal.*
>
> ***Ora, o réu praticou mais de um crime da mesma espécie (dois estupros) e, pelas condições de tempo (dois meses de intervalo entre um crime e outro), lugar (ambos na Delegacia de Polícia), maneira de execução (passar a mão no corpo, fazer revista, sexo oral, promessa de vantagem financeira, mostrar vídeo pornográfico no computador), devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.***
>
> *Não se desconhece que a jurisprudência majoritária fixa um intervalo máximo de 30 dias entre um crime e outro para o reconhecimento da continuidade delitiva. Ocorre que tal prazo não é peremptório, havendo certa discricionariedade do julgador no caso concreto.*
>
> *Vejamos:"Embora para reconhecimento da continuidade delitiva se exija o não distanciamento temporal das condutas, em regra no período não superior a trinta dias, conforme precedentes da Corte, excepcional vinculação entre as condutas permite maior elastério no tempo" (AgRg no REsp 1.345.274/SC, DJe 12/04/2018).*
>
> ***Com isso, observando as especificidades do caso concreto, entendo que pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, o estupro do menor ***** é continuidade do crime cometido contra o menor *****.***
>
> *(...)".*

Sendo assim, preenchidas as condições do art. 71, do CP, deve ser aplicada a ficção jurídica do crime continuado, ainda que se tratem de "crimes dolosos, contra vítimas diferentes", eis que, da redação do parágrafo único do art. 71, depreende-se que a pluralidade de vítimas, por si só, não obsta o reconhecimento da continuação delitiva quando presentes os seus pressupostos.

Com efeito, deve ser mantido o concurso de crimes na modalidade do art. 71, do CP (crime continuado).

Seguindo os demais parâmetros utilizados no voto do i. Relator, e, não aplicando o concurso material de crimes mas sim o crime continuado (na fração de 1/6, conforme a sentença), a pena total e definitiva do réu passa a ser 21 (vinte e um) anos, 08 (oito) meses e 05 (cinco) dias de reclusão em regime inicial fechado.

Diante do exposto, divirjo parcialmente do i. Relator, dando parcial provimento ao recurso ministerial, em menor extensão, a fim de que seja mantido o crime continuado entre os crimes praticados. Acompanho-o nos demais pontos.

É como voto.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior (Vogal)

Acompanho a divergência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram as preliminares e negaram provimento ao recurso defensivo. Quanto ao recurso ministerial, por maioria, em parte com parecer, deram parcial provimento, nos termos do voto do Revisor, vencido em parte o Relator.

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, 4 de maio de 2021.

***

Órgão Especial
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Direta de Inconstitucionalidade n.º 1402536-28.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL 4.395/2013 – PREENCHIMENTO OBRIGATÓRIO COM FUNCIONÁRIOS DOS CAIXAS DE SUPERMERCADOS E HIPERMERCADOS COM SEIS OU MAIS CAIXAS EM DIAS DE PROMOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – OFENSA À LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA – PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INDEVIDA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ATIVIDADE EMPRESARIAL – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, CONTRA O PARECER.

Não obstante a intenção do legislador estadual em beneficiar os consumidores de Mato Grosso do Sul, com a comodidade/facilidade determinada na Lei, referida legislação viola os princípios da ordem econômica, livre iniciativa, livre exercício da atividade econômica, livre concorrência e o princípio da razoabilidade, porquanto impõe um ônus ao empresário em verdadeira ingerência na atividade privada. Ao impor a obrigação aos supermercados e hipermercados que possuem seis ou mais caixas de atendimento, a obrigatoriedade de preencher com funcionários a totalidade dos caixas disponíveis nos dias de promoção, a Lei impugnada acaba por restringir o direito dos empresários de conduzir seu negócio (privado), influenciando de maneira irregular na gestão dos estabelecimentos, o que, por certo, terá reflexo no princípio da livre iniciativa, protegido constitucionalmente.

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, contra o parecer, rejeitaram a preliminar arguida e, no mérito, julgaram procedente a ação com efeitos “ex tunc”, com divergência do Des. Sérgio Fernandes Martins que recebia nos efeitos “ex nunc”.

Campo Grande, 7 de abril de 2021.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela A. S. de S. – AMAS, impugnando a Lei Estadual n.º 4.395/2013, de Mato Grosso do Sul, que *“Dispõe sobre o preenchimento obrigatório com funcionários, dos caixas de supermercados e hipermercados estabelecidos no Estado do Mato Grosso do Sul, e dá outras providências”*, sob alegação de vício de iniciativa, por usurpação da competência legislativa da União, bem como por violação a princípios da Constituição Federal e Estadual.

Destaca que a norma dispõe sobre a obrigatoriedade do total preenchimento com funcionários dos caixas existentes nos supermercados e hipermercados, com seis caixas ou mais, estabelecidos no Estado de Mato Grosso do Sul, nas datas promocionais utilizadas para ofertar produtos com valor de venda abaixo do praticado no mercado.

Assevera que ao estabelecer uma obrigação exclusiva aos supermercados e hipermercados com mais de cinco caixas, a Lei Estadual viola o princípio da isonomia, em razão da indevida discriminação em relação os demais estabelecimentos do comércio varejista que guardam íntima similitude em suas atividades.

Defende que ao interferir na atividade privada, impondo padrões de atuação, a aludida legislação estadual viola a livre concorrência e a livre iniciativa, que estão afirmadas em princípio expresso da atividade econômica, insculpido no art. 170 da Constituição Federal, bem como no art. 1º, IV, e art. 166 e seguintes da Constituição de Mato Grosso do Sul.

Alega, outrossim, que mesmo em datas promocionais é quase impossível a abertura da totalidade de caixas, haja vista a escala de funcionários e suas respectivas folgas, ensejando a necessidade de contratação de pessoal para tal atendimento, usurpando, consequentemente, a competência da União para legislar sobre Direito do Trabalho.

Sustenta a existência de inconstitucionalidade formal, em razão da usurpação de competência da União para legislar sobre questões relativas a consumo, comércio e trabalho, conforme normas do arts. 22, I, 23 e 24, todos da Constituição Federal, em consonância com os arts. 8º e 62 da Constituição Estadual.

Indica, outrossim, inconstitucionalidade material, por violação aos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade e, sobretudo, da ordem econômica, livre iniciativa e livre concorrência, nos termos do art. 1º, II e IV, e arts. 166 e seguintes da Constituição Estadual.

Apontando a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pugna pela concessão de medida cautelar, a fim de suspender liminarmente a eficácia da Lei Estadual n.º 4.395/2013. Quanto ao mérito, requer seja declarada a inconstitucionalidade da mencionada legislação *"com o cancelamento dos seus efeitos desde sua edição, com base no artigo 27, da Lei 9.868/99"*.

Através da decisão de fls. 170-171 foi determinada a notificação do Presidente da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado de Mato Grosso Sul, para manifestação sobre o pedido cautelar, nos termos do art. 517 do RITJMS.

O órgão legislativo e seu Presidente defenderam o ato impugnado, às fls. 183-196, manifestando-se pela não concessão da cautelar. O Chefe do Poder Executivo não se manifestou, conforme certidão de fl. 204.

Parecer pelo indeferimento do pedido cautelar, fls. 208-213.

O Órgão Especial negou concessão ao pleito cautelar, por maioria, após voto desempate do Presidente, fls. 224-244.

Manifestação do Estado de Mato Grosso do Sul e do Exmo Sr. Governador *"pela extinção do feito sem análise de mérito, nos termos do art. 485, IV, do CPC, em razão da usurpação de competência do STF para apreciação, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de alegação de afronta ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal"*, fls. 274-276.

Manifestação da Assembleia Legislativa pelo acolhimento da preliminar e extinção do feito e, no mérito, pela improcedência do pedido formulado na inicial, fls. 281-298.

Parecer pela improcedência, fls. 304-311.

É relatório.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela A. S. de S. – AMAS, impugnando a Lei Estadual n.º 4.395/2013, de Mato Grosso do Sul, que *"Dispõe sobre o preenchimento obrigatório com funcionários, dos caixas de supermercados e hipermercados estabelecidos no Estado do Mato Grosso do Sul, e dá outras providências"*, sob alegação de vício de iniciativa, por usurpação da competência legislativa da União, bem como por violação a princípios da Constituição Federal e Estadual.

Postula a requerente a declaração de inconstitucionalidade da mencionada Lei estadual, com o cancelamento definitivo de seus efeitos desde sua edição, com base no art. 27 da Lei n.º 9.868/99.

Assim dispõe a Constituição Federal:

"Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

> *§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.*
>
> *§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão."*

Na mesma linha, a Constituição Estadual:

> *"Art. 114. Compete ao Tribunal de Justiça:*
>
> *(...)*
>
> *II - processar e julgar, originariamente:*
>
> *(...)*
>
> *e) as representações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal e as que tiverem por objetivo a intervenção em município, nos termos desta Constituição;"*

Na hipótese, insurge-se a requerente contra a mencionada legislação que determina aos supermercados e hipermercados, com mais de cinco caixas, o preenchimento com funcionários da totalidade dos caixas disponíveis nas datas de promoção de seus produtos, assim consideradas aquelas utilizadas para ofertar aos clientes mercadorias com valor de venda abaixo do praticado no mercado.

Argumenta que o advento da referida legislação no ordenamento jurídico estadual representa indevida intervenção estatal na atividade privada, com irregular interferência no "livre jogo de forças de mercado na disputa da clientela", com vício de origem e violação a diversos princípios da atividade econômica, o que configura inconstitucionalidade formal e material.

Segundo a requerente, a inconstitucionalidade formal está consubstanciada na usurpação de competência da União para legislar sobre questões relativas a consumo, comércio e trabalho, conforme normas do arts. 22, I, 23 e 24, todos da Constituição Federal, em consonância com os arts. 8º e 62 da Constituição Estadual.

A inconstitucionalidade material, por sua vez, pela violação aos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade e, sobretudo, da ordem econômica, livre iniciativa e livre concorrência, nos termos do art. 1º, IV, e arts. 166 e seguintes da Constituição Estadual.

Apontando a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pugnou pela concessão de medida cautelar, a fim de suspender liminarmente a eficácia da Lei Estadual n.º 4.395/2013; quanto ao mérito, requereu a confirmação da liminar deferida e cancelamento dos efeitos da mencionada Lei.

O Estado e o Governador, às fls. 274-276, e a Assembleia Legislativa, às fls. 281-298, pugnaram pela extinção do feito sem análise de mérito, nos termos do art. 485, IV, do CPC, em razão da usurpação de

competência do STF para apreciação, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de alegação de afronta ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal; quanto ao mérito, apenas o órgão legislativo manifestou-se, pela improcedência do pedido.

Para a melhor compreensão da questão posta a julgamento, transcrevo a Lei Estadual n.º 4.395/2013, ora impugnada:

> *"Art. 1º Os supermercados e hipermercados devidamente estabelecidos no Estado do Mato Grosso do Sul, deverão preencher com funcionários a totalidade de caixas disponíveis nas datas utilizadas para promoção de seus produtos.*
>
> *§ 1º Serão consideradas datas promocionais aquelas utilizadas para ofertar aos clientes mercadorias com valor de venda abaixo do praticado no mercado.*
>
> *§ 2º A obrigatoriedade prevista nessa lei recairá sobre os supermercados e hipermercados que possuírem 06 (seis) ou mais caixas de atendimento.*
>
> *Art. 2º Os estabelecimentos mencionados no artigo 1º, deverão obrigatoriamente fixar, em local e tamanho visível, cópia desta Lei e adesivo indicativo com o número '151' e a inscrição 'Disque-Denúncia/Procon-MS'.*
>
> *Art. 3º No descumprimento desta Lei, os estabelecimentos mencionados ficarão sujeitos às sanções previstas no art. 56 da Lei federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e deverão ser aplicadas na forma dos arts. 57 a 60 deste dispositivo.*
>
> *Art. 4º Esta Lei entra vigor na data de sua publicação."*

A preliminar de extinção do feito sem exame de mérito suscitada pelos requeridos não merece acolhimento.

O Estado e o Governador, às fls. 274-276, e a Assembleia Legislativa, às fls. 281-298, apontam que a ação deve ser extinta nos termos do art. 485, IV, do CPC, em razão da usurpação de competência do STF para apreciação, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de alegação de afronta ao artigo 22, I, da Constituição Federal.

Argumentam que os fundamentos da inicial repousam na alegação de que a lei impugnada, por disciplinar situação atinente à relação trabalhista, viola o art. 22, I, da Constituição Federal, o qual seria de observância obrigatória na Carta Estadual, por força do seu art. 8º.

Narram que, em verdade, o art. 8º da CE reporta-se ao art. 23 da CF, relativamente às competências comuns dos entes federados, de maneira que, nos moldes em que deduzida a ação, tem como parâmetro de confronto dispositivo não contemplado no âmbito de competência desta Corte, já que aponta o art. 22, I, da CF, competência esta do Supremo Tribunal Federal.

Extrai-se da inicial que a requerente apontou a inconstitucionalidade formal consubstanciada na usurpação de competência da União para legislar sobre questões relativas a consumo, comércio e trabalho, conforme normas do arts. 22, I, 23 e 24, todos da Constituição Federal, em consonância com os arts. 8º e 62 da Constituição Estadual.

Na minha compreensão, não se verifica por parte da autora da ação indicação única e direta entre os arts. 8º da CE e art. 22, I, da CF, mas a alegação de que a lei impugnada interfere nas relações de comércio e trabalhista, cuja competência é privativa da União, apontando uma interconexão de normas dos Textos Federal e Estadual para justificar a asserção de que o Estado teria invadido competência exclusiva da União.

Nesta ordem de ideias, não tenho dúvidas em afirmar que o parâmetro de controle apontado na inicial, no que se refere à alegada inconstitucionalidade formal, são os arts. 8º e 62 da Constituição Estadual, portanto, de competência deste Tribunal de Justiça, ainda que à luz do disposto nos arts. 22, I, 23 e 24 da CF.

Forte em tais razões, rejeito a preliminar.

Quanto ao **mérito**, entendo que o pedido deve ser julgado procedente, haja vista que os elementos constantes do processo apontam para a inconstitucionalidade da norma impugnada, sob ótica material.

O art. 1º da Constituição Estadual, em simetria com a Constituição Federal, dispõe que o Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (inciso II), e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV), *in verbis*:

> *"Art. 1º O Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos:*
>
> *(...)*
>
> *II - o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal;*
>
> *(...)*
>
> *IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*
>
> *(...)"*

Dispõe ainda o Texto Constitucional Estadual:

> *"Art. 166. A ordem econômica e social será organizada de acordo com os princípios da justiça social."*
>
> *"Art. 167. O Estado estabelecerá e executará plano estadual de desenvolvimento integrado, que terá como objetivos:*
>
> *I - desenvolvimento social e econômico integrado do Estado;*
>
> *(...)*
>
> *III - o incremento das atividades produtivas do Estado;*
>
> *(...)"*

Neste caminho, nada obstante a intenção do legislador estadual em beneficiar os consumidores de Mato Grosso do Sul, com a comodidade/facilidade determinada na Lei, referida legislação, na minha compreensão, viola os princípios da ordem econômica, livre iniciativa, livre exercício da atividade econômica, livre concorrência e o princípio da razoabilidade, porquanto impõe um ônus ao empresário em verdadeira ingerência na atividade privada.

A norma impõe aos estabelecimentos empresariais restrições ao seu comércio, acabando por interferir indevidamente no domínio econômico, influenciando no número de funcionários do estabelecimento e, portanto, comprometendo o livre exercício da atividade empresarial.

Nesse passo, ao impor aos supermercados e hipermercados que possuem seis ou mais caixas de atendimento, a obrigatoriedade de preencher com funcionários a totalidade dos caixas disponíveis nos dias de promoção, a Lei impugnada acaba por restringir o direito dos empresários de conduzir seu negócio (privado), influenciando de maneira irregular na gestão dos estabelecimentos, o que, certamente, tem reflexo no princípio da livre iniciativa, protegido constitucionalmente.

Tal situação pode, por via transversa, ser prejudicial até mesmo aos consumidores, visto que a previsão legal impõe verdadeiro ônus financeiro ao empresário, o qual, para cumprir a determinação legislativa, poderá alterar os preços, de modo que as promoções não sejam tão atrativas aos clientes, ou seja, no menor preço possível dos produtos, a fim de suportar os custos para colocar em funcionamento todos os caixas do estabelecimento.

Em uma relação de custo/benefício, o que seria melhor ou mais atrativo aos consumidores: preços mais baixos e um tempo maior de espera nas filas dos caixas?! ou preços promocionais, mas não no maior patamar possível, e maior agilidade no pagamento das compras?!

A situação que a Lei buscou regular será melhor desenvolvida no dia a dia da relação cliente – empresa, cabendo aos empresários adotar a estratégia mais vantajosa para a captação de seus clientes, certamente tentando alcançar o equilíbrio do melhor preço/melhor atendimento, e aos consumidores cabe a soberana escolha dos estabelecimentos que melhor lhes atender, em um cenário de liberdade no ambiente empresarial e de consumo, sem a indevida intervenção estatal.

Neste sentido, a norma impugnada ofende também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além da isonomia, pois não impôs o mesmo dever aos estabelecimentos com menos de seis caixas.

Ao proclamar o princípio da livre iniciativa, os Textos Constitucionais (art. 170 da CF e art. 1º, II e IV, da CE), tutelam o direito a todos reconhecido de explorar as atividades empresariais, e, ao mesmo tempo, impõem a todos, inclusive ao próprio Poder Público, o dever de respeitar esse mesmo direito, declarando inconstitucionais atos que impeçam o seu pleno exercício ou o reduzam significativamente sem observância da devida razoabilidade no *discrímen*.

Veja o entendimento jurisprudencial sobre o tema:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE LEI MUNICIPAL QUE OBRIGA SUPERMERCADOS E SIMILARES A CONTRATAREM EMPACOTADORES NOS CAIXAS USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO NO QUE TANGE À DISCIPLINA DO DIREITO COMERCIAL E DO TRABALHO, ALÉM DE COMPROMETER A LIVRE INICIATIVA E A LIVRE CONCORRÊNCIA DETERMINAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS, NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA QUE É MERO CONSECTÁRIO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 1º E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL PRECEDENTE DESTE COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA AÇÃO PROCEDENTE" (TJSP, Ação Direta de Inconstitucionalidade 9050714-30.2008.8.26.0000, Rel. Des. A. C. Mathias Coltro, julgada em 05/11/2008)" (destaquei)*
>
> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 7.560, DE 8 DE SETEMBRO DE 1999, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, QUE 'OBRIGA OS SUPERMERCADOS A COLOCAREM EMPACOTADORES À DISPOSIÇÃO DOS CLIENTES' – NORMA QUE DESBORDA DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL, ALCANÇANDO MATÉRIA PRIVATIVAMENTE RESERVADA À UNIÃO (DIREITO DO TRABALHO E COMERCIAL) – ARTIGOS 22, INCISO I, E 30, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – LEI, ADEMAIS, QUE AFRONTA OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA – NORMA DESTINADA A DETERMINADO GRUPO DE SUPERMERCADOS, ONERANDO-LHES O CUSTO OPERACIONAL, AUSENTES FUNDADAS RAZÕES CONSTITUCIONAIS PARA EXCEPCIONAL INTERVENÇÃO ESTATAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA – PRECEDENTES DO C. ÓRGÃO ESPECIAL E DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE. (TJSP, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2046098-53.2016.8.26.0000, Rel. Francisco Casconi, Órgão Especial, data do julgamento: 05/10/2016)" (destaquei)*
>
> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 3.056/2010 DO MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ. ATENDIMENTO EM HIPERMERCADOS E SUPERMERCADOS. IMPOSIÇÃO A QUE TAIS ESTABELECIMENTOS MANTENHAM, NOS HORÁRIOS DE PICO E DURANTE A ALTA TEMPORADA, O MÍNIMO DE 50% DE SEUS CAIXAS DE ATENDIMENTO AOS CLIENTES EM FUNCIONAMENTO. OBRIGAÇÃO, ALÉM DISSO, DE MANUTENÇÃO DE AO MENOS UM EMPACOTADOR EM CADA CAIXA. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DA FEDERAÇÃO AUTORA. PRELIMINAR REJEITADA. ARTIGO 85, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. LEGITIMIDADE DAS FEDERAÇÕES*

SINDICAIS E ENTIDADES DE CLASSE DE ÂMBITO ESTADUAL. PRESENÇA, ADEMAIS, DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO NÃO EXISTENTE. RIGOROSA OBSERVÂNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO PROCESSO LEGISLATIVO. RESPEITO AOS REQUISITOS FORMAIS SUBJETIVOS E OBJETIVOS. MATÉRIA QUE NÃO É DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VÍCIO EXISTENTE. OFENSA À LIVRE INICIATIVA. FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E TAMBÉM PRINCÍPIO GERAL DA ECONOMIA CATARINENSE. ARTIGOS 1º, INCISO IV, E 170, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, E ARTIGOS 1º, INCISO V, E 135, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DIREITO, A TODOS RECONHECIDO, DE EXPLORAR ATIVIDADES EMPRESARIAIS E DE ESCOLHER OS MEIOS DE FAZÊ-LO. LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA O MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ A INTERFERIR NA AUTOGESTÃO DOS SUPERMERCADOS E HIPERMERCADOS. QUALIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS. FATOR DISTINTIVO ENTRE EMPRESAS. LEI MUNICIPAL QUE FAZ DESSE DIFERENCIAL UMA OBRIGAÇÃO A SER CUMPRIDA PELOS EMPRESÁRIOS. ESVAZIAMENTO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. A legitimidade ativa da Federação impetrante encontra-se estampada no art. 85, inciso VI, da Constituição Estadual, que prevê como parte legítima para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face da Carta Estadual as federações sindicais e entidades de classe de âmbito estadual. Essa legitimidade faz-se também estreme de dúvida porque presente a pertinência temática entre as finalidades estatutárias da Federação impetrante e o conteúdo da lei municipal impugnada. A Lei Municipal n. 3.056/2010 não invade competência legislativa privativa da União, pois, ao contrário do defendido pela federação autora, não dispõe acerca de direito comercial, tampouco sobre direito do trabalho (art. 22, inciso I, da CF), motivo pelo qual não padece de vício de inconstitucionalidade formal. Ao proclamar o princípio da livre iniciativa, a Constituição prestigia o direito a todos reconhecido de explorar as atividades empresariais, e impõe a todos o dever de respeitar esse mesmo direito, declarando inconstitucionais atos que impeçam o seu pleno exercício. Esse dever de resguardo à livre iniciativa estende-se também ao Estado, que somente pode ingerir-se na exploração das atividades econômicas nos estreitos limites que a Constituição assim permitir. O diploma legislativo municipal em questão transformou o que, até então, era um fator distintivo entre as empresas – o atendimento diferenciado, por um número de atendentes compatível com a demanda –, por meio do qual estas poderiam atrair consumidores, em uma obrigação a ser cumprida pelos empresários do ramo de supermercados e hipermercados. Ou seja, a Lei Municipal manietou os empreendedores, subtraindo do mercado um de seus sustentáculos principais: a livre concorrência. (TJSC, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2010.029348-6, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, Órgão Especial, julgado em 01/08/2012)" (destaquei)

"A norma tida por inconstitucional, pelo acórdão recorrido, impunha que todo estabelecimento comercial incluído na obrigatoriedade por ela imposta, contasse com pelo menos um funcionário uniformizado e identificado para a prestação dos serviços de acondicionamento ou embalagem dos produtos adquiridos por seus clientes, para cada máquina registradora em operação. Já as normas reputadas constitucionais, a par de obrigarem os aludidos estabelecimentos a manter esse tipo de serviço à disposição de seus clientes, também lhes impunha a contratação de pessoas para desempenhá-lo. Ora, essa norma legal, ainda mais que a anteriormente referida, implica em ingerência na organização interna de estabelecimentos comerciais, acarretando a obrigatoriedade da contratação de pessoas para desempenhar funções que especifica, numa clara invasão da competência legislativa exclusiva que a Constituição Federal reserva à União. Inúmeros são os precedentes desta Corte, a fulminar iniciativas análogas, o que vem ocorrendo desde a convolação, pelo Pleno desta Corte, da medida cautelar deferida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Octavio Gallotti, nos autos da ADI nº 669/RJ, decisão essa que restou assim ementada: Arguição de inconstitucionalidade de norma estadual que obriga 'as organizações de supermercados e congêneres a manterem pelo menos um funcionário, por cada máquina registradora, cuja atribuição seja o acondicionamento de compras ali efetuadas'. Relevância da fundamentação do pedido, deduzida perante os artigos 22, I e parágrafo único e 24, parágrafo

3, da Constituição Federal. Perigo da demora caracterizado pelo elevado montante da multa estipulada para o caso de descumprimento da obrigação (DJ de 29/05/92). (...)'. O presente recurso extraordinário foi interposto contra decisão, que, proferida em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade (CF, art. 125, § 2º), pelo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 126): "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional artigo de Lei Municipal que estabelece, aos hipermercados ou similares, a obrigatoriedade de haver, para cada máquina registradora em operação, um funcionário encarregado da prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem dos produtos adquiridos pelos clientes. Violação da competência privativa da União, para legislar sobre do trabalho, além de afronta aos princípios da livre iniciativa e de livre concorrência. Incidência dos arts. 22, I e 170, da Constituição Federal, em combinação com os arts. 8º e 157, V, da Constituição Estadual. Ação Julgada procedente. Votos vencidos. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, EM PARTE.' A parte recorrente, ao deduzir o presente apelo extremo, sustentou que o Tribunal a quo teria transgredido os preceitos inscritos nos artigos 22, inciso I, 30 e 170, IV e parágrafo único, todos da Constituição da República. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. SANDRA CUREAU, ao opinar pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário em questão (fls. 196/200), formulou parecer assim ementado (fls. 196): (...) Entendo assistir plena razão à douta Procuradoria Geral da República, cujo parecer evidencia que o acórdão ora questionado dissente do entendimento que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame de controvérsia idêntica à debatida nesta sede recursal. Isso significa, portanto, que a pretensão recursal ora deduzida revela-se plenamente acolhível, considerada a diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na apreciação do litígio em debate (RTJ 141/80, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI RTJ 150/726-727, Rel. Min. ILMAR GALVÃO). (...). Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º – A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar a ação procedente, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 4.428/01, do Município de Santa Maria (RS)." (STF, RE 470.933 RS (Decisão Monocrática), Rel. Min. Dias Toffoli, data de julgamento: 17/06/2010)" (destaquei)

"Entretanto, em relação ao artigo 2º do diploma legal ora em análise, o qual prescreve a forma como os empresários terão de organizar o serviço para se adequarem às imposições criadas pela Lei nº 3.578/13, vislumbro ofensa ao princípio da livre iniciativa insculpido no art. 170 da Constituição Federal. Nesse ponto, adoto como razões de decidir os argumentos da Douta Procuradoria-Geral da República os quais bem expressam o entendimento mais consentâneo com o espírito da Constituição Federal acerca do tema, delineados nos seguintes termos: '(...) parece haver inconstitucionalidade no caput e nos incisos do art. 2º, uma vez que há ingerência do município no modo de administração dos estabelecimentos que a lei menciona. Não está em causa questão relacionada à saúde ou à segurança do trabalho, pontos de competência privativa da União, nem sob o aspecto da segurança ou higiene de construções, por exemplo, discute-se apenas sobre a rapidez no atendimento de clientes de supermercados e hipermercados. Apesar de tal ponto ser de interesse local, cabe aos estabelecimentos decidir a forma de atuação para o devido cumprimento da legislação municipal. Não se lhes pode negar a autogestão, para o funcionamento das operações e a forma de execução dos trabalhos, sob pena de ofensa à livre iniciativa, prevista no art. 170 da CR. A empresa é livre para estabelecer os meios pelos quais atenderá aos comandos legais como resultado de seu poder de gestão. Por assim dizer, nesse campo, existe apenas vinculação da empresa ao resultado imposto na lei. Os meios pelos quais ela obterá tal fim, ao contrário, recaem em seu poder de decisão provada, desde que, claro, não contrariem outras regras materiais válidas, como as trabalhistas relativas à jornada de labor. Assim, os Municípios possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos clientes de supermercados e hipermercados, cabendo exclusivamente a esses estabelecimentos definir a forma de operacionalização da lei' (fls. 283/284). Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso extraordinário para declarar inconstitucional tão somente o art. 2º, caput e seus incisos, da Lei 3.578/13 do Município de Campos do Jordão. (STF, RE 818.550 / SP - (Decisão Monocrática), Rel. Min. Dias Toffoli, data de julgamento: 22/02/2017)"

Neste cenário, o diploma legislativo impugnado transformou um fator de distinção entre as empresas – atendimento diferenciado nos dias de promoção – por meio do qual poderiam atrair consumidores, em uma obrigação a ser cumprida pelos empreendimentos do ramo de supermercados e hipermercados, em clara e evidente violação a um dos princípios mais caros da atividade econômica, qual seja, a livre concorrência.

Tanto se fala na necessidade de redução do tamanho do Estado Brasileiro, tanto se fala que o Poder Público deve interferir menos na vida privada das pessoas e das empresas, tanto se fala das dificuldades dos empreendedores no enfrentamento da burocracia e no calhamaço de regulamentos e legislações federais, estaduais e municipais que devem observar, geralmente, acompanhadas do pagamento de infindáveis tributos aos cofres públicos, que me parece absolutamente fora do razoável que o Poder Judiciário chancele a validade de uma lei que busca regular o sistema de funcionamento de caixas de supermercados e estabelecimentos similares, estritamente empresas privadas, submetidas à livre e sempre relevante concorrência que, em última análise, essa livre concorrência visa favorecer exatamente ao consumidor.

Nesse campo, creio que deve prevalecer um ambiente da mais pura e ampla liberdade, devendo os empreendimentos citados na lei impugnada atuarem da maneira que entenderem melhor, observando, por óbvio, a legislação vigente, prestigiando, assim, a livre iniciativa e a livre concorrência e, por outro lado, preservando a inteligência e capacidade de escolha do consumidor.

Eventuais falhas na prestação do serviço ou mesmo qualquer abuso dessas empresas em desfavor do consumidor, certamente podem ser resolvidos nos termos da legislação já vigente, em especial a Lei n.º 8.078/90, com a atuação dos diversos órgãos existentes na estrutura administrativa estatal para a defesa e proteção do consumidor, inclusive o próprio Poder Judiciário, se provocado. Não acho que precisamos de um novo ato legislativo, como o ora impugnado, para a regular a situação ali descrita que, ao contrário da pretensão que inspirou a lei, vai de encontro aos interesses do consumidor, visto que os ônus decorrentes da imposição dessa lei, certamente diminuirá a concorrência, com reflexos nos preços.

Finalizando, foi possível verificar que a motivação fático-jurídica do pleito inicial (causa de pedir – art. 319, III, do CPP), apontou para a dupla inconstitucionalidade da norma impugnada. Todavia, na minha compreensão, não há ensejo para o acolhimento da inconstitucionalidade formal. A declaração de inconstitucionalidade material reconhecida já é suficiente para extirpar a lei do ordenamento jurídico. E mais, é importante ressaltar ainda que aqui não se trata de mero garantismo no sentido de se entender que a referida lei afronta princípios constitucionais, que integram o art. 170 da CF, retratados nos arts. 1º, II e IV; 166 e 167, I e III, da Constituição Estadual, mas também passa pela análise necessária relativa à justiça da decisão, visto que ainda que a pretensão da lei impugna possa ter buscado eventual proteção a interesses dos consumidores, foi elaborada sem qualquer discussão pública sobre o tema e, o que se pode observar é que essa medida, na realidade, vai de encontro aos interesses dos consumidores, posto que toda promoção que os supermercados fazem visam a venda de produtos por menor preço, o que é o fim da procura dos consumidores, e gerando ônus a tais empresas, com efeitos dessa lei, certamente reduzirá as promoções, contrariando interesses dos consumidores. É evidente que entre a rapidez no atendimento e o menor preço, o mais interessa ao consumidor é o menor preço. Além disso, é de conhecimento geral que nenhum supermercado funciona com atendimento em todos as caixas o tempo todo.

A par disso, quanto aos vícios apontados, o vício formal, realmente, não existe, já que em relação à alegada interferência na relação comercial e trabalhista, trata-se de um mero efeito colateral, apenas um reflexo da legislação em tais situações, não havendo que falar em usurpação da competência da União para legislar sobre o tema; de outro lado, no que se refere a questão do consumidor, é matéria de competência concorrente dos entes federativos.

Logo, essas são as razões pelas quais, na minha compreensão, a lei impugnada é materialmente inconstitucional e, em última análise, pelas razões acima detalhadas, gera prejuízos aos consumidores.

Diante do exposto, contra o parecer, **julgo procedente** o pedido inicial formulado, resolvendo o mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para declarar a inconstitucionalidade material, com efeitos "ex tunc', da Lei Estadual n.º 4.395, de 8 de agosto de 2013.

Prevalecendo este posicionamento, comunique-se a presente decisão aos órgãos competentes para os fins previstos no art. 525 do RITJMS.

É como voto.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

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

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (9º Vogal)

Peço vênia para divergir parcialmente do relator.

A partir, principalmente, da edição da norma disposta no art. 27, da Lei n.º 9.868/99[1], a regra da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade passou a conviver com as exceções, observando-se, para tanto, a proteção à segurança jurídica e excepcional interesse social.

A lei inconstitucional nasce com presunção de constitucionalidade e dá origem a diversas relações jurídicas que se estabelecem durante a sua vigência, criando, em seus destinatários, legítima expectativa de que as situações até então previstas lhes sejam alcançadas.

Em razão disso, deve ser levado em conta que a lei discutida foi editada há mais de sete anos atrás, de modo que, até a presente data, muitas relações jurídicas foram firmadas de forma válida.

1 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Portanto, razões de segurança jurídica, notadamente em relação à data de edição da norma – 8 de agosto de 2013 – autorizam a modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade da norma estadual, no sentido de que sejam conferidos apenas efeitos prospectivos (*ex nunc*) a essa declaração.

É como voto.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (12º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (13º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (14º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, contra o parecer, rejeitaram a preliminar arguida e, no mérito, julgaram procedente a ação com efeitos "ex tunc", com divergência do Des. Sérgio Fernandes Martins que recebia nos efeitos *ex nunc*.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

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

Campo Grande, 7 de abril de 2021.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro
Embargos de Declaração Criminal n.º 0000520-44.2016.8.12.0048/50000 - Rio Negro

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ALEGADA CONTRADIÇÃO – ALEGAÇÃO DE QUE O ACORDÃO QUE CONSIDEROU O ACUSADO MULTIRREINCIDENTE COM BASE EM CONDENAÇÕES CUJO TRÂNSITO EM JULGADO OCORREU EM DATA POSTERIOR AO COMETIMENDO DO DELITO EM ANÁLISE – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – CABÍVEL – RÉU QUE DEVE SER CONSIDERADO PRIMÁRIO – REINCIDÊNCIA AFASTADA – PENA REDIMENSIONADA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL DEVIDO – REGIME INICIAL ALTERADO PARA O ABERTO – SUSBTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – EMBARGOS ACOLHIDOS.

Conforme inteligência do artigo 63 do CP, o réu só será considerado reincidente quando cometer um novo crime depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O trânsito em julgado de condenação posterior a data do cometimento do novo delito não atrai a incidência da agravante.

O regime prisional deve observar os ditames dos §§2º e 3º do art. 33 do CP. Assim, pela quantidade de pena aplicada, aliada ao fato do acusado não ser reincidente e das circunstâncias judiciais terem todas sido consideradas neutras, fixa-se o regime prisional inicial aberto.

Preenchidos os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que a pena privativa de liberdade aplicada não é superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, a apelante não é reincidente e não ostenta nenhuma circunstância judicial desfavorável, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

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, acolheram os embargos, com efeitos infringentes, nos termos do voto do Relator, com o parecer..

Campo Grande, 8 de abril de 2021

Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator (a) do processo

RELATÓRIO

O (A) Sr (a). Des. Paschoal Carmello Leandro.

R. M. D., opõe embargos de declaração em face do acórdão de f.311-323, proferido pela 1ª Câmara Criminal deste Sodalício, que à unanimidade negou provimento ao recurso de apelação por ele interposto nos autos da Apelação Criminal n.0000520-44.2016.8.12.0048.

Sustenta o embargante que o acórdão combatido e a sentença incorreram em erro de contradição "*no que tange à afirmação de o ora Embargante se trata de réu multirreincidente, quando, em verdade, a análise da Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 222-225 demonstra que, em relação aos presentes autos, R. M. D. não é sequer reincidente.* " (f.3).

Narra que o fato imputado ao Embargante nos presentes autos foi cometido em 05.03.2016, e que o acordão combatido, afirmou a multirreincidência do apelante com base nos processos n. 0001774-60.2016.8.12.0013 (GR n. 0000100-13.2017.8.12.0013) e autos n. 0001113-18.2015.8.12.0013 (GR 0002652-19.2015.8.12.0013), no entanto, ambas as condenações tiveram seu trânsito em julgado apenas em data posterior ao do crime destes autos, assim, não podem ser considerada para fins de reincidência, conforme certidão de antecedentes de f.222-225.

Afirma "*o acórdão de fls. 311-323 está eivado de contradição, porque trouxe como fundamento ações penais que não podem ser reconhecidas, na presente oportunidade, como reincidência. Por isso, de rigor o afastamento da entendida multirreincidência constante no acórdão.* " (f.6).

Aduz que "*por se tratar de matéria afeta à dosimetria da pena e de erro evidente que vem em absoluto prejuízo do réu, impõe-se o reconhecimento da primariedade do Embargante/Apelante, nestes autos.* ".

Assim requer sejam acolhidos os presentes embargos para o fim de reconhecer a primariedade do Embargante, pois não há incursão penal apta à incidência da reincidência, e consequentemente redimensionar sua pena final para que "fique em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, nos termos da pena-base, com abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; devendo, para tanto, ser observada à vedação da reformatio in pejus, porquanto apenas a defesa recorreu da sentença, conforme comprovado à f. 267." (f.11).

O Ministério Público manifestou-se, f.34-38, pelo provimento dos embargos.

É o relatório.

VOTO

O (A) Sr (a). Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator (a))

Trata-se de embargos de declaração opostos por R. M. D., em face do acórdão de f.311-323, proferido pela 1ª Câmara Criminal deste Sodalício, que à unanimidade negou provimento ao recurso de apelação por ele interposto nos autos da Apelação Criminal n.0000520-44.2016.8.12.0048.

Sustenta o embargante que o acórdão combatido e a sentença incorreram em erro de contradição "*no que tange à afirmação de o ora Embargante se trata de réu multirreincidente, quando, em verdade, a análise da Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 222-225 demonstra que, em relação aos presentes autos, R. M. D. não é sequer reincidente.* " (f.3).

Narra que o fato imputado ao Embargante nos presentes autos foi cometido em 05.03.2016, e que o acordão combatido, afirmou a multirreincidência do apelante com base nos processos n. 0001774-60.2016.8.12.0013 (GR n. 0000100-13.2017.8.12.0013) e autos n. 0001113-18.2015.8.12.0013 (GR 0002652-19.2015.8.12.0013), no entanto, ambas as condenações tiveram seu trânsito em julgado apenas em data posterior ao do crime destes autos, assim, não podem ser considerada para fins de reincidência, conforme certidão de antecedentes de f.222-225.

Afirma "*o acórdão de fls. 311-323 está eivado de contradição, porque trouxe como fundamento ações penais que não podem ser reconhecidas, na presente oportunidade, como reincidência. Por isso, de rigor o afastamento da entendida multirreincidência constante no acórdão.* " (f.6).

Aduz que "*por se tratar de matéria afeta à dosimetria da pena e de erro evidente que vem em absoluto prejuízo do réu, impõe-se o reconhecimento da primariedade do Embargante/Apelante, nestes autos.* ".

Assim requer sejam acolhidos os presentes embargos para o fim de reconhecer a primariedade do Embargante, pois não há incursão penal apta à incidência da reincidência, e consequentemente redimensionar sua pena final para que "fique em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, nos termos da pena-base, com abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; devendo, para tanto, ser observada à vedação da reformatio *in pejus*, porquanto apenas a defesa recorreu da sentença, conforme comprovado à f. 267." (f.11).

Pois bem. Tem-se que os aclaratórios comportam acolhimento.

<u>*Pretensão de afastamento da reincidência*</u>

Verifica-se que na sentença, no tocante à reincidência do Embargante, o magistrado consignou:

> *"É tecnicamente primário, mas registra péssimos antecedentes, inclusive condenação por outro furto, além de responder por crimes de violência doméstica receptação, roubo e posse de drogas (certidões de fls. 222-225), todavia, estes dados servirão para a reincidência. Anoto que a maioria das condenações são posteriores ao fato em tela; " (f.248).*
>
> *"Na segunda fase da dosimetria, em face do reconhecimento da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP, hei por bem reduzir a importância da agravante da reincidência (CP, art. 61, I). Note-se que na unificação de penas (final da f. 222) consta informe de guia de execução de pena de 2015. Assim, de menor importância da confissão, ante a pouca importância para o convencimento deste julgador, segundo a vasta prova dos autos, aumento a pena base em 2 meses. " (f. 249)*

Posteriormente, o acórdão combatido, analisando a possibilidade de compensação parcial entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, assentou:

> *"Assim, nesse voto não será necessária a análise da alegação a respeito do reconhecimento da mencionada atenuante, posto que já foi reconhecida, mas tão somente ser analisará a possibilidade ou não de sua compensação integral com a agravante da reincidência.*
>
> *Analisando-se a certidão de antecedentes criminais do Apelante, f.222-225, verifica-se que existem duas condenações em seu desfavor, quais sejam: Furto, praticado em 15.05.2016, autos n. 0001774-60.2016.8.12.0013 (GR n. 0000100-13.2017.8.12.0013) e Roubo majorado, praticado em 27.03.2015, autos n. 0001113-18.2015.8.12.0013 (GR 0002652-19.2015.8.12.0013), o que é suficiente para caracterizar a multirreincidência.*
>
> *Esclareça-se, também, que o juiz de primeiro grau valorou favoravelmente a atenuante da confissão espontânea na segunda etapa do processo de dosimetria, todavia, agravou a pena em 2 (meses) de reclusão, por entender de menor importância a confissão, e apenas reduzindo a importância da agravante da reincidência.*
>
> *Cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou, em sede de recurso especial repetitivo, o entendimento acerca da viabilidade da compensação entre as circunstâncias legais da confissão espontânea e da reincidência, visto que são igualmente preponderantes, considerada, obviamente, as particularidades do caso sub judice. Confira-se:*
>
> *(...)*
>
> *No entanto, o Superior Tribunal de Justiça possui a compreensão no sentido de que na hipótese de réu multirreincidente, admite-se a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, uma vez que tal circunstância, ou melhor, a multirreincidência, exige maior reprovação, devendo, a toda evidência, prevalecer em cima*

da apontada atenuante, porém, de forma coerente, em estrita observância aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

(...)

Nesse contexto, levando em consideração o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, citado alhures, aliado ao fato de que a pena foi agravada de maneira proporcional, pois exasperada em apenas dois meses, a sentença não merece reparos, resultando daí que o improvimento do apelo neste tocante é medida que se impõe. "

Com efeito, o artigo 63 do Código Penal, estabelece que: "*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*".

Assim, de acordo com o dispositivo em comento, o réu só será considerado reincidente quando cometer um novo crime depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, a prática do crime deve ser depois do trânsito em julgado. O trânsito em julgado de condenação posterior a data do cometimento do novo delito não atrai a incidência da agravante.

No caso dos autos, vê-se que o magistrado *a quo* não indicou quais as condenações utilizadas para considerar o Embargante reincidente, enquanto este Sodalício indicou as condenações oriundas dos feitos n. *0001774-60.2016.8.12.0013 (GR n. 0000100-13.2017.8.12.0013 - furto) e n. 0001113-18.2015.8.12.0013 (GR 0002652-19.2015.8.12.0013 – roubo majorado), para caracterizá-lo como multirreincidente.*

Contudo, em análise detida da certidão de antecedentes de f.222-225, verifica-se que o trânsito em julgado de ambas as condenações, ocorreu em data posterior à data do cometimento do crime julgado nestes autos, vejamos:

O fato pelo qual o embargante foi denunciado nestes autos ocorreu no dia **05/03/2016**, às 23:50h, na Rua Evangelina Vieira, defronte ao Bar do Adolfo, no município de Rochedo/MS, comarca de Rio Negro/MS.

Nos autos n. 0001774-60.2016.8.12.0013 (GR n. 0000100-13.2017.8.12.0013), Furto, praticado em 15.05.2016, o trânsito em julgado ocorreu em **28.09.2016**; enquanto nos autos n.0001113-18.2015.8.12.0013 (GR 0002652-19.2015.8.12.0013), Roubo majorado, praticado em 27.03.2015, o trânsito em julgado ocorreu em **15.12.2016**.

Ou seja, o crime destes autos ocorreu em data anterior ao trânsito em julgado de ambas as condenações citadas, de modo que, à data do cometimento do crime ora analisado o Apelante era primário, não havendo, conforme certidão de f.222-225, qualquer outra sentença condenatória com trânsito em julgado em data anterior a do cometimento do crime (05.03.2016), devendo ser afastada a agravante da reincidência e o embargante considerado primário, redimensionando-se sua pena.

Por oportuno, ressalte-se que a existência das referidas condenações, ainda que não possam ser consideradas como reincidência, poderiam influir no sopesamento da pena-base na primeira fase da dosimetria penal, no campo dos antecedentes, no entanto, *in casu*, não poderá ser aplicada em observância ao princípio da *reformatio in pejus*, artigo 617 do CPP, posto que não houve recurso do Ministério Público neste sentido.

Sendo assim, passa-se a **nova dosimetria da pena**.

1ª fase: na primeira fase da dosimetria mantém-se a pena base conforme fixado na sentença, no mínimo lega, qual seja, 1 (um) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

2ª fase: incide a atenuante da confissão, conforme reconhecido na sentença, e, ausentes circunstâncias agravantes. Assim, em observância à vedação da Súmula 231 do STJ, mantém-se a pena intermediária no mínimo legal, ou seja, 1 (um) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

3ª fase: mantém-se os termos da sentença, portanto, não concorrem causas de diminuição e de aumento da pena, resultando a **pena definitivamente fixada no mínimo legal, qual seja, 1 (um) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato**.

Da pretensão de abrandamento do regime inicial

O artigo 33, §2º, "b", do Código Penal dispõe que:

> *"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*
>
> *[...]*
>
> *§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*
>
> *[...]*
>
> *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. [...]"*

No caso dos autos, em que a pena foi fixada em 01 (um) anos de reclusão, o apelante foi considerado primário, e não existem circunstâncias judiciais negativas, o cumprimento da pena pode ter início no regime aberto, que se mostra adequado e suficiente para a reprovação do delito, alterando-se a sentença e o acórdão neste tocante.

Assim, fixa-se o regime aberto para início do cumprimento da reprimenda.

Pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Como se sabe, para o acusado ter direito a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, deve preencher os requisitos do art. 44, do Código Penal, o qual estabelece que:

> *"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
>
> *I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;*
>
> *II – o réu não for reincidente em crime doloso;*
>
> *III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. "*

No caso dos autos, tem-se preenchidos os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que a pena privativa de liberdade aplicada não é superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, a apelante não é reincidente e não ostenta nenhuma circunstância judicial desfavorável.

Nesse contexto, aconselhável a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritiva de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

Prequestionamento

Quanto ao prequestionamento aventado pela partes, tenho que todas as matérias porventura alegadas foram amplamente debatidas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Conclusão

Ante o exposto, com o parecer, acolhe-se os embargos de declaração, atribuindo-lhes efeitos infringentes, para o fim de afastar a reincidência do Embargante R. M. D. e consequentemente redimensionar sua pena definitiva para 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, bem como abrandar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram os embargos, com efeitos infringentes, nos termos do voto do Relator, com o parecer.

Presidência do (a) Exmo (a). Sr (a). Desª. Elizabete Anache

Relator (a), o (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Paschoal Carmello Leandro

Tomaram parte no julgamento os (as) Exmos (as). Srs (as). Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 8 de abril de 2021.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro
Agravo de Execução Penal n. º 0003874-96.2018.8.12.0019 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DEFENSIVO – SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO NO CURSO DA EXECUÇÃO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA OBTENÇÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE – MARCO INICIAL – DATA DA ÚLTIMA PRISÃO OU DO COMETIMENTO DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ (RESP 1.557.461/SC e HC 381.248/MG) – RECURSO PROVIDO.

A e. Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. 1.557.461/SC, Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, e no Habeas Corpus n. 381.248/MG, com relator para o acórdão o Ministro Sebastião Reis Júnior, modificou a orientação anterior e estabeleceu como marco inicial para a concessão de benefícios na execução, após a unificação de penas, a data do cometimento da última falta grave ou a prisão do apenado, caso este estivesse em liberdade em decorrência de fuga.

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, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator..

Campo Grande, 6 de abril de 2021

Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Paschoal Carmello Leandro.

A. C. de S. interpõe agravo de execução penal contra a decisão proferida pelo juízo da Vara de Execução Penal do Interior, que indeferiu o pleito de alteração da data-base para fins de concessão de benefícios.

Pretende a defesa a reforma da decisão para que seja considerada como data-base para concessão de novos benefícios o dia de sua última prisão, 18.07.2017, e não a data do cumprimento de mandado de prisão por crime cometido anteriormente ao início da execução.

O *parquet*, em contrarrazões, manifesta-se pelo provimento do recurso (f. 23-27).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do agravo (f. 41-46).

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator(a))

Trata-se de AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL interposto pela defesa de A. C. de S. contra a decisão proferida pelo juízo da Vara de Execução Penal do Interior, que indeferiu o pleito de alteração da data-base para fins de concessão de benefícios.

Conforme relatado, pretende a defesa a reforma da decisão para que seja considerada como data-base para concessão de novos benefícios o dia de sua última prisão, 18.07.2017, e não a data do cumprimento de mandado de prisão por crime cometido anteriormente ao início da execução.

Não havendo preliminares e prejudiciais, passa-se ao exame da matéria de fundo.

Mérito

O recurso, de fato, comporta provimento.

Verifica-se que o juízo singular, após unificação de penas decorrente de nova condenação do apenado durante execução penal, alterou a data-base para fins de concessão da progressão de regime prisional, vale dizer, a partir do dia do trânsito em julgado da condenação superveniente.

A defesa, por sua vez, aduz que o procedimento foi equivocado, já que a nova condenação era referente a delito cometido anteriormente à data-base e o sentenciado vinha cumprindo sua pena em regime fechado ininterruptamente desde o dia 18/07/2017.

Como é cediço, a superveniência de nova condenação no curso da execução impõe a soma e unificação das penas, consoante determina o artigo 111, parágrafo único, da Lei n.º 7.210/1984, e artigo 75, § 2.º, do Código Penal.

Acerca do tema, este relator possuía firme entendimento no sentido de que, sobrevindo nova condenação ao apenado, por fato anterior ou posterior ao início da execução penal, o marco inicial para a concessão de novos benefícios, após a unificação das penas, seria a data do trânsito em julgado da sentença condenatória superveniente, tese essa que se amolda ao entendimento acolhido pelo juízo singular.

Contudo, em recentes julgados, a Egrégia Terceira Seção do STJ (REsp 1.557.461/SC e HC 381.248/MG) alterou o entendimento até então predominante, estabelecendo que a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória enseja a unificação das penas, mas não serve de novo parâmetro para fixação da data-base para concessão de benefícios na execução. Segundo o novel entendimento, sobrevindo nova condenação durante o curso da execução, deve ser considerada como data-base para a concessão de benefícios o dia da última prisão ou a data da última infração disciplinar. Assim, diante da alteração da jurisprudência do Tribunal Superior, curvo-me ao novo entendimento em homenagem ao postulado da segurança jurídica.

A propósito, confira-se os recentes julgados:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO – UNIFICAÇÃO DE PENAS – DATA-BASE PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS – DATA DA ÚLTIMA PRISÃO OU DA ÚLTIMA INFRAÇÃO DISCIPLINAR – NOVO ENTENDIMENTO DESTA CORTE – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2.* ***A Terceira Seção deste Tribunal Superior, em*** *recente julgado (****REsp 1.557.461, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 15/3/2018****),* ***alterou seu entendimento para estabelecer que a unificação das penas, por si só, não altera a data-base***

para concessão de novos benefícios, devendo ser considerada a data da última prisão ou a data da última infração disciplinar.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o termo a quo de futura progressão de regime a data da última prisão ou a data da última infração disciplinar." (STJ. HC 448.945/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 20/06/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO PENAL – SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO NO CURSO DA EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS – ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA OBTENÇÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE – MARCO INICIAL – DATA DA ÚLTIMA PRISÃO – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. RESP 1.557.461/SC e HC 381.248/MG.

1. Este Superior Tribunal de Justiça se posicionava no sentido de que, sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da pena, o marco inicial da contagem do novo prazo para concessão de eventuais benefícios executórios é o trânsito em julgado da sentença condenatória do delito praticado.

2. ***Contudo, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça,*** *no julgamento do REsp n. 1.557.461/SC, Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, e no Habeas Corpus n. 381.248/MG, com Relator para o acórdão o Ministro Sebastião Reis Júnior,* ***modificou a orientação anterior e estabeleceu como marco inicial para a concessão de benefícios na execução, após a unificação de penas, a data da última prisão do apenado.***

3. Agravo regimental não provido."(STJ. AgRg no REsp 1712743/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018).

Desta forma, a data-base deve ser o dia do cometimento de falta grave ou prisão do reeducando, e não o trânsito em julgado da sentença condenatória superveniente, conforme deixou consignado o juízo *a quo*.

Posto isso, com o parecer, **dou provimento ao recurso,** a fim de que a data-base utilizada para a concessão de novos benefícios seja o dia da última prisão do agravante, isto é, 18/07/2017.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Desª. Elizabete Anache

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Paschoal Carmello Leandro

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 6 de abril de 2021.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro
Apelação Criminal n.º 0010159-25.2019.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – 500 KG (QUINHENTOS QUILOS) DE MACONHA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DE UM DOS ACUSADOS QUE ESTAVA NA MESMA RESIDÊNCIA EM QUE FOI PRESO O RÉU CONFESSO E LOCALIZADO O ENTORPECENTE – PROVAS PRODUZIDAS QUE NÃO CONDUZEM À CULPABILIDADE DO SEGUNDO RÉU – ABSOLVIÇÃODEVIDA–PRETENSÃODEABSOLVIÇÃOQUANTOAOCRIMEDEASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ART. 35 DA LEI 11.343/06 – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS – ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMENENTE NÃO CONFIGURADA – ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO À ASSOCIAÇÃO DEVIDA – PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06) – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA – MINORANTE NÃO RECONHECIDA – PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – DESCABIDO – CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS EM CRIME DOLOSO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade desta ou daquela. Diante da falta de provas robustas e em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência e *do in dubio pro reo*, a absolvição de um dos Apealntes é medida que se impõe.

Para a configuração do crime prescrito no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, faz-se indispensável a demonstração do vínculo de estabilidade, de permanência entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a reunião esporádica e episódica

Para que fique configurado o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada, com a consequente diminuição da pena privativa de liberdade e da sanção pecuniária, faz-se necessário que o réu satisfaça todos os requisitos previstos no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, cumulativamente, ou melhor, que seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, de maneira que a ausência de um de tais requisitos determina negar a benesse.

Na hipótese de a condenação em crime doloso ser superior a 4 (anos), resta incabível a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, *ex vi* do art. 44, inciso I, do Código Penal.

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, em parte contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator..

Campo Grande, 6 de abril de 2021

Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Paschoal Carmello Leandro.

S. M. de M. e L. G. M. de M., por intermédio da Defensoria Pública Estadual, interpõe APELAÇÃO CRIMINAL, Em face da sentença de f.422-427, proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal de Dourados/MS, que julgou procedente a denúncia para condenar S. M. de M. e L. G. M. de M., pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, e artigo 35, caput, ambos c.c. artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, a uma pena definitiva de 13 (treze) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 1.769 (um mil, setecentos e sessenta e nove) dias-multa e 12 (doze) anos, 07 (sete) meses e 20 (dias) de reclusão e 1.605 (um mil, seiscentos e cinco) dias-multa, respectivamente, ambos os regime inicial fechado.

Em suas razões recursais, f.437-451, a Defensoria Pública Estadual requer a reforma da sentença no sentido de que: a) O Apelante G. M. de M. seja absolvido do crime de tráfico de drogas, art. 33, lei 11.343/06, por insuficiência de provas; b) ambos os Apelantes sejam absolvidos do crime de associação para o tráfico, art. 35 da Lei 11.343/06; c) seja reconhecida em prol dos Apelantes a causa de diminuição de pena inserta no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06; d) seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Suscita prequestionamento

O Ministério Público Estadual, em sede de contrarrazões, f.455-492, requer o improvimento do recurso.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu judicioso parecer, f.509-525, manifesta-se pelo improvimento do recurso. Suscita prequestionamento.

É o relatório.

VOTO

O(A) Sr(a). Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator(a))

Trata-se de apelação criminal interposta pela Defensoria Pública Estadual, em favor de S. M. de M. e L. G. M. de M., em face da sentença de f.422-427, proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal de Dourados/MS, que julgou procedente a denúncia para condenar S. M. de M. e L. G. M. de M., pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, e artigo 35, caput, ambos c.c. artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, a uma pena definitiva de 13 (treze) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 1.769 (um mil, setecentos e sessenta e nove) dias-multa e 12 (doze) anos, 07 (sete) meses e 20 (dias) de reclusão e 1.605 (um mil, seiscentos e cinco) dias-multa, respectivamente, ambos os regime inicial fechado.

Em suas razões recursais, f.437-451, a Defensoria Pública Estadual requer a reforma da sentença no sentido de que: a) O Apelante G. M. de M. seja absolvido do crime de tráfico de drogas, art. 33, lei 11.343/06, por insuficiência de provas; b) ambos os Apelantes sejam absolvidos do crime de associação para o tráfico, art. 35 da Lei 11.343/06; c) seja reconhecida em prol dos Apelantes a causa de diminuição de pena inserta no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06; d) seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Suscita prequestionamento.

Considerações iniciais

Consta dos autos que no dia 2 de agosto de 2019, por volta das 6h, nesta urbe, os ora Apelantes foram presos em flagrante, porquanto, em conluio e adredemente mancomunados com pessoas ainda não identificadas, concorreram para o transporte de 467 kg (quatrocentos e sessenta e sete quilos) de Cannabis sativa Linneu, substância popularmente conhecida pelo epíteto "maconha", que seriam destinados ao

mercadejo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além disso, tinham em depósito outra porção, com o fito de mercadejo, pesando 18g (dezoito gramas), de estupefaciente da mesma espécie, envolvendo no delito o adolescente *****, que, à época, contava 16 (dezesseis) anos de idade, por fim, estavam associados, em unidade de desígnios, com o escopo de praticar o crime de tráfico de drogas.

No que tange à dinâmica dos fatos, narra a denúncia que:

> *"Infere-se que, no dia e horário dos fatos, policiais rodoviários federais receberam informes de que o veículo Dodger Journey SXT, de cor prata, placas MMB-9270, que se encontrava no aludido imóvel, seria utilizado para transportar grande quantidade de narcóticos.*
>
> *Munidos de tais informações, os PRF's deslocaram-se ao local indicado, átimo em que abordaram o automóvel Dodge/Journey SXT, placas MMB-9270, deixando a residência e identificaram como seu condutor o imputado S. M. de M.*
>
> *Sequencialmente, em revista minuciosa, os beleguins encontraram, no interior do automotor, 467 kg (quatrocentos e sessenta e sete quilos) de maconha.*
>
> *No entrecho da abordagem, os agentes rodoviários federais avistaram L. G. M. de M. e o adolescente ***** empreendendo fuga da casa e os detiveram.*
>
> *Ainda, na mesma ocasião, os PRF's apreenderam, em poder de L. G. M. de M. uma porção da mesma substância entorpecente, pesando 18g (dezoito gramas), além de um aparelho celular.*
>
> *Indagado, S. M. de M. confirmou a narcotraficância, expendendo que recebeu o veículo já carregado com o psicotrópico de uma pessoa não identificada e o entregaria em um ponto de comercialização de drogas em Dourados/MS, sendo que, pelo serviço ilícito, receberia R$ 5.000,00 (cinco mil reais).*
>
> *À luz disso, foi dado voz de prisão aos increpados, sendo eles encaminhados à Delegacia de Polícia, onde, instado (p. 21), S. M. de M. permaneceu silente.*
>
> *A seu turno, L. G. M. de M. refutou envolvimento no mercadejo de estupefacientes, aduzindo desconhecer a existência da maconha no automóvel que estava na moradia em que residia.*
>
> *Acrescentou, ainda, que a porção de narcótico apreendido no imóvel lhe pertencia e se destinava ao consumo pessoal, p. 18.*
>
> *Entrementes, os elementos coletados até agora apontam nitidamente a ligação entre os imputados, o jovem ***** e outros criminosos ainda não identificados, os quais SE ASSOCIARAM COM O FITO DE PRATICAR O TRÁFICO DE ENTORPECENTES.*
>
> *Ora, os imputados e o adolescente ***** estavam mancomunados com, pelo menos, três pessoas desconhecidas para a narcotraficância, com evidente divisão de tarefas, UMA VEZ QUE HOUVE A CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO POR UM DOS INDIVÍDUOS, OUTROS COMPARSAS NÃO IDENTIFICADOS PREPARARAM ADREDEMENTE O ENTORPECENTE NO INTERIOR DO AUTOMOTOR, ENQUANTO L. G. M. de M. E ***** ERAM RESPONSÁVEIS PELO MONITORAMENTO DO CARRO COM O CÂNHAMO, O QUAL SERIA ENTREGUE POR SANDRIEL MORAES DE MELO A OUTROS CRIMINOSOS, QUE DISSEMINARIAM O ESTUPEFACIENTE.*
>
> *Trata-se de QUASE MEIA TONELADA DE MACONHA, mercadoria de alto valor, que exige amparo efetivo de uma organização criminosa, o que resta evidenciado pela disponibilização de veículo automotor, pela utilização de imóvel para abrigar o automóvel com a droga, pela quantidade e pelo acondicionamento de estupefaciente5.*

Afigura-se inverossímil acreditar que tal quantidade de psicotrópico pudesse ser tratada açodadamente, sem um mínimo de organização e de planejamento, principalmente considerando o valor dela no mercado clandestino. Uma operação deste porte não se elabora ou executa-se de um dia para o outro, de chofre ou apressadamente, mas sim organizada e cuidadosamente, por meio de pessoas ligadas por vínculos de confiança e de comprometimento6.

Obtempere-se que, à toda evidência, são necessárias muitas pessoas para embalar uma quantidade grande assim de droga e ocultá-la em automotor para transporte, além de poderoso suporte financeiro para a aquisição desta vultosa quantia de estupefaciente, bem como elos com grandes fornecedores."

Em razão destes fatos os Apelantes foram processados e após a devida instrução criminal sobreveio sentença condenatória julgando procedente a denúncia para condená-los como incursos nas penas do artigo 33, caput, e artigo 35, caput, ambos c.c. artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, tendo sido interposto contra ela o presente recurso.

Pretensão de absolvição de Luiz Guilherme Mendonça de Moraes pelo crime de tráfico de drogas

Em suas razões recursais, f.437-451, a Defensoria Pública Estadual requer a reforma da sentença para que o Apelante L. G. M. de M. seja absolvido do crime de tráfico de drogas, art. 33, lei 11.343/06, por insuficiência de provas;

Aduz que o Apelante, narrou que "*se encontrava em sua residência dormindo no momento da abordagem, que não sabia que seu primo, corréu S. teria cometidos os fatos narrados na denúncia, que apenas tomou conhecimento após prisão. (...) o corréu S. em seu depoimento, confirma que ***** nada sabia dos fatos, que foram pegos de surpresa, vez que pegou a camionete para realizar o transporte pois estava precisando de dinheiro."*

No que importa, relativamente à autoria do acusado *****, a sentença combatida foi fundamentada nos seguintes termos:

*"Pois bem. Em que pese a negativa do acusado ***** e a alegação de S. de que tanto o adolescente como ***** não possuem envolvimento na traficância, restou sobejamente demonstrado que os acusados e o adolescente associaram-se para transportar 467 kg (quatrocentos e sessenta e sete quilos) de maconha, traficância esta que de tão notória acabou sendo reportada à Polícia Rodoviária Federal.*

A denúncia indicava que um veículo Dodge Journey transportaria quantidade excessiva de entorpecente e, ainda, informava que tal automóvel estaria guardado em uma residência localizada na rua Filomena João Pires, nº 1617, nesta urbe. Em averiguação a tal informação os policiais rodoviários federais obtiveram êxito em flagrar S. deixando o aludido imóvel na condução de um Dodge Journey.

Como tal automóvel não possuía películas nos vidros, de imediato os policiais visualizaram diversos tabletes de droga, por isso lhe deram ordem de parada.

*Concomitantemente o adolescente *****, que abrira o portão para S. sair com o veículo, ao perceber a presença dos policiais tentou evadir-se, mas logo foi detido. De igual maneira o acusado *****, que também tentou fugir, mas foi abordado.*

Além do psicotrópico poder ser facilmente visualizado por qualquer pessoa que olhasse para o veículo Dodge Journey, pois, repita-se, não havia insulfim nos vidros do automóvel e a droga não estava amoitada, o cheiro do entorpecente era perceptível à distância, até porque se tratava de quase meia tonelada de maconha, a exalar forte odor.

*Outrossim, os policiais rodoviários federais e o delegado de polícia civil ressaltaram que era impossível na ocasião o corréu ***** e o adolescente ***** desconhecerem o*

*psicotrópico guardado no veículo Dodge Journey, em face da visibilidade dos tabletes que, aliás, foram de pronto percebidos pelos policiais, assim como dado o forte odor de maconha que exalava do aludido automóvel, circunstâncias estas que ainda coincidem com a tentativa de fuga empreendida pelo adolescente e pelo corréu ******

*Saliente-se que não havia mandado de prisão em face de *****, tampouco mandado de busca e apreensão expedido em face do adolescente, a demonstrar que não haveria qualquer motivo para ambos evadiram-se, que não seja a tentativa de eximirem-se da traficância ora julgada.*

Resta evidente, portanto, que os réus e o adolescente concorreram para o transporte de 467 kg (quatrocentos e sessenta e sete quilos) de maconha, assim como que associaram-se entre si e a terceiros para cometer a traficância."

Em que pese a respeitável sentença, tem-se que os autos não reúnem provas suficientes a embasar o decreto condenatório em face do Apelante Luiz Guilherme Mendonça de Moraes. Vejamos os depoimentos das testemunhas e acusados.

O Apelante *****, ao ser ouvido judicialmente, f.264, declarou que mora com sua tia, mãe de S., e que na data dos fatos estava em casa dormindo e acordou já com a polícia na residência, e que pegaram umas gramas de maconha com ele, que estava no guarda roupa, que assumiu ser sua para uso, que não sabia nada sobre o entorpecente encontrado no carro. Que a noite estava jogando vídeo game e que S. havia saído de tarde e então chegou anoite e deixou na garagem o carro que sempre usava. Que não sabia que S. traficava droga. Que S., posteriormente, confessou o tráfico. Que não estava com ele nessa empreitada criminosa.

Por sua vez, S. M. de M., f.264, disse que ***** e ***** não estavam envolvido na empreita criminosa. Confessou o tráfico, dizendo que estava desempregado e precisando de dinheiro e por isso aceitou R$5.000,00 (cinco mil reais) para trazer a droga de Ponta Porã a Dourados.

O delegado de polícia F. F. T. A. F., f.250, narrou que na data dos fatos chegaram na delegacia algumas equipes da PRF conduzindo cinco pessoas. Que os PRF informaram que haviam recebido informação de que um automóvel carregado com entorpecente deixaria uma residência na rua João Filomena Pires, que foram até o local e viram o veículo saindo da residência, conduzido por S., e que foi localizada grande quantidade de maconha em seu interior. Disse que a equipe relatou que o adolescente ***** e o corréu ***** tentaram fugir, mas logo foram detidos. Que na casa ainda estavam a mãe e a esposa de S., que ambas disseram que não sabiam da existência da droga. Que foi relatado que o veículo pertencia a um amigo de S.. Que com ***** foi apreendida uma pequena quantidade de droga, a qual declarou ser para uso próprio. Que era muita droga acondicionada no veículo, no banco traseiro e no porta malas. Que com relação a ***** e ***** foi efetuado o flagrante porque demonstraram que tinham ciência da droga em razão do comportamento de tentarem empreender fuga. Ressalta que o odor da maconha era muito forte, bem como era possível visualiza-la, pois não havia películas nos vidros do automóvel, o que dá a entender que a pessoa podia saber da existência da droga. Que o valor desse veículo é muito alto.

L. R. do N., policial rodoviário federal, f.250, declarou que fez parte de uma ação da PRF de Dourados, e que após receberem uma denúncia de que um automóvel carregado com entorpecente sairia de determinado imóvel foram até o local dos fatos, inclusive com apoio aéreo. E que ele estava na equipe que fazia o cerco à retaguarda do imóvel, do outro lado da rua. Que não vinham vigiando S. antes destes fatos. Que não sabe nada sobre ***** e *****, pois estava na retaguarda. Que só conversou com o menor que disse que não tinha conhecimento do tráfico e que se assustou com o helicóptero, que negou que ajudava no transporte ou carregamento da droga.

Por fim, L. M. F. V., policial rodoviário federal, f.317, relata que o serviço de inteligência da PRF recebeu denúncia de que um veículo Dodge sairia carregado com quantidade elevada de maconha, então realizaram operação para abordar o veículo quando esse saísse da residência. Que dava para verificar a olho nu que havia quantidade elevada de maconha no veículo, que fizeram a abordagem e que ele estava sendo conduzido por S., e que foi ***** quem abriu o portão da residência para o veículo sair, e que quando percebeu

a presença dos policiais o adolescente tentou fugir, mas foi abordado. Que entraram na residência na qual encontraram L. H. que foi abordado também. Recorda-se que S. confessou a traficância. Quanto a ***** não se recorda o que ele falou. Por fim, ressalta que não havia possibilidade de ***** ou ***** não visualizarem os entorpecentes no interior do veículo.

Dos depoimentos, verifica-se que a condenação do acusado ***** foi calcada tão somente no fato de que, conforme relato dos policiais, qualquer pessoa comum poderia ter avistado, sem nenhum esforço, o entorpecente localizado no veículo, e que, como L. morava na mesma casa de S., não havia como este não saber da existência da droga, o que é insuficiente para concluir que o acusado praticava qualquer dos verbos incriminadores do *caput* do art. 33 da Lei de Drogas.

Sem desmerecer as informações prestadas pelos policiais no sentido de que ambos os acusados exerciam a traficância, verifica-se que estas não foram corroboradas por qualquer outra prova existente nos autos, e, apesar do acusado L. H. morar na mesma residência de S., que confessou o tráfico, este fato, por si só, não é capaz de confirmar que participava do tráfico, permitindo, no mínimo, a existência de dúvida razoável acerca do cometimento do ilícito, dúvida esta que, como se sabe, deve ser resolvida em favor do Apelante.

Merece ser destacado que desde a fase extrajudicial S. confessou o crime e disse que ***** e ***** não faziam parte da empreita criminosa, o que continuou sendo relatado por ele em juízo, ao mesmo tempo em que, nas duas fases, L. H. negou envolvimento nos fatos.

Sendo assim, não há nenhum elemento concreto que ligue o Acusado à prática de tráfico de drogas.

Indubitável que meios existiam e existem, de buscar amparar melhor a acusação, todavia, não foram utilizados. O ônus da prova incumbe a quem alega, e nesse caso, não se desincumbiu de fazê-lo a acusação.

Deve atentar-se o acusador, para a rigidez na colheita das provas, como meio de desconstituir a presunção de inocência. Tal não ocorreu no caso vertente. Desta feita, não há circunstância provada em que se ampare os indícios de autoria do delito, pois a probabilidade é insuficiente para uma condenação.

Uma decisão condenatória, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar lastreada, sempre, no terreno firme da certeza, calcada em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos, e, a tanto igualmente não servem conjecturas, ou ilações. (RT 529/367).

Nesse sentido é a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho: "*Uma condenação é coisa séria; deixa vestígios indeléveis na pessoa do condenado, que os carregará pelo resto da vida com um anátema. Conscientizados os Juízes desse fato, não podem eles, ainda que, intimamente, considerem o réu culpado, condená-lo, sem a presença de uma prova séria, seja a respeito da autoria, seja sobre a materialidade delitiva.*" (Fernando da Costa Tourinho Filho . Código de Processo Penal Comentado, artigo 1 a artigo 393, 4ª edição, p. 637, Saraiva, 1999).

Sobre o critério para caracterização do tráfico ou da posse da droga para consumo pessoal, confira-se a lição de Renato Brasileiro[1] *"se o Ministério Público imputa a alguém a prática do crime de tráfico de drogas, recai sobre ele o ônus de comprovar a veracidade de tal imputação. Logo, quando a conduta de tráfico imputada ao acusado for semelhante a um dos verbos nucleares do art. 28 da Lei de Drogas, não se pode querer atribuir ao acusado o ônus de provar que a substância apreendida era destinada ao consumo pessoal, à luz do art. 28, § 2º, adotando-se o in dubio pro societate, sob pena de condenação por tráfico de drogas, pois, fosse isso possível, haveria flagrante violação ao princípio da presunção de inocência."*

Guilherme de Souza Nucci[2] com a clareza que lhe é peculiar, ao examinar a matéria, assim pontificou *"in verbis": "O ônus da acusação é sempre exigível e inflexível. O ônus da defesa pode ser exigível e é flexível. O ônus do órgão acusatório, quando falho, jamais poderá gerar convencimento favorável à condenação, pois seria este fundamentado em livre convicção íntima, o que é inadmissível (excetuado o sistema do Tribunal*

1 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 2 ed: Jus Podvim-2014, p.699.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. São Paulo:RT,2009.

do Júri). O ônus da defesa, quando falho, pode gerar convencimento favorável ao réu, desde que calcado no princípio da presunção de inocência. Logo, o magistrado, nessa hipótese, estaria absolvendo o acusado não por livre convicção íntima, mas se valendo de princípio constitucional expresso."

A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade desta ou daquela. Nessa trilha, colaciona-se os julgados:

> *EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – TRÁFICO DE DROGAS – CONDENAÇÃO DO CODENUNCIADO PELO CRIME – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IN DUBIO PRO REO – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – NÃO COMPROVAÇÃO DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO. Se a prova é inconclusiva quanto a participação do corréu na infração penal descrita na peça acusatória, deve ser confirmada a sentença absolutória por insuficiência de provas, inclusive no tocante a suposta associação para o tráfico, em respeito ao princípio do "in dubio pro reo". (TJMS. Apelação Criminal n. 0043205-76.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 20/03/2019, p: 22/03/2019).*
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06 – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DOS CO-DENUNCIADOS – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO – SENTENÇA MANTIDA – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA – ART. 42 DA LEI 11.343/06 – 95 GRAMAS DE COCAÍNA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Impõe-se a manutenção da absolvição dos co-acusados quando o conjunto probatório é insuficiente para comprovar de forma induvidosa a autoria delitiva, devendo a presunção militar em favor destes, em respeito ao princípio do in dubio pro reo. Tratando-se de droga altamente lesiva (95 gramas de cocaína) e em quantidade considerável, a pena-base deve ser exasperada. (TJMS. Apelação Criminal n. 0005340-61.2014.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 05/09/2018, p: 10/09/2018).*
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – PROCEDÊNCIA – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IN DUBIO PRO REO – APELO PROVIDO. A condenação exige, sob o império da presunção de inocência e do in dubio pro reo, não frágeis indícios da prática delitiva, mas provas robustas, saneadoras de dúvidas razoáveis e que sejam destruidoras de todas teses defensivas. Sobressaindo duvidosa a hipótese denunciada, impõe-se o decreto absolutório. Apelo provido, contra o parecer'. (Apelação - Nº 0000790-02.2015.8.12.0049 - Agua Clara. Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. 2ª Câmara Criminal. 20.11.2017)*
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – TRÁFICO DE DROGAS, POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E CORRUPÇÃO DE MENOR – PLEITO DE CONDENAÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – FRAGILIDADE DAS PROVAS QUANTO À AUTORIA DELITIVA – RECURSO NÃO PROVIDO. Não restando devidamente comprovada a autoria dos crimes de tráfico de entorpecentes, posse ilegal de arma de fogo e corrupção de menor, apresentando-se a versão do acusado amparada em elementos constantes dos autos, deve ser confirmada a sentença absolutória em atenção ao princípio in dubio pro reo. Contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial e mantenho a sentença absolutória em relação ao apelado Edivaldo Gomes dos Santos, nos termos do art. 386, VII, do CPP." (Apelação - Nº 0000901-41.2014.8.12.0042 - Rio Verde de Mato Grosso Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. 3ª Câmara Criminal. 28.09.2017)*

Sendo assim, diante da falta de provas robustas e em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência e *do in dubio pro reo*, a absolvição do L. G. M. de M. pela infração penal tipificada no artigo 33, caput, e artigo 35, caput, ambos c.c. artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, é medida que se impõe.

Pretensão de absolvição pelo crime de Associação para o tráfico

A defesa requer que) ambos os Apelantes sejam absolvidos do crime de associação para o tráfico, art. 35 da Lei 11.343/06, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ao argumento de que não há provas nos autos que demonstrem o animus associativo para a configuração do delito em epígrafe, que deve ser estável e permanente para a sua configuração.

No que concerne ao crime de associação para fins de tráfico, tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, oportuna é a transcrição dos ensinamentos do Professor Renato Brasileiro de Lima, na obra "Legislação Criminal Especial Comentada", Ed. JUSPODIVM, 5ª edição, p. 1037:

> *"Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se de maneira estável ou permanente para a consecução de um fim comum. A característica da associação é a estabilidade do vínculo que une os agentes, mesmo que nenhum dos crimes por eles planejados venha a se concretizar. Por isso, por mais que o art. 35 da Lei de Drogas faça uso da expressão 'reiteradamente ou não', a tipificação desse crime depende da estabilidade ou da permanência (societas sceleris), características que o diferenciam de um concurso eventual de agentes (CP, art. 29). "*

Ainda, o comentário de R. S. C., in Nova Lei de Drogas Comentada, ed. RT, p.170, obra coordenada por Luiz Flávio Gomes: "*O art. 35 traz modalidade especial de quadrilha ou bando (art. 288 do CP). Contudo, diferentemente da quadrilha, a associação para o tráfico exige apenas duas pessoas (e não quatro), agrupadas de forma estável e permanente, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput (tráfico de drogas) e 34 (tráfico de maquinário) desta Lei. "*

Por sua vez, Renato Marcão leciona que:

> *"Não basta, não é suficiente, portanto, para a configuração do tipo penal previsto no art. 35, a existência do simples dolo de agir conjuntamente, em concurso, na prática de um ou mais crimes. É imprescindível a verificação de dolo distinto, específico: o dolo de associar-se de forma estável. " (Tóxicos. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. Anotada e Interpretada. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227)*

Por fim, o já citado R. S. C. leciona que: "*associar-se significa reunir-se em sociedade para determinado fim (tornar-se sócio), havendo uma vinculação sólida, quanto à estrutura, e durável, quanto ao tempo (que não significa perpetuidade). É muito mais que um mero ajuntamento ocasional ou encontro passageiro, transitório (típico de concurso de agentes)*" (Manual de direito penal - parte especial. JusPodivm. 9. ed. Salvador, 2017, p. 670).

Com efeito, tal delito pressupõe o número mínimo de 2 agentes e, além disso, para que se caracterize, deve mostrar-se como uma ideia "associativa", vale dizer, não eventual. É necessário ter-se, por presente, a estabilidade ou permanência (*societas sceleris*) desse "ajuntamento".

Como se nota, para a caracterização da infração penal em questão, faz-se indispensável a demonstração do vínculo de estabilidade, de permanência entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a reunião esporádica e episódica, a qual se traduz em concurso de agentes.

Todavia, não é esse o quadro que se apresenta no caso dos autos, primeiro porque o corréu L. G. foi absolvido do delito de tráfico, indicativo de que não estava associado ao acusado S. para a prática de crimes, esvaindo-se o primeiro requisito do delito que é a união de duas ou mais pessoas; segundo porque não há como assegurar que o tráfico de entorpecentes verificado decorrera de vínculo associativo, estável e duradouro, entre o réu e terceiras pessoas não identificadas, vez que ausente qualquer prova nesse sentido.

Os depoimentos prestados em juízo não são firmes e seguros a apontar que haja um vínculo associativo entre os acusados, tampouco entre eles e terceiras pessoas não identificadas.

Assim, inviável conjecturar que os réus perpetraram narcotraficância associados de forma permanente e estável com terceiros não identificados, já que nada nesse sentido restou satisfatoriamente comprovado, de forma que mera argumentação e suposições, por si sós, não conduzem a certeza e sequer comprova que os réus agiram com vinculo associativo e estabilidade voltada à traficância.

Uma decisão condenatória, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar lastreada, sempre, no terreno firme da certeza, calcada em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos. E, a toda evidência, disso aqui não se trata, no tocante à suposta associação duradoura. A propósito:

A respeito, vaja-se o entendimento que vem sendo adotado pela Jurisprudência Pátria:

> *"Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes. (...)" (HC 208.886/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/12/2011)*
>
> *(...)DO APELO MINISTERIAL APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO OU COM NUMERAÇÃO RASPADA (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06; ARTS. 12, 14, CAPUT, E 16, DA LEI N. 10.826/03) – PRETENDIDA CONDENAÇÃO DOS ACUSADOS PELA PRÁTICA DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – IMPOSSIBILIDADE – ESTABILIDADE NÃO COMPROVADA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – PRETENDIDA CONDENAÇÃO DAS RECORRIDAS JOHANA ELIZABET PERUCH MEIRES e KATTY LEMOS DE MOURA, ACUSADAS DE MANTER EM DEPÓSITO 3,2KG (TRÊS QUILOS E DUZENTOS GRAMAS) DE COCAÍNA – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI ANTIDROGAS EM RELAÇÃO AOS RÉUS MARCOS WINCKLER, CARLOS ROBERTO DE JESUS, MAYKON MOURA E RAFAEL VERON – POSSIBILIDADE – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – AGRAVAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA – PREJUDICADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Inviável a condenação dos réus pelo crime de associação para o tráfico de drogas e associação criminosa, visto não haver comprovação suficiente acerca da estabilidade e caráter duradouro das atividades, bem como planejamento de ações e divisão de tarefas entre os acusados em data anterior aos fatos delituosos descritos na denúncia, razão pela qual mostra-se imperiosa a manutenção da solução absolutória em relação aos delitos previstos no art. 35 da Lei 11.343/06 e art. 288, caput, do CP. Resta mantida a absolvição das rés em relação ao delito de tráfico de drogas, por serem insuficientes as provas colacionadas nos autos a apontar a traficância. O caso analisado não diz respeito à traficância de menor escala, ficando claro que existiu prévia articulação de todos os envolvidos para disseminar os entorpecentes na sociedade, sendo eles de natureza diversa e com alto valor nocivo, além de armamento de uso restrito, restando inviável a aplicação da redutora previta no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas. Resta prejudicado o pleito recursal de agravamento do regime inicial de cumprimento de pena, haja vista a manutenção da absolvição dos apelados quanto aos delitos previstos nos art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06 e art. 288, caput, do Código Penal. Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido. (TJMS. Apelação n. 0022690-59.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 05/06/2018, p: 11/07/2018 – grifo nosso).*
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – NÃO ACOLHIDO CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE A ATESTAR A TRAFICÂNCIA CONDENAÇÃO MANTIDA ART. 35 DA LEI DE DROGAS PLEITO DE ABSOLVIÇÃO ACOLHIDO – AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DO VÍNCULO PERMANENTE E DURADOURO PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL PARCIAL ACOLHIMENTO NEUTRALIZAÇÃO DA CULPABILIDADE E NATUREZA DA DROGA E VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE CAUSA*

DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, V DA LEI ANTIDROGAS CONFIGURADA DENECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 2. Embora tenha restado comprovada a prática do delito de tráfico de drogas, não restou evidenciado, de maneira efetiva, o vínculo associativo estável, habitual e duradouro existente entre os réus, razão pela qual deve ser decretada a absolvição do crime de associação para o tráfico de entorpecentes." (Apelação - Nº 0003139-73.2012.8.12.0019 - Ponta Porã Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. 3ª Câmara Criminal. 9.3.2017).

"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – ANIMUS ASSOCIATIVO ESTÁVEL E DURADOURO NÃO DEMONSTRADO – CRIME PRATICADO MEDIANTE PROMESSA DE PAGAMENTO – AGRAVANTE NÃO CONFIGURADA – AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO ACOLHIDO – REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS – RECURSO IMPROVIDO. I – Segundo remansosa orientação dos tribunais pátrios, a condenação pelo delito descrito no art. 35 da Lei de Drogas deve ser lastreada em provas que indiquem de forma isenta de dúvida que os agentes sejam efetivamente integrantes de um grupo estável e permanente, criado com o fim específico de fomentar o tráfico de entorpecentes. No caso dos autos, a instrução somente revelou a ocorrência de uma única ação realizada pelos réus, de modo que não lhe pode ser atribuída a vinculação de caráter duradouro, estável ou permanente. Assim, impõe-se a manutenção da absolvição pelo crime de associação para o tráfico. (...)" (Apelação - Nº 0200143-74.2011.8.12.0045 - Sidrolândia Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa. 3ª Câmara Criminal. 16.2.2017)

Nesse contexto, não restando demonstrada na instrução criminal a estabilidade e permanência do ânimo associativo, para a prática de crimes, entre os réus, existindo dúvida, por menor que seja, deve ser dirimida em favor dos acusados, em homenagem ao *in dubio pro reo,* sendo a absolvição medida que se impõe face a não caracterização do crime previsto no artigo 35, caput, da Lei 11.343/06, devendo ser reformada a sentença singular neste tocante, para o fim de absolver os acusados S. M. de M.e L. G. M. de M., do crime previsto no artigo 35, caput, da Lei nº 11.343/06.

Pretensão de aplicação do Tráfico Privilegiado

Requerem que seja reconhecida em prol dos Apelantes a causa de diminuição de pena inserta no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

Como o Apelante L. G. foi absolvido restará a análise apenas quanto ao réu S.

Com efeito, reza o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.373/2006, *in verbis*:

"§4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Como cediço, trata-se de minorante fundada em razões de política criminal e que visa a beneficiar o pequeno traficante, aquele que ainda não está profundamente envolvido com o mundo do crime e que pelas circunstâncias merece uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

Da leitura do preceito sob exame, extrai-se que, para que reste configurado o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada, com a consequente diminuição da pena privativa de liberdade e da sanção pecuniária, faz-se necessário que o réu satisfaça todos aqueles requisitos, cumulativamente, ou melhor, que seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa, de maneira que a ausência de um de tais requisitos determina negar a benesse.

A propósito, nessa linha, é a jurisprudência sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO – TRÁFICO DE DROGAS – DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA – REINCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO INTEGRAL – CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES.

RESP N. 1.341.370/MT. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS – ART. 543-C DO CPP. SÚMULA N. 545/STJ. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REQUISITOS OBJETIVOS. REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA – REGIME INICIAL FECHADO – PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO – APENADO REINCIDENTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA 'B', DO CÓDIGO PENAL – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal - CP) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, 'd', do CP), desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes. Súmula n. 545/STJ.

3. A incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4o do art. 33 da Lei de Drogas pressupõe a ocorrência, cumulativa, de 4 requisitos: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa. Na hipótese dos autos, a reincidência do réu afasta, de plano, a concessão do benefício.

4. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem. Precedentes. 5. Firmou-se nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. 6. Conforme inteligência do art. 33, § 2º, alínea 'b', do CP, em hipóteses de condenação a pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, a fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda condiciona-se à ausência de reincidência do apenado. Desse modo, cuidando-se de réu reincidente, reputa-se idônea a fixação de regime fechado para cumprimento inicial da pena de reclusão, ainda que imposta reprimenda inferior a 8 (oito) anos de segregação. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório. " (STJ; HC nº 200380/SP; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; Quinta Turma; Julgado em 22/11/2016).

Destarte, *in casu,* a despeito da primariedade do Recorrente e de não ter restado comprovado que integre organização criminosa, não pode passar desapercebido que em seu depoimento o acusado afirmou estar desempregado e precisando de dinheiro, razão pela qual incursionou na empreita criminosa, além de ter se deslocado até uma localidade fronteiriça (Ponta Porã/MS), conhecida como um dos principais corredores do tráfico de entorpecentes no País, com objetivo exclusivo de buscar os 500 kg (quinhentos quilos) de "maconha" apreendidos, os quais eram destinados à mercancia, fatos que evidenciam que faz do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida, dedicando-se a atividades criminosas, afastando a possibilidade de concessão da benesse em questão.

Logo, o Apelante, não fazem *jus* à minorante do tráfico privilegiado, inserta no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, devendo a sentença ser mantida neste tocante.

Pretensão de substituição da pena

Requerem que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dada a absolvição do Apelante S. quanto ao delito de associação, sua pena definitiva resta fixada em 07 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Assim, levando em consideração que se cuida de crime doloso, associado ao fato de a pena privativa de liberdade ter sido fixada patamar superior a 4 (quatro) anos, consequência lógica é que não merece ser acolhido o pedido, por força do art. 44, inciso I, do Estatuto Repressivo, que prescreve, *in verbis*:

> *"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
>
> *I – Aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; "*

Prequestionamento

Quanto ao prequestionamento aventado pelas partes, tenho que todas as matérias relevantes ao deslinde da controvérsia recursal foram amplamente debatidas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Conclusão

Ante o exposto, em parte contra o parecer, dá-se parcial provimento ao recurso para absolver o Apelante L. G. M. de M. pela infração penal tipificada no artigo 33, caput, e artigo 35, caput, ambos c.c. artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, e para absolver o Apelante S. M. de M. do crime previsto no artigo 35, caput, da Lei nº 11.343/06, mantendo-se a sentença nos demais termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do (a) Exmo (a). Sr (a). Desª. Elizabete Anache

Relator (a), o (a) Exmo (a). Sr (a). Des. Paschoal Carmello Leandro

Tomaram parte no julgamento os (as) Exmos (as). Srs (as). Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 6 de abril de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Habeas Corpus Criminal n.º 1402266-33.2021.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – POSSIBILIDADE – PACIENTE DENUNCIADA COM SUSTENTÁCULO NO DEPOIMENTO PRESTADO EM JUÍZO COMO TESTEMUNHA –*"AUTOINCRIMINAÇÃO"* – ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ARTIGO 8º, INCISO 2, "G", DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA – ARTIGO 55, 1, "A", DO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (1998), DO QUAL O BRASIL É SIGNATÁRIO – ARTIGO 186, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INEXISTÊNCIA DE ADVERTÊNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO – ILEGALIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

Se a paciente, quando ouvida perante o juízo, na condição de informante, colocou-se na condição, em tese, de coautora do delito de tráfico de drogas, nos termos dos artigos 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, 8º, inciso 2, "g", do Pacto de São José da Costa Rica, 55, 1, "a", do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e 186 do Código de Processo Penal, deveria ser advertida de que poderia exercer o seu direito ao silêncio para não produzir provas contra si própria (prerrogativa contra a autoincriminação).

Se tão somente a "autoincriminação" originou o oferecimento da denúncia em seu desfavor, deve-se trancar a ação penal, sem prejuízo de reapresentação, desde que a nova peça venha apoiada em outros elementos de prova.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, contra o parecer, concederam a ordem, nos termos do voto do Relator, 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.

O advogado Gustavo G. M. S. impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de L. T. de S. S., denunciada pela suposta prática do delito descrito no artigo 33, caput, c/c artigo 40, III, ambos da Lei de Drogas, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Narra que *"a ré foi testemunha de acusação no processo nº 0045212-70.2019.8.12.0001, sendo que prestou depoimento em audiência no dia 30/07/2020. Utilizando como única prova seu testemunho, o Ministério Público denunciou a paciente em 06/08/2020 como incursa nas penas do artigo 33, caput, c/c artigo 40, III, ambos da Lei de Drogas"*.

Aduz que:

"(...) a paciente foi ouvida na qualidade de testemunha, com o compromisso de falar a verdade e sem ser alertada sobre seu direito constitucional de permanecer em silêncio - caso pudesse se autoincriminar-, o que acabou por ocorrer. Também não tinha ciência de que seria acusada ou "interrogada" em seu depoimento, o que foi feito pelo Ilustre Parquet, na tentativa de incriminá-la. Não esteve acompanhada de advogado e não é lícita a persecução penal unicamente com uma suposta confissão feita na qualidade de testemunha.

Ocorreram insistentes perguntas no sentido de acarretar a autoincriminação da ré, sem nem mesmo ser advertida sobre sua garantia fundamental de permanecer em silêncio e constituir advogado. A garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República assegura aos acusados ou indiciados em todas as fases procedimentais (extrajudicial ou judicialmente) o direito ao silêncio. E, além de matriz constitucional, trata-se de direito consagrado pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Dessa forma, o principal consectário da mencionada garantia constitucional é impor às autoridades a necessidade de advertência aos acusados do direito constitucional de permanecer em silêncio, sob pena de nulidade da prova. Temos que a única prova que sustenta a denúncia é ilícita, devendo o presente Habeas Corpus ser concedido para imediato trancamento da ação penal, com rejeição da denúncia.

A paciente foi ouvida na qualidade de testemunha, não sendo denunciada num primeiro momento, visto que inexistiam provas em seu desfavor. Obrigada a falar a verdade, na qualidade de testemunha acusatória, acabou por se autoincriminar, desconhecendo a garantia fundamental de poder permanecer em silêncio e não acarretar na produção de provas contra si, o que gera nulidade da prova."

Destaca, ainda, que:

"(...) não houve confissão no momento de audiência, sendo que a paciente não asseverou saber que havia o transporte da droga no dia da apreensão, informando que iriam até a casa de um colega do réu S. "tomar tereré". Além disso, não guardou em depósito a droga, tendo em vista que, ao ser informada por seu esposo da situação, logo determinou que ele "resolvesse a situação", desfazendo-se do entorpecente; foi então para a casa de sua mãe, pois não concordava com tais comportamentos delituosos. Diferentemente do que aduz o Ministério Público e do que consta na decisão ora guerreda de recebimento da denúncia, inexiste lastro probatório mínimo para o início da ação penal: ao ser questionada sobre o transporte da droga, respondeu que estavam indo "tomar tereré lá na casa do amigo do S. no Tijuca" (transcrição literal). Informou também que foi encontrada droga no carro, mas ela seria do corréu S., não tendo ciência que ele a possuía e nem tendo a visto anteriormente. Não houve confissão da ciência de que haveria o transporte da droga, sendo que a ré apenas saiu com seu esposo para determinado local. Ora, Excelência, em fase policial não houve indiciamento e nem investigação em face da Sra. Lidiane, por convicção formada pelos agentes públicos; além disso, o corréu S. e o corréu Jeferson foram claro ao declarar que a ré não tinha conhecimento do delito em questão. O Ministério Público questionou o corréu S., no interrogatório, acerca do envolvimento da ré no transporte da droga, demonstrando o interesse de responsabilizá-la. Todavia, o corréu foi claro em asseverar que a paciente não sabia e nem demonstrou saber dos fatos criminosos, apenas estando na companhia de seu esposo. Com relação ao suposto armazenamento do entorpecente, a paciente declarou que seu esposo foi o responsável por tal ato, sendo que não sabia que a droga estaria lá e ficou sabendo apenas depois. Durante os 2 (dois) dias que a droga permaneceu em depósito na residência, ficou na casa de sua mãe, indo ao local apenas para dormir. Ao ser questionada se concordou com o armazenamento do entorpecente em sua casa, a ré respondeu que "não, eu falei para ele que no outro dia era para ele devolver pro cara e pegar o dinheiro, que o que a gente ia fazer com droga" (transcrição literal). Insistentemente, tentando incriminar a testemunha, o Ministério Público refez a pergunta, sendo que a ré respondeu que "não, eu não concordei porque eu não sabia que ia ser droga, que o cara ia dar em droga. O cara chegou do nada e deu para ele. [...] Eu não sou a favor de droga, eu não gosto dessas coisas" (transcrição literal). O corréu J. também declarou que a paciente mandou ele resolver a situação, devolvendo a

droga para o real proprietário, pois ela não concordava com a situação. Declarou que ela quase o expulsou da residência por tal ocorrência e, durante os dois dias que permaneceu armazenada, a Sra. L. se ausentou da casa, apenas retornando para dormir. Ora, Excelências, a paciente foi totalmente contrária aos atos do esposo, contestando a situação e querendo que fosse resolvida. Ela não pode ser responsabilizada pela situação de armazenamento de outra pessoa, ainda mais seu esposo, pois sabemos que na sociedade patriarcal em que vivemos o homem muitas vezes manda na casa e a mulher fica impossibilitada de reagir. A acusada fez o que poderia: discordou da situação, levou sua filha embora e passou a maioria do dia na casa de sua mãe. Não houve o dolo de armazenamento do entorpecente por parte da ré, não havendo que se falar em responsabilidade objetiva dela. Também não houve nem mesmo ciência da Sra. L. de que haveria o transporte das drogas, não podendo da mesma forma a acusada ser responsabilizada por isso".

Assim, requer, liminarmente, o trancamento da ação penal, com rejeição da denúncia, por esta se basear exclusivamente em prova colhida de forma ilícita, inexistindo fundamento idôneo para uma ação penal em desfavor da paciente e, no mérito, a confirmação da liminar, com trancamento em definitivo da ação penal, f. 01/09.

A liminar foi indeferida pelo Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, em substituição, f. 107/111.

As informações foram prestadas, f. 115/117.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus*, f. 121/127.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O advogado G. M. S. impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de L. T. de S. S., denunciada pela suposta prática do delito descrito no artigo 33, caput, c/c artigo 40, III, ambos da Lei de Drogas, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Narra que *"a ré foi testemunha de acusação no processo nº 0045212-70.2019.8.12.0001, sendo que prestou depoimento em audiência no dia 30/07/2020. Utilizando como única prova seu testemunho, o Ministério Público denunciou a paciente em 06/08/2020 como incursa nas penas do artigo 33, caput, c/c artigo 40, III, ambos da Lei de Drogas"*.

Aduz que:

"(...) a paciente foi ouvida na qualidade de testemunha, com o compromisso de falar a verdade e sem ser alertada sobre seu direito constitucional de permanecer em silêncio - caso pudesse se autoincriminar-, o que acabou por ocorrer. Também não tinha ciência de que seria acusada ou "interrogada" em seu depoimento, o que foi feito pelo Ilustre Parquet, na tentativa de incriminá-la. Não esteve acompanhada de advogado e não é lícita a persecução penal unicamente com uma suposta confissão feita na qualidade de testemunha.

Ocorreram insistentes perguntas no sentido de acarretar a autoincriminação da ré, sem nem mesmo ser advertida sobre sua garantia fundamental de permanecer em silêncio e constituir advogado. A garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República assegura aos acusados ou indiciados em todas as fases procedimentais (extrajudicial ou judicialmente) o direito ao silêncio. E, além de matriz constitucional, trata-se de direito consagrado pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Dessa forma, o principal consectário da mencionada garantia constitucional é impor às autoridades a necessidade de advertência aos acusados do direito constitucional de permanecer em silêncio, sob pena de nulidade da prova. Temos que a única prova que sustenta a denúncia é ilícita, devendo o presente Habeas Corpus ser concedido para imediato trancamento da ação penal, com rejeição da denúncia.

A paciente foi ouvida na qualidade de testemunha, não sendo denunciada num primeiro momento, visto que inexistiam provas em seu desfavor. Obrigada a falar a verdade, na qualidade de testemunha acusatória, acabou por se autoincriminar, desconhecendo a garantia fundamental de poder permanecer em silêncio e não acarretar na produção de provas contra si, o que gera nulidade da prova."

Destaca, ainda, que:

"(...) não houve confissão no momento de audiência, sendo que a paciente não asseverou saber que havia o transporte da droga no dia da apreensão, informando que iriam até a casa de um colega do réu S. "tomar tereré". Além disso, não guardou em depósito a droga, tendo em vista que, ao ser informada por seu esposo da situação, logo determinou que ele "resolvesse a situação", desfazendo-se do entorpecente; foi então para a casa de sua mãe, pois não concordava com tais comportamentos delituosos. Diferentemente do que aduz o Ministério Público e do que consta na decisão ora guerreda de recebimento da denúncia, inexiste lastro probatório mínimo para o início da ação penal: ao ser questionada sobre o transporte da droga, respondeu que estavam indo "tomar tereré lá na casa do amigo do S. no Tijuca" (transcrição literal). Informou também que foi encontrada droga no carro, mas ela seria do corréu S., não tendo ciência que ele a possuía e nem tendo a visto anteriormente. Não houve confissão da ciência de que haveria o transporte da droga, sendo que a ré apenas saiu com seu esposo para determinado local. Ora, Excelência, em fase policial não houve indiciamento e nem investigação em face da Sra. Lidiane, por convicção formada pelos agentes públicos; além disso, o corréu S. e o corréu Jeferson foram claro ao declarar que a ré não tinha conhecimento do delito em questão. O Ministério Público questionou o corréu S., no interrogatório, acerca do envolvimento da ré no transporte da droga, demonstrando o interesse de responsabilizá-la. Todavia, o corréu foi claro em asseverar que a paciente não sabia e nem demonstrou saber dos fatos criminosos, apenas estando na companhia de seu esposo. Com relação ao suposto armazenamento do entorpecente, a paciente declarou que seu esposo foi o responsável por tal ato, sendo que não sabia que a droga estaria lá e ficou sabendo apenas depois. Durante os 2 (dois) dias que a droga permaneceu em depósito na residência, ficou na casa de sua mãe, indo ao local apenas para dormir. Ao ser questionada se concordou com o armazenamento do entorpecente em sua casa, a ré respondeu que "não, eu falei para ele que no outro dia era para ele devolver pro cara e pegar o dinheiro, que o que a gente ia fazer com droga" (transcrição literal). Insistentemente, tentando incriminar a testemunha, o Ministério Público refez a pergunta, sendo que a ré respondeu que "não, eu não concordei porque eu não sabia que ia ser droga, que o cara ia dar em droga. O cara chegou do nada e deu para ele. [...] Eu não sou a favor de droga, eu não gosto dessas coisas" (transcrição literal). O corréu J. também declarou que a paciente mandou ele resolver a situação, devolvendo a droga para o real proprietário, pois ela não concordava com a situação. Declarou que ela quase o expulsou da residência por tal ocorrência e, durante os dois dias que permaneceu armazenada, a Sra. L. se ausentou da casa, apenas retornando para dormir. Ora, Excelências, a paciente foi totalmente contrária aos atos do esposo, contestando a situação e querendo que fosse resolvida. Ela não pode ser responsabilizada pela situação de armazenamento de outra pessoa, ainda mais seu esposo, pois sabemos que na sociedade patriarcal em que vivemos o homem muitas vezes manda na casa e a mulher fica impossibilitada de reagir. A acusada fez o que poderia: discordou da situação, levou sua filha embora e passou a maioria do dia na casa de sua mãe. Não houve o dolo de armazenamento do entorpecente por parte da ré, não havendo que se falar em responsabilidade objetiva dela. Também não houve nem mesmo ciência da Sra. L. de que haveria o transporte das drogas, não podendo da mesma forma a acusada ser responsabilizada por isso".

Assim, requer, liminarmente, o trancamento da ação penal, com rejeição da denúncia, por esta se basear exclusivamente em prova colhida de forma ilícita, inexistindo fundamento idôneo para uma ação penal em desfavor da paciente e, no mérito, a confirmação da liminar, com trancamento em definitivo da ação penal.

A liminar foi indeferida pelo Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, em substituição.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

Em informações noticiou a autoridade apontada como coatora:

> *"Em atenção ao ofício 3731/2021, expedido junto ao Habeas Corpus n. 1402266-33.2021.8.12.0000, que tem como paciente L. T. de S. S., referente aos Autos de Ação Penal de Procedimento Ordinário n. 0949236-82.2020.8.12.0001, informo lhe o seguinte:*
>
> *Consta dos autos que, durante a instrução processual realizada nos autos n. 0045212-70.2019.8.12.0001, para apurar o delito de tráfico de drogas pelos réus J. V. D. F. e S. P. de A., a paciente foi ouvida como testemunha, ocasião em que se apurou sua participação no ilícito em companhia dos referidos réus. Diante disso, o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor da paciente, conforme transcrição abaixo:*
>
> *"CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.*
>
> *1. No dia 29.10.2019, por volta das 00:10h., próximo à Casa da Mulher Brasileira, na rua Brasília, bairro Jardim Imá, nesta Capital, a denunciada L. T. de S. S., juntamente com seus comparsas J. V. D. F. e S. P. DE A. (estes já denunciados na Ação Penal n.0045212-70.2019.8.12.0001), transportou 01 porção de "cocaína", pesando 50 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins e oriundos de traficância.*
>
> *2. Além disso, no mesmo dia e horário, a denunciada L. T. de S. S., juntamente com seu convivente J. V. D. F., guardou/teve em depósito, na sua residência situada na rua Rio Negro, n.245, bairro Vila Margarida, em Campo Grande, MS, outra porção de "cocaína", pesando 305 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins e oriundos de traficância.*
>
> *3. Na ocasião dos fatos, a denunciada L. T. DE S. S., junto com J. V. D. F e S. P. DE A. estavam se deslocando em um veículo que era utilizado pelo aplicativo "POP", modelo Volkswagen Voyage, cor branca, placa OOR-4123, que estava sendo conduzido por um motorista do aplicativo, e foram abordados por policiais militares. Na vistoria do veículo, os policiais militares localizaram 01 invólucro de substância análoga à cocaína, pesando 50 g, abaixo do banco do passageiro dianteiro. Referido entorpecente foi vendido por J., com anuência e conhecimento da sua convivente, a denunciada L. T. DE S. S., à S., pelo valor de R$1.000,00, o qual repassaria o entorpecentes ao outro rapaz chamado Matheus (não identificado).*
>
> *4. Antes da abordagem policial o comparsa S. foi na casa da denunciada L. T. DE S. S. e de seu convivente comparsa J., adquirir a droga, os três saíram juntos no referido veículo do aplicativo, transportando a droga, para se encontrarem com o Matheus (não identificado), este que lhes entregaria o dinheiro para pagamento do entorpecente.*
>
> *5. Após a abordagem policial, os policiais militares seguiram em diligência para a residência da denunciada L. T. DE S. S. e de seu comparsa J., na rua Rio Negro, n.245, bairro Vila Margarida, em Campo Grande, MS, onde foi localizada mais uma porção de "cocaína", pesando 305 gramas, dentro do seu guardarroupa, que estava sendo guardada/tida em deposito pela denunciada L. e por seu comparsa J. No imóvel também foram apreendidos os seguintes petrechos para o manuseio de drogas: 01 balança de precisão, sem marca aparente e 01 copo dosador, de cor azul.*

6. Esclarecemos que durante a investigação realizada no inquérito policial 889/2019-DenarCG, que originou a ação penal 0045212-70.2019.8.12.0001 em desfavor dos denunciados J. V. D. F e S. P. DE A., não foi apurada a coautoria da denunciada no crime. Todavia, durante a instrução processual, a denunciada L. T. DE S. S. (que foi ouvida como testemunha) confessou ter conhecimento acerca da existência da droga na sua residência, afirmando que o entorpecente estava lá há dois dias, que foi recebido por seu convivente-comparsa J. V. D. F como parte do pagamento da venda de um veículo pertencente ao casal, que a transação se deu com o recebimento da quantia de R$5.000,00 em espécie e mais cerca de 500 gramas de cocaína, resultando no valor total da venda do automóvel de R$10.000,00, tudo como o conhecimento e concordância da denunciada.

Agravante Específica – imediações de entidade social e unidade policial

7. O crime foi praticado pela denunciada L. T. DE S. S. e seus comparsas J. V. D. F. e S. P. de A. (já processados), nas imediações da entidade social (a) Igreja Batista Jardim Imá, localizada na rua Brasília, n.347, bairro Jardim Imá, em Campo Grande, MS, aproximadamente duas quadras do local do crime e nas imediações da unidade policial (b) Casa da Mulher Brasileira, onde ficam instaladas as Delegacias de Policia de Atendimento à Mulher, localizada na rua Brasília, Lote A, Quadra 2, s/n, bairro Jardim Imá, em Campo Grande, MS."

Por fim, informo que a ação penal que visa a apuração do delito ocorrido no dia 29/10/2019, imputado à paciente tramita sob n°. 0949236-82.2020.8.12.0001. A denúncia foi recebida em 25/02/2021 (fl. 128/129) e designada audiência de instrução e julgamento para o dia 18/11/2021, às 14 horas.

Essas são as informações que reputo relevantes, colocando-me à disposição de V. Exa. para quaisquer outras que repute necessárias."

Pois bem.

Do item 6 da denúncia ofertada em desfavor da paciente, transcrita nas informações e acostada as f. 13/16, extrai-se o seguinte:

"6. Esclarecemos que durante a investigação realizada no inquérito policial 889/2019-DenarCG, que originou a ação penal 0045212-70.2019.8.12.0001 em desfavor dos denunciados J. V. D. F. e S. P. DE A., não foi apurada a coautoria da denunciada no crime. ***Todavia, durante a instrução processual, a denunciada L. T. DE S. S. (que foi ouvida como testemunha) confessou ter conhecimento acerca da existência da droga na sua residência, afirmando que o entorpecente estava lá há dois dias, que foi recebido por seu convivente-comparsa J. V. D. F. como parte do pagamento da venda de um veículo pertencente ao casal, que a transação se deu com o recebimento da quantia de R$5.000,00 em espécie e mais cerca de 500 gramas de cocaína, resultando no valor total da venda do automóvel de R$10.000,00, tudo como o conhecimento e concordância da denunciada****." (destaque não original)*

Logo, inconteste que a "*incriminação*" da paciente, na verdade "*autoincriminação*", que originou o oferecimento da denúncia em seu desfavor, ocorreu em razão do seu depoimento, prestado na condição de *informante* por ser esposa de um dos denunciados, apesar de não ter sido esclarecida durante a audiência desta condição, nos autos 0045212-70.2019.8.12.0001, conforme se observa da gravação do ato.

Aliás, a própria autoridade coatora, em informações, confirma tal assertiva ao destacar que *"durante a instrução processual realizada nos autos n. 0045212-70.2019.8.12.0001, para apurar o delito de tráfico de drogas pelos réus J. V. D. F. e S. P. de A.,* ***a paciente foi ouvida como testemunha, ocasião em que se apurou sua participação no ilícito em companhia dos referidos réus****. Diante disso, o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor da paciente".* (destaque não original)

Da oitiva, pormenorizada das mídias do depoimento da paciente, f. 238 dos autos supra mencionados, mídia de 22min34seg e de 1min23seg (continuação), verifica-se que a paciente narrou que, em tese, tinha conhecimento do entorpecente armazenado na sua residência, ocorrendo, na sequência uma série de perguntas que visavam a colocar na condição, no mínimo, de partícipe do delito, em tese, cometido pelo seu marido.

Ocorre que, mesmo o testemunho da paciente, que diga-se, não era ouvida como investigada, tendo tomado tal rumo, a magistrada condutora da audiência, em nenhum momento a advertiu dos seus direitos constitucionais de não se autoincriminar.

Como é cediço, o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal confere ao acusado o seu direito de não se autoincriminar. Vejamos:

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *LXIII - **o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (destaque não original)*

Por sua vez o Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, inc. 2, letra "g"garante a pessoa o *"direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem declara-se culpado"*.

Reafirma ainda, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), do qual o Brasil é signatário, em seu artigo 55, 1, letra "a": *"nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou declarar-se culpada"*.

No mesmo sentido o artigo 186 do Código de Processo Penal:

> *"Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, **o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas**.*
>
> *Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa." (destaque não original)*

Eugênio Pacelli de Oliveira *in* Curso de Processo Penal, 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 341 e 342 ensina que:

> *"O direito ao silêncio, cuja origem deita raízes na Idade Média e início da Renascença (HADDAD, 2000, p. 141), é a versão nacional do privilege against self-incrimination do Direito anglo-americano.*
>
> *O princípio do direito ao silêncio, tradução de uma das manifestações da não auto-incriminação e do nemo tenetur se detegere (ninguém é obrigado a se descobrir), foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo.*
>
> *No Brasil, com a Constituição de 1988, (art. 5º, LXIII) e com o art. 8ª, 1, do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/92), há regra expressa assegurando ao preso e ao acusado, em todas as fases do processo, o direito a permanecer calado. Embora não haja previsão expressa do direito à não auto-incriminação, pode-se, contudo, extrair o princípio do sistema de garantias constitucionais."*

Vale destacar que *"O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - **também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação**. ... **Aquele que***

sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal *(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. Celso De Mello, v.g.)." (HC 99289, Relator(a): Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149 Divulg 03-08-2011 Public 04-08-2011 Ement Vol-02559-01 PP-00075 RTJ VOL-00226-01 PP-00529)*

Cumpre ainda apontar que a condição, inicial de informante do juízo, no caso da paciente, lhe assegura o mesmo direito constitucional, pois, como é cediço, *"**não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la**"* (HC 73035, Relator (a): Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/1996, DJ 19-12-1996 PP-51766 Ement Vol-01855-02 PP-00236).

O Ministro Gilmar Mendes, RHC 122279, em caso análogo ao presente destacou na fundamentação do seu voto:

> *"Como retratado no termo de inquirição (fl. 19), o soldado Arley foi ouvido inicialmente na condição de testemunha, sendo formalmente advertido do dever de dizer a verdade.*
>
> *Nesse momento, negou qualquer contribuição para o fato.*
>
> *No curso da inquirição, optou por confessar o crime.*
>
> *Constou do termo:*
>
> *"Até este momento o Sd A. respondia às perguntas até que pediu para que o escrivão do presente Inquérito desconsiderasse tudo o que havia sido declarado, confessando que estava mentindo e, a partir de então, diria toda a verdade, enfatizando, inclusive, que foi ele mesmo, Sd A., que subtraiu o telefone celular. "*
>
> *Na sequência do termo, a confissão é detalhada.*
>
> *Ou seja, houve um momento da inquirição em que, claramente, o inquirido manifestou a intenção de confessar o crime.*
>
> *Nesse momento, há uma mudança na relação do depoente com a investigação, passando da condição de testemunha à condição de suspeito.*
>
> *Para validade das declarações subsequentes, a autoridade deveria ter respeitado, a partir de então, as regras do interrogatório.* ***Ou seja, deveria ter advertido formalmente o depoente do direito ao silêncio****.* ***Isso não aconteceu – ou ao menos não foi registrado****.*
>
> ***Portanto, tal declaração não tem valor por não ter sido precedida da advertência quanto ao direito de permanecer calado****.*

No presente caso, como já destacado, a paciente, quando ouvida perante o juízo, na condição de informante, colocou-se na condição, em tese, de coautora do delito de tráfico de drogas.

Das mídias do depoimento da paciente verifica-se que as perguntas relacionadas a sua participação no delito, após a menção de que sabia do entorpecente guardado na sua residência, passaram a nortear em grande parte as perguntas do órgão acusatório, ou seja, o intento acusatório deixou de ser a participação do marido da paciente na empreitada criminosa e passou a ser o grau de participação dela.

Sendo que, em nenhum momento, apesar claro intento acusatório, a paciente foi advertida de que poderia exercer o seu direito ao silêncio.

Portanto, a declaração da paciente, como ensinou o Ministro Gilmar Mendes, *in* RHC 122279, *"não tem valor por não ter sido precedida da advertência quanto ao direito de permanecer calado"*.

Nesse mesmo sentido o Ministro Ricardo Lewandowski:

> *"Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. CONSTATAÇÃO. INOBSERVÂNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. USO INDEVIDO DE UNIFORME MILITAR. ORDEM CONCEDIDA*
>
> *I – É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a autoincriminação.*
>
> *II – O depoimento da paciente, ouvida como testemunha na fase inquisitorial, foi colhido sem a observância do seu direito de permanecer em silêncio.*
>
> *III – Ordem concedida." (HC 136331, Relator (a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, Processo Eletrônico DJe-140 Divulg 26-06-2017 Public 27-06-2017)*

Da fundamentação dos autos de HC 136331 extrai-se a seguinte passagem:

> *"Esta Suprema Corte já assentou, em mais de uma ocasião, que, seja na condição de investigado ou de testemunha, o paciente tem o direito de permanecer em silêncio, de comunicar-se com seu advogado e de não produzir prova contra si mesmo, conforme lhe assegura o art. 5º, LXIII, da Carta da República. Incide, na hipótese, o princípio nemo tenetur se detegere."*

É consabido que o trancamento de Ação Penal em sede de *habeas corpus* reveste-se de caráter excepcional, como a existente nos presentes autos.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de conceder a presente a ordem de *habeas corpus* em favor de Lidiane Thais de Souza Soares, a fim de trancar a ação penal n. 0949236-82.2020.8.12.0001, sem prejuízo de reapresentação, desde que a nova peça venha apoiada em outros elementos de prova.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal)

O Relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, contra o parecer, encaminhou voto no sentido de conceder a presente ordem de *habeas corpus* em favor de L. T. DE S. S., a fim de trancar a ação penal n. 0949236-82.2020.8.12.0001, sem prejuízo de reapresentação, desde que a nova peça venha apoiada em outros elementos de prova.

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em considerar excepcional o trancamento da ação penal, pela via sumária do Habeas Corpus, entendimento que tenha adotado em processos dessa natureza.

Com efeito, cabe autorizar o encerramento prematuro do processo-crime quando de logo presente ilegalidade ou abuso de poder.

A hipótese em julgamento, como ressaltado pelo Relator, ofende o princípio da não-autoincriminação.

A denúncia foi baseada unicamente em confissão que foi feita por pessoa ouvida na condição de testemunha, quando não lhe tenha sido feita a advertência quanto ao direito de permanecer calada, nos termos do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

A paciente deveria ter sido informada de seus direitos, entre os quais o de permanecer calada, como expressão do princípio da não-autoincriminação, segundo o qual o acusado tem o direito de não produzir prova contra si mesmo.

A partir do momento em que a testemunha começou a prestar declarações que a incriminavam, a autoridade judicial deveria ter encerrado seu depoimento como testemunha e ter iniciado outro, na condição de investigada ou suspeita e, antes de qualquer outra declaração, deveria ter esclarecido que tinha o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma.

A falta de advertência quanto ao direito ao silêncio tornou ilícita a prova produzida.

Nesse sentido, está a Jurisprudência do STF:

> *"Se o indivíduo é convocado para depor como testemunha em uma investigação e, durante o seu depoimento, acaba confessando um crime, essa confissão não é válida se a autoridade que presidia o ato não o advertiu previamente de que ele não era obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo o direito de permanecer calado. " (RHC 122279/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/8/2014 (Info 754).*

Diante das peculiaridades do caso em julgamento, 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, contra o parecer, concederam a ordem, nos termos do voto do Relator, 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.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Habeas Corpus Criminal n.º 1402347-79.2021.8.12.0000 - Inocência

EMENTA – HABEAS CORPUS – OFERECER BEBIDA ALCOÓLICA A CRIANÇA OU ADOLESCENTE E OFERECER DROGA, EVENTUALMENTE E SEM OBJETIVO DE LUCRO, AO TERCEIRO PARA JUNTOS A CONSUMIREM – PRISÃO PREVENTIVA – PEDIDO DE REVOGAÇÃO – ACOLHIMENTO – PACIENTE QUE HAVIA OBTIDO A LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA PELA JUÍZA PLANTONISTA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA – REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO PELO JUIZ TITULAR – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE FATO NOVO JUSTIFICANDO O DECRETO PRISIONAL – ORDEM CONCEDIDA.

Uma vez concedida a liberdade provisória ao paciente, por intermédio de decisão proferida pela Juíza de Direito escalada para o plantão das audiências de custódia, não pode o Juiz titular da causa rever tal decisão, sem o surgimento de fato inédito, haja vista que ambos os magistrados exercem suas competências em idêntico grau de jurisdição.

Deveras, a revisão de decisões dessa natureza é reservada ao Tribunal de Justiça. Assim, se o Ministério Público dissente da decisão prolatada pelo juiz escalado para o plantão das audiência de custódia deve impugná-la valendo-se de recurso em sentido estrito, não sendo cabível, portanto, a revisão pelo juiz de direito titular da serventia judicial.

Além disso, havendo incerteza a respeito da imprescindibilidade da prisão preventiva, derivada das circunstâncias que envolveram os supostos delitos, haja vista que, em tese, o caso envolve compartilhamento de bebida alcóolica e substância entorpecente com adolescente, de forma eventual e sem objetivo de lucro, para consumo comum, durante uma festa, deve-se revogar o decreto prisional, restabelecendo as medidas cautelares mais brandas inicialmente impostas ao paciente pela Juíza de Direito plantonista.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, contra o parecer, concederam a ordem.

Campo Grande, 16 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 em favor de C. C. da S., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Inocência (MS).

Alega a impetrante, em resumo, que: a) aos 13.02.2021, o paciente e outro foram presos em flagrante em razão da suposta prática dos crimes previstos no no art. 243 da Lei nº 8.069/90 e no art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006 (oferecer bebida alcoólica a criança ou adolescente e oferecer droga, eventualmente e sem

objetivo de lucro, ao terceiro para juntos a consumirem); b) a juíza de direito escalada para o plantão judiciário proferiu decisão concedendo a liberdade provisória a ambos; c) porém, o juiz titular revogou a decisão da plantonista e decretou da prisão preventiva do paciente; d) no momento do cumprimento do mandado de prisão, "*o paciente tentou empreender fuga e foi alvejado nos membros inferiores, tendo sido socorrido pelos policiais e encaminhado ao Hospital local e posteriormente transferido à Santa Casa de Misericórdia de Paranaíba, submetendo-se a procedimento cirúrgico para remoção do projétil que permanecera alojado*"; e) na compreensão da defesa, há constrangimento ilegal, pois não havia fato novo que justificasse a revogação da liberdade provisória; f) ademais, houve decretação da prisão de ofício, em detrimento do disposto da Lei 13.964/19; g) afora isso, não está demonstrada a necessidade da prisão preventiva.

Pediu a revogação da prisão em caráter liminar, com ulterior confirmação no mérito.

O pedido de liminar foi indeferido pelo e. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, em substituição legal.

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 em favor de C. C. da S., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Inocência (MS).

Alega a impetrante, em resumo, que: a) aos 13.02.2021, o paciente e outro foram presos em flagrante em razão da suposta prática dos crimes previstos no no art. 243 da Lei nº 8.069/90 e no art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006 (oferecer bebida alcoólica a criança ou adolescente e oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, ao terceiro para juntos a consumirem); b) a juíza de direito escalada para o plantão judiciário proferiu decisão concedendo a liberdade provisória a ambos; c) porém, o juiz titular revogou a decisão da plantonista e decretou da prisão preventiva do paciente; d) no momento do cumprimento do mandado de prisão, "*o paciente tentou empreender fuga e foi alvejado nos membros inferiores, tendo sido socorrido pelos policiais e encaminhado ao Hospital local e posteriormente transferido à Santa Casa de Misericórdia de Paranaíba, submetendo-se a procedimento cirúrgico para remoção do projétil que permanecera alojado*"; e) na compreensão da defesa, há constrangimento ilegal, pois não havia fato novo que justificasse a revogação da liberdade provisória; f) ademais, houve decretação da prisão de ofício, em detrimento do disposto da Lei 13.964/19; g) afora isso, não está demonstrada a necessidade da prisão preventiva.

Pediu a revogação da prisão em caráter liminar, com ulterior confirmação no mérito.

O pedido de liminar foi indeferido pelo e. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, em substituição legal.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

Pois bem, consoante relatado, o paciente foi preso em flagrante aos 13.02.2021 em razão da suposta prática dos crimes previstos no art. 243 da Lei nº 8.069/90 e no art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006 (oferecer bebida alcoólica a criança ou adolescente e oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, ao terceiro para juntos a consumirem). As circunstâncias que envolveram os supostos delitos podem ser hauridas a partir da denúncia, a seguir transcrita:

*(...) no dia 12 de fevereiro de 2021, por volta das 22 horas, nesta cidade e comarca, na Rua São Paulo, s/n, A. H. R. DA S. (qualificado nos autos) e C. C. DA S. (qualificado nos autos) entregaram bebida alcoólica ao adolescente *****. Ainda noticia o Inquérito Policial que, nas mesmas condições de tempo e lugar, A. H. R. DA S. (qualificado nos autos) e C. C. DA S. (qualificado nos autos) ofereceram droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, ao adolescente C. H. B. A., para juntos a consumirem. Segundo apurado, a Polícia Civil realizava diligência quando houve comunicação de que na residência do denunciado C. havia aglomeração de pessoas e consumo de bebidas alcoólicas e drogas ilícitas. Ato contínuo, os policiais se dirigiram à residência do denunciado C., momento em que constataram as pessoas de E. D. R. V., J. M. A. de S., M. H. dos S. e o adolescente *****, consumindo bebidas alcoólicas e fumando narguilé e maconha. Consta dos autos, que durante a diligência, verificou-se que os denunciados C. e A., juntamente com os demais autuados E. D. R. V., J. M. A. de S., M. H. dos S. entregaram bebida alcoólica, narguilé e maconha ao consumo do adolescente *****."*

Ao receber o auto de prisão em flagrante, a Juíza de Direito escalada para o plantão, concedeu a liberdade provisória ao paciente, com a imposição de medidas cautelares mais brandas, nos termos da seguinte decisão, dispensando a realização da audiência de custódia (autos n. 0001603-94.2021.8.12.0800)**:**

Trata-se de comunicação da prisão em flagrante de A. H. R. da S., C. C. da S., E. D. R. V., J. M. A. de S. e M. H. dos S., pela prática, em tese, do crime previsto no art. 243, do ECA.

O Ministério Público manifestou pela homologação do flagrante, bem como pela concessão de liberdade aos flagrados com exceção de A. e C. ***em razão da reincidência*** *(f. 87-89).*

(...) Relativamente aos indiciados A. H. R. da S. e C. C. da S., embora possuam antecedentes criminais verifico que o crime imputado não possui pena superior a 04 anos e os demais requisitos não se mostram presentes.

Não sendo o caso de decretação da prisão preventiva dos indiciados (art. 321, do CPP) e sendo necessária a imposição de medidas cautelares para a aplicação da lei penal, bem como para evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, do CPP), dispenso a fiança aplicada pela autoridade policial e concedo Liberdade Provisória a A. H. R. da S., C. C. da S., E. D. R. V. e M. H. dos S., mediante cumprimento das condições estabelecidos nos arts. 327 e 328, todos do Código de Processo Penal, ou seja: a) não se ausentar da comarca por mais de 08 dias, sem comunicar ao Juízo; b) não poderá mudar de residência, sem prévia permissão do juízo; c) deverá comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento."

Sequencialmente, os autos foram distribuídos ao Juiz de Direito da Vara Única de Inocência, que, após colher manifestação do MPE, decretou a prisão preventiva do paciente com lastro na seguinte decisão:

"No caso, a prisão preventiva deve ser decretada, uma vez que as condições de admissibilidade estão configuradas. A prisão é adequada à gravidade do caso, vedada a substituição por outra medida cautelar. De acordo com a folha de antecedentes de f. 28-32, o flagranteado C. é multirreincidente (art. 313, II, CPP). Registre-se, nesse ponto, QUE, embora tenha constado na decisão de f. 92, que a pena em abstrato do crime em questão NÃO supera 4 anos, É PRECISO considerar que, quanto ao flagranteado C., ele é REINCIDENTE, de modo que o caso se amolda ao inciso II, e não ao inciso I, do artigo 313 do CPP, de forma técnica. Quanto aos pressupostos, o "fumus commissi delicti" está presente, porque a materialidade do crime e os indícios de autoria estão revelados no APF, boletim e nos depoimentos (f. 1-71). Igualmente, o "periculum libertatis", que está indicado pela constatação do fundamento da necessidade de garantia da ordem pública. É importante destacar que a necessidade de garantia da ordem pública é a necessidade de manter a pessoa presa em razão de sua periculosidade concreta e, com isso, evitar que ela reitere a prática delitual na sociedade. Tal necessidade deve ser aferida concretamente pela análise dos antecedentes e da "forma de execução" do delito. Na espécie, uma análise individualizada revela que a periculosidade

da pessoa flagranteada é manifesta. ORA, O FLAGRANTEADO É REINCIDENTE (F. 79-81), COM ANTECEDENTES CONSIDERÁVEIS E VÁRIAS AÇÕES PENAIS EM ABERTO, além de responde à execução penal de n. 0000538-96.2019.8.12.0036. (...) A prisão visa a impedir a reiteração delitiva concreta na Comarca. Portando, o caso é de conversão do flagrante em prisão preventiva. No caso, como dito, a liberdade provisória dele fica prejudicada. Isso posto, com o parecer do Ministério Público Estadual (f. 89 e f. 123), REVOGO, EM MÍNIMA PARTE, a decisão interlocutória de f. 92-94, apenas para decretar a prisão preventiva de C. C. DA S., mantidas as demais disposições de tal decisão e prejudicado o requerimento de f. 96-110."

Ultrapassadas tais digressões, inicialmente cumpre assentar que, ao contrário do que alega a defesa, a prisão preventiva não foi decretada de ofício, em detrimento do disposto no artigo 311 do CPP, com redação dada pela Lei 13.964/2019 ("em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial".

No caso, ao receber aos autos da prisão em flagrante, o julgador de primeira instância abriu vista ao representante do Ministério Público Estadual local, que se manifestou pela decretação da prisão preventiva do paciente, nos termos do parecer anteriormente exarado nos autos. Portanto, não houve ofensa ao disposto no referido dispositivo legal, pois a medida extrema foi decretada a requerimento do MPE.

Porém, a decisão ora hostilizada padece de outra ilegalidade.

Com efeito, observa-se que o auto de prisão em flagrante foi direcionado à magistrada escalada para o plantão das audiências de custódia. Destarte, a julgadora detinha competência para realizar o referido ato e, assim, deliberar sobre a manutenção ou não da custódia antecipada, decidindo, na hipótese em tela, conceder a liberdade provisória ao paciente, dispensando a realização do referido ato.

Sob tal contexto, não poderia o juiz titular da causa rever decisão benéfica proferida pelo juízo da audiência de custódia, pois ambos exercem suas competências em idêntico grau de jurisdição.

Somente seria admissível o decreto prisional pelo magistrado do processo de conhecimento na hipótese de surgimento de fato inédito, o que não ocorreu, pois a juíza plantonista já estava ciente a respeito da reincidência do paciente.

Deveras, a revisão de decisões dessa natureza é reservada ao Tribunal de Justiça. Assim, se o Ministério Público dissente da decisão prolatada pelo juiz escalado para o plantão das audiência de custódia deve impugná-la valendo-se de recurso em sentido estrito, não sendo cabível, portanto, a revisão pelo juiz de direito titular da serventia judicial, inclusive porque não há norma regulamentar autorizando tal revisão.

Nesse sentido:

"Habeas Corpus. Decreto de prisão preventiva. Ministério Público requer liberdade provisória ao paciente em audiência de custódia. Deferido o pedido. Dia seguinte, outro membro do Ministério Público representa a prisão preventiva e magistrada defere. Inadmissibilidade. 1- Juízes que realizam audiência de custódia são da mesma instância dos juízes de conhecimento, que não têm poder revisional das decisões concessivas de liberdade. 2- Inadmissível decisão de juiz de primeira instância que casse decisão prolatada em audiência de custódia, para trazer prejuízo ao réu, revogando relaxamento da prisão ou liberdade concedida. Decisão desta natureza é de competência do Tribunal de Justiça, pois o juiz da causa não tem poder de revisão das decisões benéficas prolatadas pelo juízo da audiência de custódia. 3- Decreto de prisão pelo magistrado do processo de conhecimento é possível na hipótese de surgimento de fato inédito, o que não ocorreu. 4- Se o Ministério Público dissente da decisão prolatada pelo juiz que realiza a audiência de custódia deve impugná-la valendo-se de recurso em sentido estrito. No caso, não havia interesse, pois houve requerimento de concessão de liberdade. 5- A prisão sem condenação é medida excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando houver prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e, ainda, forem atendidas as exigências dos artigos 312 e

313, ambos do Código de Processo Penal. 6-Decisão carecedora de fundamentação, não sendo possível inferir necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e tampouco a exigência da prisão do paciente para garantir a aplicação da lei penal. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2148444-14.2018.8.26.0000; Relator: Kenarik Boujikian; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapevi - Vara Criminal; Data do Julgamento: 08/10/2018; Data de Registro: 09/10/2018)

Além disso, não há certeza acerca da imprescindibilidade da prisão preventiva, pois, embora o caso envolva paciente multirreincidente, as circunstâncias descritas na denúncia denotam que as hipotéticas infrações que resultaram na prisão não apresentam maior gravidade, haja vista que, em tese, o caso envolve compartilhamento de bebida alcóolica e substância entorpecente com adolescente, de forma eventual e sem objetivo de lucro, para consumo comum, durante uma festa.

Vale dizer, embora haja elementos indicando risco de reiteração delitiva, os hipotéticos delitos são desprovidos de gravidade e, assim, não justificam a custódia cautelar.

A decisão proferida pela juíza plantonista corrobora tal compreensão.

De outro lado, a tentativa de fuga mencionada da d. Procuradoria de Justiça ocorreu no cumprimento do mandado de prisão expedido em razão da decisão ora impugnada. Portanto, não pode ser considerada para mantê-la.

Assim, deve ser restabelecida a decisão proferida pela Juíza de Direito escalada para o plantão das audiências de custódia, que concedeu a liberdade provisória ao paciente mediante o cumprimento de medidas cautelares mais brandas, em atenção à orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal segue no sentido de que ***"a prisão preventiva é a ultima ratio, a derradeira medida a que se deve recorrer, e somente poderá ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes para a contenção do periculum libertatis (art. 282, § 6º, CPP)"*** (Inq 3842 AgR-segundo-AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014).

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de conceder a ordem em favor de C. C. da S. a fim de revogar a decisão que proferida pelo Juiz de Direito titular da Vara Única da comarca de Inocência, que decretou-lhe a prisão preventiva, restabelecendo a decisão proferida pela Juíza de Direito plantonista que favoreceu o paciente com a liberdade provisória mediante cumprimento de medidas cautelares mais brandas.

Prevalecendo este voto, expeça-se alvará de soltura para cumprimento imediato, salvo se por outro motivo não estiver preso.

Decisão contrária ao parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, concederam a ordem.

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, 16 de março de 2021.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Habeas Corpus Criminal n.º 1404779-71.2021.8.12.0000 - Inocência

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRONÚNCIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE DA DECISÃO – POSSIBILIDADE DE ANÁLISE – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NO MOMENTO OPORTUNO – PRISÃO PREVENTIVA – REANÁLISE REALIZADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Ainda que em regra não seja admitido o *habeas corpus* como sucedâneo recursal, excepcionalmente deve ser conhecido o remédio heroico, quando presente peculiaridade, em que demonstrada a ausência de defesa técnica pela advogada constituída, após a prolação da decisão de pronúncia.

Embora exista uma linha tênue entre o dever de motivação das decisões judiciais, descrito no art. 93, IX, da Constituição Federal e a problemática do excesso de linguagem que pode influenciar no julgamento da causa pelos jurados, não se pode sob o pretexto de evitar influência sobre o ânimo dos jurados, deixar de apontar fundamentadamente qual o lastro probatório mínimo que ensejou o convencimento do magistrado para pronunciar o réu.

Sendo a competência do Juiz de Direito de primeiro grau para reanálise da prisão preventiva, a qual já ocorreu, não há como acolher a pretensão para que seja determinado o relaxamento da prisão do paciente sob o fundamento alegado na petição inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Concederam a ordem, unânime. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 8 de junho de 2021.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

A Defensoria Pública Estadual impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de V. C. dos S., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Inocência.

Afirma que: **a)** o paciente foi denunciado nos autos n. 0000215-57.2020.8.12.0036 pela suposta prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa, bem como crime de ameaça e contravenção penal de vias de fato; **b)** a instrução transcorreu, foram apresentadas alegações finais e o paciente foi pronunciado nos termos da denúncia; **c)** a advogada constituída tomou ciência da decisão e se manifestou nos termos do art. 422, do CPP, após renunciou, tendo o réu sido intimado e manifestado expressamente que pretendia ser atendido pela Defensoria Pública; **d)** há nulidade na sentença de pronúncia por ausência de fundamentação; **e)** a questão foi submetida à autoridade coatora pela Defensoria Pública, sendo indeferido, consignando que houve a devida fundamentação e que há preclusão recursal, porque a advogada

constituída na época não recorreu; **f)** a sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri está designada para o dia 27.4.2021, às 8h; **g)** embora não se admitida *habeas corpus* como sucedâneo recursal, excepcionalmente é admitido seu cabimento quando manifesta a ilegalidade ou teratológica a decisão apontada como coatora; **h)** na decisão de pronúncia impugnada não há fundamentação sobre as qualificadoras e os crimes conexos, mas apenas quanto ao crime de homicídio, o que caracteriza nulidade absoluta; **i)** a decisão nem sequer declarou os dispositivos legais no qual incorreu o paciente, restringindo-se às alegações finais ministeriais; **j)** reconhecida a ausência de fundamentação para a pronúncia, devem ser decotadas as qualificadoras e as infrações penais conexas, mantendo-se apenas a pronúncia pelo crime de homicídio simples ou, subsidiariamente, seja reconhecida a nulidade da decisão de pronúncia; **k)** a decisão de pronúncia não tratou acerca da manutenção ou revogação da prisão, caracterizando-se como ilegal; **l)** o paciente está preso há cerca de um ano, mais de noventa dias sem que tenha sido proferida decisão sobre a manutenção de sua prisão, o que a caracteriza como ilegal, conforme prevê o art. 316, parágrafo único, do CPP.

Requer o deferimento de liminar para que seja suspensa a sessão de julgamento do Tribunal do Júri designada para o dia 27.4.2021, às 8h, bem como seja determinado o relaxamento da prisão do paciente e, ao final, seja confirmada em definitivo a ordem para declarar a nulidade da decisão de pronúncia das qualificadoras previstas nos incisos I e IV, do art. 121, do CP, do crime conexo do art. 147, do CP e da contravenção penal do art. 21, do Decreto-Lei n. 3.688/41, mantendo-se a pronúncia apenas pelo crime de homicídio simples, ou subsidiariamente seja declarada a nulidade integral da sentença de pronúncia, bem como seja relaxada a prisão preventiva.

A liminar foi deferida parcialmente a fim determinar a suspensão do julgamento do Tribunal do Júri designado para o dia 27.4.2021 nos autos da ação penal n.0000215-57.2020.8.12.0036, até que sobrevenha decisão de mérito no bojo do presente *habeas corpus* (p. 551-555).

As informações foram prestadas (p. 561-562).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pela denegação da ordem (p. 570-575).

O paciente juntou aos autos cópia de Procuração informando que passa s ser assistido pelo advogado V. C. dos S. (p. 578-579).

O Relator em substituição legal devolveu os autos para julgamento por este Relator, após fim das férias (p. 580).

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 V. C. dos S., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Inocência.

Afirma que: **a)** o paciente foi denunciado nos autos n. 0000215-57.2020.8.12.0036 pela suposta prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa, bem como crime de ameaça e contravenção penal de vias de fato; **b)** a instrução transcorreu, foram apresentadas alegações finais e o paciente foi pronunciado nos termos da denúncia; **c)** a advogada constituída tomou ciência da decisão e se manifestou nos termos do art. 422, do CPP, após renunciou, tendo o réu sido intimado e manifestado expressamente que pretendia ser atendido pela Defensoria Pública; **d)** há nulidade na sentença de pronúncia por ausência de fundamentação; **e)** a questão foi submetida à autoridade coatora pela Defensoria Pública, sendo indeferido, consignando que houve a devida fundamentação e que há preclusão recursal, porque a advogada constituída na época não recorreu; **f)** a sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri está designada para o dia

27.4.2021, às 8h; **g)** embora não se admitida *habeas corpus* como sucedâneo recursal, excepcionalmente é admitido seu cabimento quando manifesta a ilegalidade ou teratológica a decisão apontada como coatora; **h)** na decisão de pronúncia impugnada não há fundamentação sobre as qualificadoras e os crimes conexos, mas apenas quanto ao crime de homicídio, o que caracteriza nulidade absoluta; **i)** a decisão nem sequer declarou os dispositivos legais no qual incorreu o paciente, restringindo-se às alegações finais ministeriais; **j)** reconhecida a ausência de fundamentação para a pronúncia, devem ser decotadas as qualificadoras e as infrações penais conexas, mantendo-se apenas a pronúncia pelo crime de homicídio simples ou, subsidiariamente, seja reconhecida a nulidade da decisão de pronúncia; **k)** a decisão de pronúncia não tratou acerca da manutenção ou revogação da prisão, caracterizando-se como ilegal; **l)** o paciente está preso há cerca de um ano, mais de noventa dias sem que tenha sido proferida decisão sobre a manutenção de sua prisão, o que a caracteriza como ilegal, conforme prevê o art. 316, parágrafo único, do CPP.

Requer o deferimento de liminar para que seja suspensa a sessão de julgamento do Tribunal do Júri designada para o dia 27.4.2021, às 8h, bem como seja determinado o relaxamento da prisão do paciente e, ao final, seja confirmada em definitivo a ordem para declarar a nulidade da decisão de pronúncia das qualificadoras previstas nos incisos I e IV, do art. 121, do CP, do crime conexo do art. 147, do CP e da contravenção penal do art. 21, do Decreto-Lei n. 3.688/41, mantendo-se a pronúncia apenas pelo crime de homicídio simples, ou subsidiariamente seja declarada a nulidade integral da sentença de pronúncia, bem como seja relaxada a prisão preventiva.

A liminar foi deferida parcialmente a fim determinar a suspensão do julgamento do Tribunal do Júri designado para o dia 27.4.2021 nos autos da ação penal n.0000215-57.2020.8.12.0036, até que sobrevenha decisão de mérito no bojo do presente *habeas corpus* (p. 551-555).

As informações foram prestadas (p. 561-562).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pela denegação da ordem (p. 570-575).

O paciente juntou aos autos cópia de Procuração informando que passa s ser assistido pelo advogado V. C. dos S. (p. 578-579).

A ordem deve ser concedida parcialmente.

Compulsando os autos verifica-se que o paciente foi denunciado nos autos n. 0000215-57.2020.8.12.0036 pela suposta prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa, bem como crime de ameaça e contravenção penal de vias de fato.

Após a primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, a sentença de pronúncia foi assim proferida:

> *"Trata-se de ação penal pública incondicionada deflagrada mediante denúncia oferecida pela parte denunciante em face da (s) parte (s) denunciada (s), sob a alegação de que cometeu ou cometeram a (s) infração (infrações) penal (penais) que indicara, de maneira que externou pleito de condenação após o devido processo legal.*
>
> *A peça acusatória contém alegação de que a (s) parte (s) denunciada (s) cometeu (cometeram) crime sujeito ao procedimento do Tribunal do Júri. Este Juízo promoveu o recebimento de tal peça, a realização da citação, e, após a apresentação da resposta à acusação, a realização da primeira fase processual ("judicium accusationis").*
>
> *Decido.*
>
> *A respeito da decisão da primeira fase em tela, a doutrina de escol:*
>
> *DO PROCEDIMENTO BIFÁSICO DO TRIBUNAL DO JÚRI: Mesmo antes da entrada em vigor da Lei de n. 11.689/2008, já se dizia que o procedimento do júri era bifásico ou escalonado, porquanto estruturado em 2 (duas) fases distintas: a primeira, denominada "judicium accusationis" ou sumário da culpa, tinha início com o oferecimento da peça*

acusatória e perdurava até a preclusão da decisão de pronúncia. A segunda fase, chamada de "judicium causae", ia do oferecimento do "libelo acusatório" – hoje suprimido – e se estendia até o julgamento em plenário. Com a entrada em vigor da Lei n. 11.689/2008, foi mantida a estrutura bifásica do procedimento do júri. Em face da extinção do "libelo acusatório" e da contrariedade ao libelo, o início da segunda fase passa a ocorrer com a preparação do processo para julgamento em plenário (CPP, artigo 422), oportunidade em que as partes são intimadas para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência. "JUDICIUM ACCUSATIONIS" OU SUMÁRIO DA CULPA: nesta fase, há apenas a intervenção do juiz togado, aqui denominado de juiz sumariante. O "judicium accusationis" é a fase em que se reconhece ao estado o direito de submeter o acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri. [...] Apresentadas as alegações finais orais, o juiz sumariante poderá proferir uma decisão de impronúncia, desclassificação, absolvição sumária ou pronúncia. [...] DA PRONÚNCIA: A pronúncia encerra um juízo de admissibilidade da acusação de crime doloso contra a vida, permitindo o julgamento pelo Tribunal do Júri apenas quando houver alguma viabilidade de haver a condenação do acusado. Sobre ela, o artigo 413, "caput", do CPP, dispõe que, estando convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, deve o juiz sumariante pronunciar o acusado fundamentadamente. [...] Há na pronúncia um mero juízo de prelibação, por meio do qual o juiz admite ou rejeita a acusação, sem qualquer valoração acerca do mérito. Julga-se admissível o "jus accusationis". Restringe-se à verificação da presença do "fumus boni juris", admitindo todas as acusações que tenham, ao menos, probabilidade de procedência. [...] PRESSUPOSTOS DA DECISÃO DE PRONÚNCIA: para que o acusado seja pronunciado, deverá o juiz sumariante estar convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. [...] É bem verdade que os jurados podem, posteriormente, vir a absolver o acusado no plenário do júri por entenderem não estar provada a materialidade do delito. Porém, o juiz sumariante não pode permitir o julgamento de alguém pelo júri sob a mera possibilidade de ter havido um crime doloso contra a vida. [...] DA REGRA PROBATÓRIA: "IN DUBIO PRO SOCIETATE" (OU "IN DUBIO PRO REO"): É muito comum na doutrina a assertiva de que o princípio aplicável à decisão de pronúncia é o "in dubio pro societate", ou seja, na dúvida, quanto á existência do crime ou em relação á autoria ou participação, deve o juiz sumariante pronunciar o caso. A nosso juízo, o referido entendimento interpreta o artigo 413 do CPP de maneira equivocada. Referido dispositivo dispõe que, para que o acusado seja, pronunciado, o juiz deve estar convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (CPP, artigo 413, "caput"). Referindo-se o artigo 413, "caput", do CPP, ao convencimento da materialidade de fato, depreende-se que, em relação á materialidade do delito, deve haver prova plena de sua ocorrência, ou seja, deve o juiz ter certeza de que ocorreu um crime doloso contra a vida. Portanto, é inadmissível a pronúncia do acusado quando o juiz tiver dúvida em relação à existência de materialidade do crime, sendo descabida a invocação do "in dubio pro societate" na dúvida quanto à existência do crime. Por sua vez, quando a lei impõe a presença de indícios suficientes de autoria ou de participação, de modo algum está dizendo que o juiz deve pronunciar o acusado quando tiver dúvida acerca de sua concorrência para a prática delituosa. Na verdade, ao fazer uso da expressão indícios, referiu-se o legislador à prova semiplena, ou seja, àquela prova de valor mais tênue, de menor valor persuasivo. Dessa forma, conquanto não se exija certeza quanto à autoria e à participação, para a pronúncia, tal qual se exige em relação à materialidade do crime, é necessário um conjunto de provas que autorize um juízo de probabilidade de autoria ou de participação. [...] FUNDAMENTAÇÃO E ELOQUÊNCIA ACUSATÓRIA: sem embargo da necessidade de fundamentação da decisão judicial de pronúncia, sob pena de nulidade absoluta (CF, artigo 93, IX), deve o juiz sumariante (ou desembargadores no julgamento de eventual recurso) ter extrema cautela para que não o faça nos mesmos moldes que uma sentença condenatória. Deve o magistrado se limitar a apontar a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria ou participação, valendo-se de termos sóbrios e comedidos, para que não haja indevida influência no "animus judicandi" dos jurados, que podem ser facilmente influenciados por uma pronúncia dotada de excessos. [...] CONTEÚDO DA PRONÚNCIA: de acordo com o artigo 413, §1°., do CPP, 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. [...] A não inclusão de uma qualificadora ou causa de aumento de pena implica no julgamento do acusado apenas por homicídio simples, por exemplo, já que os quesitos serão elaborados no plenário do júri levando-se em consideração os termos da pronúncia (CPP, artigo 482, Parágrafo Único). Em se tratando de homicídio simples, deve o magistrado fazer menção ao artigo 121, "caput", do CP. Presente uma qualificadora, e desde que ela tenha constado da peça acusatória, deve o magistrado não só declarar qual seria o dispositivo legal, como também especificar em que teria consistido. Exemplificando: não basta apontar a qualificadora do artigo 121, §2°., inciso II, do CP, sendo necessário que o magistrado descreva qual teria sido o motivo fútil que levou o agente à prática do delito. Causas de aumento de pena também devem constar da pronúncia. Apesar de o artigo 413, §1°., do CPP, dispor que a pronúncia fará referência às causas de aumento de pena, sem distinguir se isto abrange tanto aquelas previstas na parte geral (v. g., crime continuado – artigo 71, "caput", do CP) quanto as da parte especial do CP (v. g., homicídio doloso praticado contra maior de 60 anos – artigo 121, §4°., "in fine", do CP), é dominante o entendimento na doutrina e na jurisprudência que só devem constar da pronúncia aquelas inseridas na parte especial do Código Penal, já que aquelas constantes da parte geral não fazem parte do tipo básico ou derivado da conduta delituosa imputada, tendo como objetivo precípuo apenas auxiliar o juiz por ocasião da fixação da pena. [...] DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA OU IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS DIVERSAS DA PRISÃO: Dispõe o artigo 413, §3°., do CPP, que, por ocasião da pronúncia, o juiz declinará, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão. (LIMA, Renato Brasileiro de. MANUAL DE PROCESSO PENAL. Volume único. 6ª E. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora "JusPodvm", 2018, páginas 1.357-1.388).

No caso em análise, nos limites da regra do artigo 413 do Código de Processo Penal (CPP), vislumbro a presença da materialidade delitual (laudos de f. 69-75), bem como a presença de indícios suficientes de autoria, de maneira que se deve submeter o presente caso ao julgamento e crivo do excelso plenário do Tribunal do Júri.

Quanto aos indícios suficientes de autoria, os depoimentos das testemunhas D. G. P. e Â. F. (f. 290-291) revelam que o denunciado, EM TESE, desferiu um golpe com faca contra a vítima A. DA S. F., o que foi confirmado pelo réu (f. 290-291).

Ou seja, estes autos contêm prova da materialidade e indicadores da existência de indícios suficientes de autoria, razão pela qual a causa deve ser submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri Popular. Por esse motivo, dada a competência dos jurados, este Juízo sumariante abstém da análise profunda das provas carreadas ao feito.

Este Juízo Sumariante, nesta primeira fase, não vislumbra a possibilidade de decisão de impronúncia, de decisão de desclassificação ou de absolvição sumária. Aliás, a Defesa Técnica postulou a impronúncia da parte denunciada (f. 324-325), mas, como dito, o caso comporta pronúncia e análise do Júri.

Dessarte, no que toca à tese de defesa, este Juízo sumariante, diante da dúvida, entende que deve ser apreciada pelo corpo de jurados, nos termos do artigo 5°. inciso XXXVIII, da Constituição da República de 1988, sob pena de este juiz sumariante aprofundar a análise do "mérito" e suprimir e violar a competência do Júri.

Portanto, o caso é de pronúncia.

***Isso posto**, nos termos e nos limites do artigo 413 do Código de Processo Penal (CPP), PRONUNCIO o denunciado, como suplicado na f. 310-321.*

Assim, submeto o réu ao julgamento em "sessão" pelo Júri.

A escrivania deve (à luz do procedimento adequado):

- providenciar a intimação do Ministério Público;

- providenciar a intimação da Defesa Técnica;

- providenciar a intimação pessoal do denunciado;

- e, após a preclusão, renovar a conclusão dos autos." (p. 348-352).

Após referida decisão, a defesa do réu, patrocinada por advogado particular, deixou transcorrer *in albis* o prazo para recorrer, que decorreu em 8.12.2020 (p. 371) e, posteriormente, em 2.2.2021, renunciou ao mandato outorgado (p. 378-379), nada requerendo na fase do art. 422, do CPP (p. 380).

Os autos foram com vistas à Defensoria Pública Estadual, que suscitou questão de ordem, alegando nulidade da sentença de pronúncia pela ausência de fundamentação quanto à admissão das qualificadoras e das infrações penais de ameaça e contravenção penal de vias de fato, pugnando pelo afastamento das mesmas e submissão do réu a julgamento do Tribunal do Júri apenas pelo crime de homicídio simples (p. 460-463).

O pedido foi indeferido, o que acarretou na impetração do presente *habeas corpus*.

Ainda que em regra não seja admitido o *habeas corpus* como sucedâneo recursal, excepcionalmente deve ser conhecido o remédio heroico, como no presente caso em razão da peculiaridade apresentada, em que demonstrada a ausência de defesa técnica pela advogada constituída, após a prolação da decisão de pronúncia.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou na Súmula n. 523 o entendimento de que *"No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."*

Assim, passível de acolhimento a alegação de nulidade, após a análise da decisão de pronúncia, em respeito ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, por violação ao direito à ampla defesa do acusado.

Embora exista uma linha tênue entre o dever de motivação das decisões judiciais, descrito no art. 93, IX, da Constituição Federal e a problemática do excesso de linguagem na sentença de pronúncia, que pode influenciar no julgamento da causa pelos jurados, não se pode sob o pretexto de evitar influência sobre o ânimo dos jurados, deixar de apontar fundamentadamente qual o lastro probatório mínimo que ensejou o convencimento do magistrado para pronunciar o réu.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA – EXCESSO DE LINGUAGEM – NÃO OCORRÊNCIA – ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. Árdua é a tarefa do julgador ao motivar a sentença de pronúncia, pois, se excede na fundamentação, pode influir no convencimento dos jurados. Se, em contrapartida, às vezes primando por uma atuação mais cautelosa, deixa de apontar na decisão o lastro probatório mínimo que ensejou suas razões de convencimento, incide em nulidade, não por excesso de linguagem, como ocorre na primeira hipótese, mas por ausência de motivação, ante a inobservância do que preceitua o art. 93, IX, da Constituição Federal. (...)" (HC 223489/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 11/05/2012)*

Na hipótese, em relação às qualificadoras do crime de homicídio, e às infrações penais de ameaça e vias de fato, supostamente cometidas contra as vítimas Â. F. dos S. e J. C. B., respectivamente, constata-se na transcrição acima que o magistrado deixou de tecer qualquer fundamentação, limitando-se a apontar que há nos autos indícios de autoria em relação ao fato denunciado de que *"EM TESE, desferiu um golpe com faca contra a vítima A. DA S. F., o que foi confirmado pelo réu",* ou seja, somente o homicídio.

Na parte dispositiva da decisão inclusive não descreveu quais os crimes pelos quais o réu foi pronunciado, apenas reportando-se ao *"suplicado na f. 310-321."*

Ou seja, não indicou o magistrado em que ponto concreto os depoimentos das testemunhas indicariam a possibilidade de existência de qualificadoras, ou a ocorrência das infrações penais de ameaça e vias de fato, em tese praticada contra outras vítimas, o que acarreta em nulidade da decisão de pronúncia por ausência de fundamentação.

Porém, tratando-se de *habeas corpus,* em que não é devida a dilação probatória, não é possível falar em impronúncia do acusado em relação a tais fatos denunciados, como pretende a defesa para que haja a pronúncia apenas pelo crime de homicídio simples, devendo apenas ser declarada nula a sentença de pronúncia por ausência de fundamentação, enquanto outra deve ser proferida, garantindo-se, inclusive o duplo grau de jurisdição caso haja eventual irresignação contra a nova decisão proferida.

No que tange à prisão preventiva do paciente, embora alegue a defesa que o paciente se encontra preso há mais de noventa dias sem nova decisão sobre a manutenção, e de fato não tenha sido analisada sua manutenção na sentença de pronúncia, o magistrado ao prestar informações apresentou cópia de decisão proferida, na qual reanalisa a prisão cautelar do paciente, nos seguintes termos:

> *"Decisão interlocutória:*
>
> ***Vistos, etc.***
>
> *Em obediência à decisão superior do e. Desembargador Relator do HC de n. 1404779-71.2021.8.12.0000 (f. 543-547), este Juízo, com o parecer ministerial de f. 568-573, MANTEM a prisão preventiva, pois não alterado o quadro fático-jurídico anterior, existente quando da imposição da segregação cautelar do réu. Ora, é possível verificar, dos autos do incidente de n. 003731-24.2020.8.12.0800, que o réu, após ter em tese praticado o delito em questão, ele tentou empreender fuga – até as pedras sabem que, se ele for colado em liberdade, desaparecerá da mira da Justiça, como ocorrera com André do "Rap" e tantos outros foragidos das autoridades brasileiras. E não se pode esquecer que a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade (CESARE BECCARIA). Por fim, é preciso considerar que o réu matou em tese pessoa "errada" e relatou aos policiais locais que, quando sair da prisão, irá terminar o serviço e "matar a pessoa certa". NO MAIS, aguarde-se a decisão superior do e. TJMS.*
>
> *A escrivania comunique esta decisão ao e. Des. Relator.*
>
> *Oportunamente, designe-se sessão plenária neste caso, com urgência, uma vez que o caso cuida de réu preso, que goza da prioridade legal de julgamento." (p. 568).*

A Lei 13.964/19 promoveu alteração no texto do art. 316 do CPP, para estabelecer a revisão periódica sobre a necessidade da prisão preventiva a cada 90 dias, providência considerada amplamente salutar no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, no que se refere à competência para a referida reanálise, mister se faz observar que a doutrina e jurisprudência ainda não sedimentaram um posicionamento final sobre o tema, mormente em processos em grau recursal.

Por ora, contudo, especificamente no âmbito do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, a questão foi enfrentada pelo ilustre Corregedor-Geral de Justiça, Des. Sérgio Fernandes Martins, no processo de n. 126.625.0036/2020, o qual estabeleceu procedimento para a revisão obrigatória da prisão preventiva quando se tratar de processo em sede recursal, havendo decidido administrativamente, em resumo, que o feito deverá ser remetido em diligência ao juízo de primeiro grau, cabendo a este proceder a revisão obrigatória da (s) prisão (ões) preventiva (s) existente (s) nos autos.

Portanto, sendo a competência do Juiz de Direito de primeiro grau para reanálise da prisão preventiva, a qual já ocorreu, não há como acolher a pretensão para que seja determinado o relaxamento da prisão do paciente sob o fundamento alegado na petição inicial.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho o voto no sentido de conceder em parte a ordem de *habeas corpus* a fim de declarar nula a sentença de pronúncia e determinar que outra seja proferida, conforme a convicção do julgador.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Concederam a ordem, unânime. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 8 de junho de 2021.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal n.º 0000122-17.2013.8.12.0044 - Sete Quedas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO – ALMEJADA CONDENAÇÃO – INCABÍVEL – FRAGILIDADE DAS PROVAS – NÃO COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – *IN DUBIO PRO REO* – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – 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 ou a ausência de entrega dos bens, sendo insuficiente para configuração do crime em epígrafe o mero desrespeito às normas legais do procedimento licitatório.

II. 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 do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe o presente recurso de Apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Sete Quedas (p. 790-808), que julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para o fim de absolver S. R. M., A. H., R. V. B. e A. J. de O. das imputações pela prática dos delitos previstos no artigo 89, caput, e parágrafo único (apenas em relação ao réu A.), da Lei n.º 8.666/93, por insuficiência de provas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (p. 822-834), o representante do *Parquet* requer, em síntese, a condenação dos acusados nos termos da peça acusatória, sob o argumento de que as provas acostadas aos autos são suficientes para demonstrar a materialidade e a autoria delitiva por parte dos apelados.

Defende que S. R. M., na condição de Chefe do Executivo Municipal, detinha o domínio dos fatos e assinou as ordens relativas aos processos de pagamento, enquanto R. V. B., Secretário Municipal de Finanças, aprovou a execução das despesas.

Salienta que A. H., na condição de Diretor de Compras do Município, servidor de confiança do Prefeito Municipal, foi responsável pelas cotações e aquisições nas compras diretas, ao passo que A. J. de O., embora não ocupasse cargo público, auxiliou na abertura da empresa Eletrônico Estilo, bem como forneceu as notas fiscais que calçaram os negócios acima referidos, auferindo vantagem pessoal por meio de dispensa da licitação.

Por tais razões, requer seja provido o presente recurso para que os apelados sejam condenados nos termos da denúncia.

Nas contrarrazões defensivas (p. 842-859, 860-877, 879-885 e 886-898), as partes postulam pelo improvimento do apelo.

A Procuradora de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (p. 909-918).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza (Relator)

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe o presente recurso de Apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Sete Quedas (p. 790-808), que julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para o fim de absolver S. R. M., A. H., R. V. B. e A. J. de O. das imputações pela prática dos delitos previstos no artigo 89, caput, e parágrafo único (apenas em relação ao réu A.), da Lei n.º 8.666/93, por insuficiência de provas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (p. 822-834), o representante do *Parquet* requer, em síntese, a condenação dos acusados nos termos da peça acusatória, sob o argumento de que as provas acostadas aos autos são suficientes para demonstrar a materialidade e a autoria delitiva por parte dos apelados.

Defende que S. R. M., na condição de Chefe do Executivo Municipal, detinha o domínio dos fatos e assinou as ordens relativas aos processos de pagamento, enquanto R. V. B., Secretário Municipal de Finanças, aprovou a execução das despesas.

Salienta que A. H., na condição de Diretor de Compras do Município, servidor de confiança do Prefeito Municipal, foi responsável pelas cotações e aquisições nas compras diretas, ao passo que A. J. de O., embora não ocupasse cargo público, auxiliou na abertura da empresa Eletrônico Estilo, bem como forneceu as notas fiscais que calçaram os negócios acima referidos, auferindo vantagem pessoal por meio de dispensa da licitação.

Por tais razões, requer seja provido o presente recurso para que os apelados sejam condenados nos termos da denúncia.

Nas contrarrazões defensivas (p. 842-859, 860-877, 879-885 e 886-898), as partes postulam pelo improvimento do apelo.

A Procuradora de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (p. 909-918).

É o relato do essencial. Passa-se ao exame do caso.

Segundo consta da exordial acusatória:

> *"(...) Consta dos autos de Pedido de Providências, MP/0112/2010, que nos meses de janeiro, fevereiro e março do ano de 2009, o chefe do Executivo Municipal, S. R. M.,*

dispensou licitação fora das hipóteses previstas em lei e deixou de observar as formalidades pertinentes à dispensa de licitação, agindo em conluio e com identidade de desígnios com os coautores A. H., Diretor de Compras do Município e responsável pelas cotações e aquisições, R. V. B., Secretário Municipal de Finanças e responsável pela emissão dos cheques e das ordens de pagamento, e A. J. de O., particular que se incumbiu do fornecimento das notas fiscais que acobertaram o negócio.

Infere-se da documentação acostada aos autos que os denunciados empreenderam medidas para que o município de Sete Quedas realizasse compras junto à empresa Eletrônica Estulo, de razão social D. F. da S., de propriedade de D. F. da S., que foi utilizado como "laranja", pelo ora denunciado A. J. de O., nos meses de janeiro a março de 2009, mediante emprego do instituto da dispensa de licitação, realizando empenhos e pagamentos especificados na tabela que segue:

(...)

Como se pode inferir do quadro acima, verifica-se que as aquisições realizadas junto à empresa Eletrônico Estilo resultaram, dentro de três meses, em soma vultosa de R$ 18.083,00 (dezoito mil e oitenta e três reais), entretanto os DENUNCIADOS efetivaram o negócio de maneira fracionada, reduzindo artificialmente os valores das compras, objetivando permitir, contra expressa disposição de lei, a realização de despesas à revelia do prévio e indispensável processo licitatório, valendo-se indevidamente do instituto da dispensa de licitação considerando apenas o valor fracionado da compra.

Em que pese o artigo 24, inciso II, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, autorize a dispensa de licitação nas compras cujo valor não ultrapasse dez por conto (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 (oito mil reais) - não se pode olvidar que 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 n.º 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 de 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).

Não bastasse a inobservância da regra que impede o fracionamento de compras como ardil para esquivar-se do processo licitatório, verifica-se ainda que os DENUNCIADOS deixaram de observar formalidade adicionais que eram indispensáveis à realização das compras, a saber:

a) Embora os artigos 38, inciso VI, 54, §2º e 61, da Lei de Licitações sejam claros ao estipular que as compras realizadas mediante dispensa de licitação hão de ser justificadas em procedimento administrativo próprio, contendo parecer técnico ou jurídico a documentação constante dos autos aponta para o descumprimento dessa exigência legal;

b) 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, no caso em particular, a empresa contratada não existia de fato, ou seja, não poderia ter celebrado contratos com o Poder Público.

Considerando, pois, que os DENUNCIADOS deram causa, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 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 o limite de R$ 8.000,00 (oito mil reais), conforme quadro que ilustra esta denúncia, resulta configurada a prática do crime a que se refere o artigo 89, caput, da Lei n.º 8.666/93, 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).

A autoria delituosa, é importante ressaltar, está satisfatoriamente individualizada a partir da documentação disponibilizada nos autos, haja vista inferir-se das provas que: 1º) S. R. M., na condição de Chefe do Executivo Municipal, detinha o domínio do fato e assinou todas as ordens relativas aos processos de pagamento; 2º) R. V. B., na condição de Secretário Municipal de Finanças, aprovou a execução das despesas, haja vista que, além de haver assinado parcela das ordens nos processos de pagamento, foi também responsável pela emissão e assinatura dos cheques entregues à empresa E. E., de razão social D F. da S.; 3º) A. H. foi Diretor de Compras do Município de Sete Quedas durante o período em que se consumou o aludido crime, tratando-se do servidor de confiança do Prefeito Municipal responsável pelas cotações e aquisições nas compras diretas; e 4º) A. J. de O., embora não tenha ocupado cargo público na administração municipal de Sete Quedas, foi quem forneceu as notas fiscais que calçaram os negócios ora referidos, auferindo vantagem pessoal por meio da dispensa da licitação.

Diante do exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL oferece denúncia em face de S. R. M., A. H. e R. V. B., como incursos nas penas do artigo 89, caput, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como oferece denúncia em face de A. J. de O., como incurso nas penas do artigo 89, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93 (...)" (p. 02-05).

Após a regular instrução processual, sobreveio a sentença de p. 790-808, por meio da qual o Juízo da Vara Única da Comarca de Sete Quedas julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para o fim de absolver S. R. M., A. H., R. V. B. e A. J. de O. das imputações constantes da denúncia, nos seguintes termos:

***"(...)** 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 peças e suprimentos de informática 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 meses de janeiro a março de 2009 teria havido o pagamento irregular de R$ 18.083,00 (dezoito mil e oitenta e três reais) em favor da empresa E. E., cuja razão social era D. F. da S., inscrita em nome do empresário D. F. da S., mas que supostamente era operada pelo acusado A. J. de O..

Tais procedimentos administrativos que redundaram nos pagamentos supramencionados, teriam sido irregularmente promovidos pelo acusado S. R. M., na condição de Prefeito Municipal à época, juntamente com o então Secretário de Finanças, o acusado R. V. B., e com o Diretor de Compras do Município, o acusado A. H..

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 D. S. da R. afirmou ser morador de Sete Quedas desde o ano de 1975, sendo que ao lado de sua residência sempre funcionou um boteco, inicialmente de propriedade da pessoa do acusado A..

Ressaltou não ter visto a empresa E. E. funcionar ali no local, e também desconhecer a pessoa de D. F. da S., em nome de quem a referida firma estava registrada.

M. R. P. disse em sede instrutória que, na época dos fatos, trabalhava na Prefeitura Municipal de Sete Quedas, na função de contador, situação que persiste até hoje. Narrou que a demanda por peças de informática era grande naquele período, como o é até os dias de hoje. Afirmou se recordar da razão social D.F. da S. (Eletrônico Estilo) já que o setor em que trabalha lida diretamente com o cadastro das empresas, justamente com base na razão social delas, apesar de não possuir contato com o proprietário e desconhecer onde se localizava a referida firma.

Salientou que, em regra, as aquisições de produtos do ramo da informática eram feitas com empresas locais, até mesmo pela viabilidade econômica. Ressaltou, por derradeiro, que desde que ingressou no quadro da Prefeitura, em relação às compras a regra sempre foi de haver o prévio empenho, com a posterior conferência quanto à entrega/prestação do produto adquirido e só então se realizar o respectivo pagamento.

A testemunha E. R. dos S. disse à autoridade judicial que à época dos fatos trabalhou como assessora de gabinete na Prefeitura Municipal de Sete Quedas.

(…)

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 será melhor apurado na ação competente adequada (nº 0000737-12.2010.8.12.0044). Ademais, ainda que naquele palco se constate 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), nem 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.

(...)

Portanto, não havendo prova segura do elemento subjetivo do tipo, ensejando dúvida razoável na hipótese dos autos, deve-se 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." (p. 796-807).

Irresignado com o deslinde do caso, o representante ministerial recorre a esta Corte de Justiça, sob o argumento de que existem provas suficientes acerca do conchavo engendrado pelos apelados através do fracionamento intencional do objeto para burlar a exigência constitucional da licitação e, por corolário, causar prejuízo ao erário, de modo que se faz cogente a condenação dos recorridos nos termos da peça acusatória.

Pois bem.

Segundo consta da cópia do Inquérito Civil n.º 12/2009 da Promotoria de Justiça da Comarca de Sete Quedas (p. 43-361), a empresa requerida D. F. da S. - ME ("E. E.") emitiu 04 (quatro) notas fiscais ao Município de Sete Quedas, durante o ano de 2009, referentes à aquisição de materiais de informática e expediente, cujo valor global totalizou R$ 18.083,00 (dezoito mil e oitenta e três reais).

Neste ponto, colhe-se o quadro confeccionado pelo diligente representante ministerial, *in verbis*:

Discriminação dos Processos de Pagamento e das Notas Fiscais:

Nº	PROCESSO DE PAGAMENTO				NOTA FISCAL			
	Fls.*	Data	Número	Valor	Fls.*	Nº	Data	Valor NF
1.	41	13/03/09	0258	3.634,50	43	429	10/02/09	3.634,50
2.	155	18/02/09	0038	2.623,00	157	426	05/02/09	2.623,00
3.	158	18/02/09	0378	3.979,50	160	430	30/01/09	3.979,50
4.	161	11/03/09	0709	7.846,00	163	431	10/03/09	7.846,00
Somatório dos Processos de Pagamento				R$ 18.083,00	Somatório das Notas Fiscais			R$ 18.083,00

Como é cediço, embora a licitação seja a regra na seara das contratações públicas, em determinadas situações, o próprio texto legal regulamenta e admite celebração de contratos com o Estado *lato sensu* sem a realização do referido procedimento, de modo a legitimar a contratação direta[1].

Tais exceções são regulamentadas, por enquanto[2], pelos artigos 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93, cujos teores preconizam, respectivamente, a dispensa e a inexigibilidade da licitação.

Sucede que, caso a contratação direta se aperfeiçoe sem a devida observância das formalidades legais pertinentes à contratação direta com o específico propósito de lesar o erário, incorrerá o agente público no crime tipificado no artigo 89 da Lei n.º 8.666/93, sendo esta a conduta essencialmente irrogada aos apelados pelo órgão ministerial, nos seguintes termos:

> *"(...) 1º) S. R. M., na condição de Chefe do Executivo Municipal, detinha o domínio do fato e assinou todas as ordens relativas aos processos de pagamento; 2º) R. V. B., na condição de Secretário Municipal de Finanças, aprovou a execução das despesas, haja vista que, além de haver assinado parcela das ordens nos processos de pagamento, foi também responsável pela emissão e assinatura dos cheques entregues à empresa E. E., de razão social D F. da S.; 3º) A. H. foi Diretor de Compras do Município de Sete Quedas durante o período em que se consumou o aludido crime, tratando-se do servidor de confiança do Prefeito Municipal responsável pelas cotações e aquisições nas compras diretas; e 4º) A. J. de O., embora não tenha ocupado cargo público na administração municipal de Sete Quedas, foi quem forneceu as notas fiscais que calçaram os negócios ora referidos, auferindo vantagem pessoal por meio da dispensa da licitação." (p. 05).*

Estabelecido esse breve introito sobre a dinâmica do caso, passo ao exame do cenário probatório acostado aos autos.

Interrogado em juízo (arquivo audiovisual de p. 665), o então Prefeito do município de Sete Quedas, o recorrido S. R. M., negou os fatos a ele atribuídos, asseverando que as compras eram realizadas mediante pedidos encaminhados diretamente pela parte contábil e jurídica.

Esclareceu que o corréu A. era Diretor de Compras, R. V. exercia a função de Secretário Municipal de Finanças e que A. C. era apenas um cidadão do referido município.

Disse não se recordar de nenhuma compra realizada pela Prefeitura de Sete Quedas junto à empresa "E. E." em razão do decurso de mais de nove anos.

Indagado sobre o procedimento para a realização de compras, o apelado disse que, inicialmente, era necessária a existência de prévio cadastro na Prefeitura e, na sequência, eram realizadas cotações, sendo escolhida a proposta financeiramente mais vantajosa (preço menor), mesmo nos casos de dispensa de licitação.

Narrou que as despesas passavam pelo seu crivo, pois era Prefeito e, por corolário, ordenador de despesas. Salientou possuir plena confiança na sua equipe e que jamais soube do envolvimento desta em práticas ilícitas.

Pontuou que realizava as compras de acordo com o orçamento. Disse não se lembrar sobre a realização de pagamentos pequenos para "E. E." num curto intervalo de tempo.

Sob o crivo judicial (arquivo audiovisual de p. 665), o apelado A. H. disse que quando trabalhava no Departamento de Compras fazia a cotação de preços por telefone ou e-mail junto às empresas constantes do cadastro de fornecedores que a Prefeitura possuía.

1 CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 5ª ed. Salvador : JusPODIVM, 2018, p. 497.

2 Artigo 193, inciso II, da Lei n.º 14.133/2021.

Esclareceu se recordar de ter feito cotação com a empresa "E. E." e que vendiam produtos eletrônicos. Ponderou que trabalhava como Diretor do Departamento de Compras, setor este que era incumbido de adquirir os produtos conforme a relação encaminhada pelos demais departamentos.

Após receber a referida lista de solicitações, esclareceu que realizava as cotações e, na sequência, encaminhava ao Prefeito S. M., o qual escolhia a proposta com o menor valor dentre aquelas encaminhadas pelo Departamento de Compras.

Esclareceu que todas as aquisições eram submetidas à aprovação do Prefeito Municipal. Salientou que apenas cumpria as ordens dos ordenadores de despesa.

Disse que, à época dos fatos, mantinha cuidado com o limite das compras para que estas não ultrapassassem o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), hipótese que demandaria a realização de licitação. Negou ter sido procurado por qualquer servidor cujo propósito fosse o de fracionar o valor das compras.

Interpelado pelo representante ministerial sobre as cotações, ponderou que realizava orçamento em, no mínimo, três empresas relacionadas ao respectivo segmento, porém não soube precisar o nome delas neste particular em razão do decurso do tempo.

Durante o interrogatório judicial (arquivo audiovisual de p. 665), o recorrido R. V. B., então Secretário de Finanças do Município de Sete Quedas, afirmou não possuir conhecimento sobre a dispensa de licitação, pois a sua atuação era voltada aos atos de pagamento e conferência da entrega. Disse que era ordenador de despesas junto com o Prefeito S. M.. Esclareceu que apenas realizava o pagamento das despesas empenhadas mediante prova da entrega da mercadoria empenhada.

Narrou não possuir conhecimento sobre o responsável pela efetiva escolha do fornecedor. Disse conhecer A. apenas como cidadão do município de Sete Quedas.

Alegou se recordar do pagamento em prol da empresa com a razão social de "D. F. da S.". Disse que era comum a realização de empenho de valores inferiores ao que exige a realização de licitação com as mesmas empresas num curto intervalo de tempo.

Por fim, ao ser interrogado em juízo (arquivo audiovisual de p. 665), A. J. de O. asseverou que o seu genro, F. V. de S., pediu ao declarante para conseguir uma pessoa que aceitasse abrir a empresa "E. E." em nome próprio, motivo pelo qual lhe apresentou D. F. da S.

Ponderou não saber esclarecer os motivos pelos quais Francisco desejou abrir a empresa no nome de outra pessoa.

Salientou que a empresa ficou aberta durante 60 (sessenta) dias e que desempenharia o comércio de eletrônicos, mas acabou "quebrando" em razão de apreensões de mercadorias nas rodovias. Disse ter alugado uma sala para sediar a empresa e que D. ia ao local.

Alegou que a empresa não vendia no varejo, mas apenas mediante encomendas, sendo tudo realizado legalmente, pois havia contratado escritório de contabilidade, inclusive a AGENFA foi ao local.

Disse não possuir conhecimento de que a referida empresa tenha vendido produtos para a Prefeitura de Sete Quedas.

Interpelado pelo Promotor de Justiça, salientou não saber quem pagou o escritório de contabilidade para abrir a empresa e que a empresa tinha "pouca coisa" de estoque, além de ter dito não ter condições de precisar durante quais meses a referida empresa funcionou.

Na fase judicial (arquivo audiovisual de p. 665), a testemunha L. E. B., proprietário do escritório de contabilidade "Exatus", disse ter realizado a abertura da empresa "E. E.", porém não soube precisar o ano.

Salientou que o proprietário da empresa era residente do Estado de São Paulo e genro de A., o qual foi o responsável por levar D. ao seu escritório para abrir a empresa no nome deste.

Confirmou as declarações prestadas a representante ministerial às p. 112-113 e 161.

Em juízo (arquivo audiovisual de p. 545-546), a testemunha D. S. da R. disse que ao lado da sua casa funcionava um bar 24h (vinte e quatro horas), tendo dito que o local sempre um ponto comercial, porém disse não se recordar sobre pessoa de nome D.. Disse que, anteriormente, o proprietário do local era A. J. de O..

O servidor da Prefeitura de Sete Quedas, M. R. P., sob o crivo judicial (arquivo audiovisual de p. 545-546), o declarante disse trabalhar na Prefeitura de Sete Quedas há doze anos, tendo esclarecido que não existia regra procedimental sobre a aquisição de produtos. Respondeu que a necessidade de materiais de informática por parte do ente municipal é elevada. Disse se recordar de que a razão social "D. F. da S." já prestou serviços para a Prefeitura.

Narrou que as empresas responsáveis por prestar serviços à Prefeitura normalmente eram sediadas no município de Sete Quedas, mormente pela questão da viabilidade econômica e a distância da referida cidade.

Sobre o procedimento para a aquisição de produtos, explicou que, primeiramente, a despesa é empenhada, depois encaminhada para a tesouraria para ser aferido se houve a entrega dos bens ou serviços para que, posteriormente, o credor seja pago. Negou possuir conhecimento sobre o local da sede da empresa "D. F. da S.".

E. R. dos S., na fase judicial (arquivo audiovisual de p. 545-546), alegou ter trabalhado na Prefeitura de Sete Quedas por sete anos, tendo dito que R. V. sempre assinava os cheques junto ao Prefeito S. R. M., mencionando que os serviços eram regularmente prestados.

Narrou que S. R. M. era rigoroso na adoção das medidas necessárias à aquisição dos produtos, pois realizava a cotação dos valores com o Departamento de Compras e, após a escolha da proposta mais vantajosa, o referido setor executava as compras.

Mencionou ter participado de reuniões com o então Prefeito e Secretários Municipais, tendo dito que S. R. M. sempre exigia a realização de empenho. Salientou não possuir conhecimento sobre a realização de pagamentos sem a correspondente contraprestação ou de nota fria.

Ponderou que as empresas, geralmente, eram sediadas em Sete Quedas. Disse que a D. F. da S. prestava serviços de informática para a Prefeitura de Sete Quedas, a qual possuía constante demanda dos referidos materiais.

O servidor do Município de Sete Quedas, F. da S. dos S., sob o crivo judicial (arquivo audiovisual de p. 545-546), narrou ter exercido o cargo de Secretário de Administração na gestão de S. R. M., enquanto A. H. laborava no Departamento de Compras e R. V. era tesoureiro, tendo dito que não possui conhecimento de nenhuma irregularidade nas contratações da Prefeitura com a participação dos apelados.

Instado pelo representante ministerial, respondeu que desconhece a empresa "E. E." ou o empresário D. Ferreira da S..

Como visto, a prova oral colhida sob o crivo judicial diz respeito à forma de agir dos recorridos nas contratações públicas e as atividades da empresa "E. E.".

Quanto ao ponto, os acusados sustentam que pautaram a sua atuação dentro das normas legais que regem a dispensa, pois todas aquisições foram precedidas de, no mínimo, três cotações, dentre as quais o então alcaide, ora apelado S. R. M., escolhia a mais favorável.

Os demais relatos são de testemunhas abonatórias, as quais pormenorizaram o procedimento das contratações públicas no âmbito do referido município, e do contador L. E. B., responsável pela abertura a empresa implicada nos fatos.

Relativamente à prova documental, merece destaque os Processos de Pagamentos realizados pela Prefeitura de Sete Quedas à empresa "E. E." (p. 51-53; 142-145 e 186-195), Notas Fiscais (p. 162-166 e 195) e Ofício n.º 045/2010 (p. 200), os quais revelam que a referida empresa recebeu o valor de R$ 18.083,00 (dezoito mil e oitenta e três).

Conquanto pese o Relatório de Visitas de Constatação (p. 72-77), segundo o qual a empresa "E. E." não funcionava no local, e existência de elementos no sentido de que a empresa funcionou "formalmente" por curto espaço de tempo no endereço constante da nota fiscal, não há prova de que os apelantes se locupletaram à custa do erário.

Nesse aspecto, o descumprimento das normas que regulam a dispensa e a inexigibilidade da licitação (artigos 24 e 25, ambos da Lei n.º 8.666/93) configura, aprioristicamente, o delito do artigo 89 da Lei nº 8.666/93, tratando-se de crime formal, ou seja, infração penal que dispensa o resultado naturalístico (efetivo prejuízo ao erário), e que não estabelece nenhuma finalidade específica expressa.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça[3] e o Supremo Tribunal Federal[4]firmaram compreensão jurisprudencial no sentido de o referido delito se aperfeiçoa apenas na hipótese de o autor agir com o fim específico de causar prejuízo ao erário e efetivamente o causar.

Transpondo essas premissas ao caso, constata-se que as provas acostadas aos autos, apesar de demonstrarem a desobediência às normas de licitação, não revelam a ocorrência de dano ao erário.

Deveras, inexiste comprovação do superfaturamento do objeto ou sobrepreço (bens de valores desproporcionais ao preço de mercado), tampouco fora demonstrada a ocorrência de "pagamentos por fora" (propina) visando a obtenção de vantagens indevidas ou da ausência de entrega dos produtos.

Enfim, não é possível extrair do acervo probatório a existência do prejuízo causado ao erário, tampouco dolo específico nesse sentido.

Com efeito, durante o julgamento do Inquérito 3674/RJ, no qual se analisava denúncia em face de Deputado Federal pela suposta prática do delito previsto no artigo 89 da Lei n.º 8.666/92 no exercício do cargo de Prefeito, o Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento quanto à imprescindibilidade da finalidade específica.

De acordo com o referido acórdão, o qual culminou na rejeição da denúncia, o fato de não se exigir o resultado naturalístico materializado pelo prejuízo ao erário não afasta a necessidade de que o agente público aja com finalidade de causar o prejuízo.

Em suma, o ilícito criminal não pode ser equiparado ao ilícito administrativo, pois enquanto este ocorre pela simples atuação irregular do agente público, a infração penal se aperfeiçoará apenas caso a conduta tenha por escopo a obtenção de proveito criminoso de qualquer natureza.

Na referida ocasião, a Corte Constitucional compilou alguns critérios para orientar o enquadramento do fato ao tipo penal do artigo 89 da Lei n.º 8.666/92 de acordo com o que já vinha sendo decidido, *confira-se*:

3 Vide: AgRg no REsp 1838200/MA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 24/08/2020; HC 377.711/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017.

4 Vide: Ação Penal 683, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, Dje 03/03/2017; Ação Penal 580, Relatora: Min.ª ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 09/02/2017, Ação Penal 971, Relator: Min. EDSON FACHIN, DJe 11/10/2016, Inquérito n. 2.482/MG, Relator p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 16/02/2012.

PENAL. DENÚNCIA. ***CRIME DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS OU EM INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PERTINENTES. ART. 89 DA LEI 8.666/93*** *– CELEBRAÇÃO DE TERMO DE PARCERIA ENTRE MUNICIPALIDADE E OSCIP NO ÂMBITO DA SECRETARIA DE SAÚDE. PARECER JURÍDICO DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO NO SENTIDO DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – ERRO QUANTO A ELEMENTO CONSTITUTIVO DO TIPO – CRIME FORMAL: DISPENSA-SE O RESULTADO DANOSO, MAS NÃO A DESCRIÇÃO DE AÇÃO FINALISTICAMENTE VOLTADA À LESÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL – CONCURSO DE AGENTES – DISTINÇÃO ENTRE COAUTORIA E AUTORIA COLATERAL: NECESSIDADE DO ACORDO SUBJETIVO ENTRE COAUTORES E PARTÍCIPES, VOLTADO À CONSECUÇÃO COMUM DA PRÁTICA CRIMINOSA – JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA – DENÚNCIA REJEITADA.*

1. O Direito Penal constitui a última ratio legis quanto às condutas humanas, por isso que deve incidir somente quando indispensável para a manutenção da ordem jurídica, posto inexistir norma jurídica para controlar e sancionar ações que violem expectativas normativas de maior intensidade.

2. Os princípios que regem a Administração Pública, insculpidos na lei maior, recebem distintos graus de proteção do ordenamento, razão pela qual a violação dos mesmos nem sempre constitui ilícito jurídico penal.

3. O agir administrativamente ilícito distingue-se do agir criminoso previsto no tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 à luz de três critérios cunhados a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a saber: (i) a inexigibilidade da licitação fundada em parecer jurídico lavrado idoneamente pelo órgão competente descaracteriza o crime (Precedentes: Inq. 2482, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux; Inq. 3731, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes; AP 560, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli); (ii) ***o especial fim de lesar o erário ou promover enriquecimento ilícito dos acusados é de rigor para configurar a infração penal (Precedentes: Inq. 3.965, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki; AP 700, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli; Inq. 3.731, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes; dentre outros)****; (iii)* ***o vínculo subjetivo entre os agentes no concursus delinquentium deve ser minuciosamente descrito para fins de imputabilidade*** *(AP 595, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux).*

4. (i) ***O parecer jurídico do órgão técnico especializado, favorável à inexigibilidade, impede a tipificação criminosa da conduta, precisamente por afastar, a priori, a ciência da ilicitude da inexigibilidade e determina o erro do agente quanto a elemento do tipo, qual seja, a circunstância "fora das hipóteses legais" (art. 20 do Código Penal). (ii)*** ***A distinção do ilícito administrativo (ato de improbidade) do ilícito penal (ato criminoso) reclama que a exordial acusatória narre a ação finalística do agente, voltada à obtenção de vantagem indevida por meio da dispensa da licitação, violando, com isto, o bem jurídico penal protegido pelo tipo incriminador; (iii) A imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93 a uma pluralidade de agentes demanda a descrição indiciária, na exordial acusatória, do vínculo subjetivo entre os participantes, para a obtenção do resultado criminoso****; (iv) O concurso de agentes caracteriza-se pelo liame subjetivo entre coautores ou partícipes na prática criminosa comum, configurado pelo mútuo acordo evidenciado seja por prova oral, seja pelo iter criminis ou por outros elementos reunidos no curso da investigação; (v) Distingue-se, dogmaticamente, a coautoria da denominada Autoria Colateral, que se define pela ausência de vínculo subjetivo entre vários agentes, que, simultaneamente, produzem um resultado típico – em regra culposo, como, v. g., em delitos de trânsito; (vi) a ausência de elementos indiciários do conluio entre os agentes obsta a caracterização da justa causa para o recebimento da denúncia que impute prática criminosa em coautoria ou participação.*

5. In casu, (i) o Acusado, então Prefeito de Três Rios, firmou Termo de Parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, à luz do parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Município, razão pela qual o órgão do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em atuação

perante o Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação manifestou-se pela inexistência de justa causa para imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, que restou incluído na denúncia oferecida pelo órgão de primeiro grau, sendo certo que esta questão não foi apreciada, porquanto o feito sofreu o deslocamento da competência por força do fim do mandato do Prefeito; (ii) a denúncia não descreveu eventual finalidade do Acusado de obter proveito ilícito, em detrimento do erário, por meio da parceria firmada com a OSCIP e a investigação não coligiu elementos quanto à forma de emprego dos recursos públicos destinados à execução da parceria, inexistindo menção a qualquer indício de superfaturamento ou de desvios, sendo certo que os serviços foram efetivamente prestados, não se tratando dos denominados "servidores fantasmas"; (iii) deveras, a investigação não reuniu elementos indicativos do mútuo acordo entre os agentes para a execução da empreitada criminosa em comum, omitindo-se na descrição da existência de liame subjetivo entre os acusados na comissão do crime, que se imputou, em concurso de agentes, ao ex-Prefeito, ao ex-Secretário de Saúde e ao então Presidente da PROMUR; (iv) Consectariamente, não mencionou a existência sequer de um indício de atuação conjunta, de vínculo pessoal ou de ajuste entre os acusados, para afastarem a licitação e obterem o proveito da empreitada criminosa; (v) a denúncia indica que o Termo de Parceria teria se destinado à contratação direta de mão-de-obra voltada à área fim, e que deveria ser contratada mediante concurso público, além da afirmação de que parte dos prestadores de serviços contratados no âmbito da parceria não tinha qualquer relação com a área de saúde; (vi) a supervisão da execução da parceria não cabia ao Prefeito, mas ao Secretário de Saúde, Sr. W. L. R. L., que firmou o Termo de Parceria "indicado pelo Município como Supervisor" (fls. 90 do Apenso 2); (vii) a denúncia não esclareceu, minimamente, se os prestadores de serviços de áreas distintas da saúde foram contratados no âmbito do Termo de Parceria indigitado na exordial ou no âmbito de outras parcerias, sendo certo que na lista constam psicólogos, médicos, auxiliares de laboratório, técnicos em radiologia, médicos em radiologia e protéticos contratados ao longo dos serviços prestados, profissionais definitivamente vinculados à área específica (fls. 140/141 do Apenso 2). (viii) Consequentemente, impõe-se a conclusão de que a inicial acusatória falhou em demonstrar, minimamente, que o Prefeito, ao firmar o Termo de Parceria com a PROMUR, no âmbito da Secretaria de Saúde, e seus respectivos Termos Aditivos, teria também autorizado a contratação de prestadores de serviços de outras áreas, para o exercício de atividades fins exclusivas de servidores públicos.

6. À míngua de elementos que confiram suporte probatório à instauração de ação penal, pela prática do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, deve-se rejeitar a denúncia.

7. Denúncia rejeitada, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

(Inq 3674, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, Acórdão Eletrônico DJe-209 Divulg 14-09-2017 Public 15-09-2017) (Destacou-se).

Registro que, após minudente leitura, é possível afirmar que a própria a denúncia não descreve minimamente a finalidade de lesar ao erário, sendo certo que a conduta só pode ser considerada criminosa quando for **narrada de forma particularizada a finalidade de lesar o erário, de obter efetiva vantagem indevida ou de beneficiar patrimonialmente o particular contratado**, **o que não há na peça acusatória de p. 01-06**.

Nessa ordem de ideias, o único trecho da exordial no qual há narrativa *en passant* sobre a referida questão é o que imputa ao apelado A. J. de O. a "*vantagem pessoal por meio de dispensa de licitação*" (p. 05), porém, repita-se, inexiste a especificação de **vantagem indevida** e, sobretudo, da prova do prejuízo ao erário com a referida contratação.

Em síntese, a exordial se limitou a descrever o ato administrativo irregular e a inclusão de todos que tomaram parte na sua realização sem contemplar o vínculo subjetivo entre os referidos agentes com o escopo de surrupiar os cofres públicos.

Nesse diapasão:

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).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO – OPERAÇÃO PECÚLIO – PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA DE INÉPCIA DA DENÚNCIA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DA INDICAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E PREJUÍZO AO ERÁRIO – INEXISTÊNCIA, DE FATO, DA DESCRIÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO E DO FIM ESPECIAL DE AGIR, CONSISTENTE EM LESAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Ainda que irregular a dispensa de licitação, a falta de imputação do dolo específico e do efetivo dano ao erário impede a admissão de tipicidade ao crime da lei de licitações. Precedente.

2. No caso, embora tenha sido narrada a hipótese de dispensa irregular de licitação na contratação de uma empresa de locação de veículos para a Fundação Municipal de Saúde, tendo sido, inclusive, mascarado o procedimento para atribuir-lhe legalidade, o órgão ministerial deixou de descrever o efetivo prejuízo porventura causado ao erário decorrente dessa conduta.

3. ***Não há, na peça vestibular, nenhuma menção à ocorrência de danos aos cofres públicos decorrente da dispensa de licitação, tendo o Parquet Federal se limitado a afirmar que a contratação foi realizada em afronta à lei, isto é, sem estar presente situação de emergência e sem observar as formalidades legais, sendo certo que o processo foi montado para "mascarar" a contratação irregular e parecer atender ao princípio da legalidade. Isso é suficiente para concluir - considerando nossa jurisprudência - que a exordial acusatória, nesse ponto, não é apta a deflagrar a ação penal em relação a tal crime.***

4. A inicial acusatória deixou de demonstrar satisfatoriamente o dolo específico dos denunciados em lesar o erário, pois, apesar de mencionar que a empresa contratada cobraria 24% a mais que uma das empresas constantes dos orçamentos apresentados no procedimento forjado, não foram indicados pagamentos por fora, vantagens adicionais indevidas, enfim, nenhum prejuízo concreto é especificado e, tampouco, indica não terem sido realizados os

serviços contratados. Limitou-se o Parquet a mencionar que tal proposta era 24% mais econômica e eficiente, eis que as locadoras utilizam veículos novos ou seminovos, enquanto a proposta da empresa ganhadora, não especializada em locação, disponibilizaria um veículo com 12 anos de uso (veículo celta indicado pela empresa ÁGUAS DA FONTE foi fabricado no ano de 2001).

5. Ordem concedida para reconhecer a inépcia da inicial acusatória em relação ao item 11.12 da denúncia proposta na Ação Penal n. 5000507-71.2017.4.04.7002, determinando, por consequência, o trancamento da ação penal em relação ao crime de dispensa indevida de licitação (art. 89 da Lei n. 8.666/1993), imputado ao paciente e aos corréus R. C. de S. P., A. J. T., R. M. S. S., S. T., R. B. de S., R. G. das N. e R. C. G. de A., sem prejuízo de que outra denúncia seja formulada, devidamente calcada nos elementos considerados indispensáveis por este Superior Tribunal. (HC 411.677/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/09/2019, DJe 10/10/2019) (Destacou-se).

Guardada a devida proporção, trago à baila o posicionamento desta Terceira Câmara Criminal em caso muito semelhante ao presente, inclusive com identidade de grande parte dos réus, in verbis:

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CRIME DE RESPONSABILIDADE – DECRETO-LEI 201/67 – AUTORIA E MATERIALIDADE – COMPRA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – DESVIO DE VERBA PÚBLICA – ***AUSÊNCIA DE PROVA DO DOLO – AUSÊNCIA DE PROVA DA APROPRIAÇÃO DO ERÁRIO PÚBLICO*** *– AUSÊNCIA DE PROVA DO ELO COM TERCEIROS – FRAGILIDADE DAS PROVAS – PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, CONTRA O PARECER.*

Das provas reunidas nos autos extrai-se tão somente a existência de probabilidades e indicios acerca da autoria do anunciado delito previsto no inciso I do artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67, não sendo suficientes para a condenação. ***A decisão condenatória, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar sempre lastreada no terreno firme da certeza, calcada em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos. Restando dúvidas a respeito de parte dos fatos denunciados, a absolvição é medida necessária, em observância ao princípio do in dubio pro reo****. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. (****TJMS****. Apelação Criminal n. 0001129-44.2013.8.12.0044,* ***Sete Quedas****, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 17/07/2020, p: 22/07/2020) (Destacou-se).*

Por certo, a mera comprovação da desobediência das normas legais do processo licitatório é afeta ao campo da improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/92).

Importante ressaltar, aliás, que os apelados foram condenados pelo juízo singular no bojo da Ação Civil Pública n.º 0000737-12.2010.8.12.0044, por infração aos artigos 10, inciso I e IX, e 11, caput, da Lei n.º 8.429/92.

Porém, a conduta do artigo 11 diz respeito à violação dos princípios norteadores da administração pública, sendo oportuno rememorar – como já dito à exaustão – que a mera desobediência às normas sobre licitação não configuram o crime descrito na denúncia, enquanto a conduta do artigo 10, incisos I e IX, pode ser praticada a título de culpa ou dolo genérico, sendo esta a última utilizada pelo julgador para condenar os implicados diante da inobservância a Lei n.º 4.320/64, porém a infração penal em exame necessita do dolo específico.

Enfim, em que pese o esforço argumentativo do diligente Promotor de Justiça no exercício do seu mister constitucional, o acolhimento da pretensão ministerial é obstaculizado pela ausência de prova sobre o dolo específico e, em especial, acerca do prejuízo suportado pelo erário, de modo a que sentença absolutória há de ser integralmente mantida.

Quanto ao prequestionamento levantado, insta frisar que a matéria controvertida foi analisada, integralmente, de maneira clara e objetiva, mostrando-se despicienda a expressa referência no acórdão de todas as normas indicadas pelas partes.

Diante do exposto, contra o parecer, nega-se provimento ao recurso ministerial, mantendo-se a bem lançada sentença por seus próprios e suficientes fundamentos.

É como voto.

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.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal n.º 0002301-50.2019.8.12.0031 - Caarapó

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – LATROCÍNIO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E CORRUPÇÃO DE MENORES – PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO DELITO DO ART. 244-B, DO ECA – CRIME FORMAL – CONDENAÇÃO MANTIDA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – NÃO CARACTERIZADA – AFASTAMENTO – RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – REGRA DO CONCURSO MATERIAL MAIS BENÉFICA – RECURSO IMPROVIDO.

I - O crime de corrupção de menores é de natureza formal (Súmula 500 do STJ), de modo que a consumação do referido delito se aperfeiçoa com o envolvimento de criança ou adolescente em ação delituosa em companhia de imputável, sendo desnecessário perquirir o maior ou menor grau de participação do adolescente, tampouco eventual envolvimento anterior na prática de atos infracionais.

II - No caso em tela, o Apelante não confessou a autoria dos fatos concernentes à imputação que lhe fora atribuída, sendo que sua "confissão" buscou descaracterizar o tipo legal, não demonstrando assim, seu intento em esclarecer os fatos e colaborar com a Justiça. Ademais, não fora utilizada para a formação da convicção da magistrado a respeito da condenação.

III - *In casu*, inexiste interesse de agir em relação ao reconhecimento do concurso formal entre as infrações, na medida em que a eventual aplicação deste instituto ensejaria o aumento da pena do Apelante, o que é legalmente vedado, consoante a regra do parágrafo único do art. 70 do Código Penal (concurso material benéfico).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, negaram provimento aos recursos.

Campo Grande, 8 de abril de 2021.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por P. R. C. de L. e C. S. da S., em face da sentença de p. 332-350, que julgou procedente a denúncia, condenando-os, respectivamente, à pena de 24 anos e 10 meses de reclusão, além de 21 dias-multa, e à pena de 23 anos, 11 meses e 06 dias de reclusão, além de 21 dias-multa, por infração ao art. 157, *caput* e § 3º, inciso II e art. 211, ambos do Código Penal, e de corrupção de menor, previsto no art. 244-B da Lei 8.069/90.

Em razões recursais de p. 363-370, a defesa de P. R. pugna pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, na segunda fase da dosimetria da pena, e o afastamento do concurso material, para reconhecimento do concurso formal de crimes. Já a defesa de C. (p. 389-395), pugna pela absolvição do

apelante do delito de corrupção de menor (Art. 244-B do ECA) com base no art. 386, III do Código de Processo Penal. Elaboram prequestionamento.

O *Parquet*, em contrarrazões de p. 374-380/400-405, pugna pelo conhecimento dos recursos de Apelação e, no mérito, pelo improvimento, mantendo-se na íntegra a sentença condenatória prolatada em desfavor dos Apelantes.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de p. 427-433, manifesta-se pelo conhecimento dos recursos interpostos e, no mérito, pelo improvimento, para manter a sentença condenatória em todos os seus termos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por P. R. C. de L. e C. S. da S., em face da sentença de p. 332-350, que julgou procedente a denúncia, condenando-os, respectivamente, à pena de 24 anos e 10 meses de reclusão, além de 21 dias-multa, e à pena de 23 anos, 11 meses e 06 dias de reclusão, além de 21 dias-multa, por infração ao art. 157, *caput* e § 3º, inciso II e art. 211, ambos do Código Penal, e corrupção de menor, previsto no art. 244-B da Lei 8.069/90.

Segundo consta da denúncia de p. 01-04:

> *"(...) Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 23 de novembro de 2019, em horário não muito bem individualizado nos autos, nesta cidade de Caarapó/MS, os Denunciados, conscientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, agindo em comunhão de esforços e unidade de desígnios com o menor *****, subtraíram para si e para outrem, mediante violência à pessoa, exercida com o emprego de uma arma branca (faca), coisa alheia móvel, consistente em um veículo Fiat Siena Attractiv 1.4, cor branca, placas QAO-9610, de propriedade da vítima A. B. P., de 60 (sessenta) anos de idade, resultando, da violência empregada para a subtração, lesões corporais que foram a causa eficiente da morte da vítima, a qual, segundo a Certidão de Óbito, faleceu em razão de Hemorragia Interna Aguda, causada por Ação Pérfuro-Cortante (ferimento de arma branca). (...)"*

Em síntese, a defesa de P. R. pugna pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, na segunda fase da dosimetria da pena, e o afastamento do concurso material, para reconhecimento do concurso formal de crimes. Já a defesa de C. (p. 389-395), pugna pela absolvição do apelante do delito de corrupção de menor (Art. 244-B do ECA) com base no art. 386, III do Código de Processo Penal.

I – Delito do art. 244-B, do ECA – Pleito absolutório – Apelante Claudinei:

A Defesa do Apelante C. sustenta que a materialidade delitiva do delito de corrupção de menores não restou comprovada, pois não houve efetivo prejuízo para o menor, posto que o mesmo já se dedicava à prática de atos infracionais em tempos anteriores.

Pois bem. É inconteste a participação do adolescente W. T. dos S. nos crimes de latrocínio e ocultação de cadáver, juntamente aos apelantes C. e P. R.

Com efeito, para a configuração do delito de corrupção de menores, basta a participação no crime, o que restou comprovado pelo conjunto probatório colhido nos autos.

Isso porque o delito de corrupção de menores (art. 244-B, do ECA), é de natureza formal, logo, a simples participação do adolescente no delito já é suficiente para sua configuração. A mera exposição do menor ao cometimento de delito (o ato infracional dependendo da perspectiva) já caracteriza o início ou o

agravamento do dano à formação moral da pessoa em desenvolvimento e, assim, ainda que o delito tenha se dado por iniciativa do próprio adolescente ou que voluntariamente tenha aderido à conduta criminosa, isso não obsta o reconhecimento do crime elencado no artigo 244-B, do ECA.

Logo, se assim não considerarmos, enfraquecida estará a objetividade da própria tutela penal, que nada mais é do que a formação moral do menor.

Destaca-se que a Terceira Seção do Superior Tribunal, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.127.954/DF, uniformizou o entendimento de que, *"para a configuração do crime de corrupção de menores, basta que haja evidências da participação de menor de 18 anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de o adolescente já estar corrompido, porquanto se trata de delito de natureza formal. Incidência da Súmula n. 500 do STJ*" (AgRg no REsp 1.806.593/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe 4/6/2020).

Assim, por tratar-se de delito formal, o crime previsto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prescinde, portanto, da comprovação de anterior inocência do adolescente, bem como de prova da efetiva corrupção.

Aliás, a matéria encontra-se pacificada segundo o verbete sumular nº 500, do Superior Tribunal de Justiça, que estatui*: "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. "*

Em consonância, este Sodalício:

> *APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – **PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ART. 244-B DO ECA – IMPOSSIBILIDADE – CRIME FORMAL.** RECURSO IMPROVIDO. O crime de corrupção de menores, por ser formal, caracteriza-se apenas com a participação do menor na ação delituosa praticada pelo maior, independente de prova da efetiva corrupção do menor pelo agente ou dele já ser corrompido ou não, nos termos da Súmula nº 500 do STJ. (TJMS; ACr 0004581-87.2020.8.12.0021; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Jonas Hass Silva Júnior; DJMS 16/03/2021; Pág. 156) – **Grifou-se.***

Destarte, sem razão ao recurso defensivo, faz-se mister a manutenção da condenação dos apelantes por infração ao art. 244-B, do ECA.

II - Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea – Apelante P. R.:

A Defesa do Apelante P. R. pugna pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, uma vez que o magistrado não aplicou a atenuante em questão, embora o réu tenha confessado os fatos, tanto que a sentença valeu-se de seu interrogatório para fundamentar a condenação, conforme excerto da sentença à p. 335.

Por oportuno, transcrevo parte da sentença atacada (p. 335-336), *in verbis*:

> *"(...)* ***O réu P. R., quando interrogado em juízo, confessou o planejamento do crime de roubo com o réu C. e o menor W., dizendo ainda que abordaram a vítima, que era taxista, na Rodoviária local, contratando uma corrida. Nesse ponto, seu depoimento, é consentâneo com o corréu, C.***
>
> *No entanto, a versão apresentada sobre os fatos posteriores diverge da narração dos fatos feitos por C., W. e ainda pelas testemunhas F. R. P. e M. R. da S. D.*
>
> *C. em interrogatório judicial, disse expressamente que houve a combinação do assalto entre os dois e que, ao entrarem no veiculo da vitima, P. R. posicionou-se no banco traseiro, atrás do banco do motorista ocupado pela vítima. Após certo percurso, já na ultima rua do*

*bairro Eco Park, P. R. anunciou o assalto e imobilizou a vítima, pegando-a pelo pescoço. Ato continuo, o menor teria amarrado as mãos da vítima, desceram-na do carro e a colocaram no banco traseiro, sentado entre P. R. e o menor *****, enquanto C. assumiu a direção do veiculo. Segundo ainda o denunciado C. e o menor *****, P. R. deu a primeira facada na vitima na região do pescoço enquanto seguiam para a região conhecida como Pedreira e, chegando lá, teriam empurrado a vítima que caiu ao chão, oportunidade que a vítima foi golpeada inúmeras vezes.*

*Da oitiva do interrogatório do réu P. R. em juízo, pode-se ver que a sua narrativa possui bastante contradições, as quais inclusive foram por ele mesmo contraditadas, o que revela que a descrição dos fatos dada por ele não pode ser tida por verídica. Veja-se que inicialmente, disse que somente teria ido no táxi até metade do caminho para o Eco Park. Logo em seguida, no entanto, demonstrando que participou de atos posteriores, relatou que o menor ***** teria dado a voz de assalto para em seguida dizer que foi ele quem anunciou o roubo. Também em contrariedade com os depoimentos de testemunhas, com o laudo de reconstituição do crime e até do interrogatório de C. e do menor *****, o réu P. R. disse não ter dado facadas na vítima e que teria entrado em choque na hora.*

Ainda que o réu P. R. tente convencer que não acompanhou os demais comparsas até o local conhecido por "pedreira", afirmando que deixou-os assim que a vítima passou a receber os golpes de faca, tem-se vastas provas de que esteve juntamente com os demais comparsas até o final do crime de roubo.

A primeira prova está no fato de que as testemunhas M. C. L. C. e E. C. P. C. declararam que no dia dos fatos o adolescente e o réu C. foram até a residência das testemunhas, juntamente com uma terceira pessoa, pois queriam trocar o pneu do carro no qual estavam. Disseram que o carro era de cor branca e de placas vermelhas (táxi). Afirmaram que não permitiram a entrada dos ocupantes do veículo no quintal de sua residência. Por sua vez, a testemunha L. A. L. C., filho de ambas as testemunhas acima nomeadas, confirmou a versão dos pais e acrescentou que a terceira pessoa que acompanhava o adolescente e o réu C. era o réu P. R. Referidas testemunhas prestaram seus depoimentos nos autos de Representação contra Menores nº 0900057-26.2019.8.12.0031.

Demais disso, as versões dadas por todos os envolvidos para a confecção do Laudo de Reprodução Simulada corrobora a informação de que o réu P. R. somente foi deixado em sua residência depois de terem retornado do local conhecido como "pedreira", ou seja, quando retornaram para a cidade com a finalidade de trocarem o pneu do carro que havia estragado e quando a vítima já havia sido deixada morta dentro do canavial.

Logo, cai totalmente por terra a versão do réu P. R. no sentido de que teria deixado os comparsas assim que estes teriam passado a efetuar golpes de faca na vítima, pois restou provado que agiu em conluio com o réu C. e com o menor desde a preparação do crime, durante toda a sua execução e até o resultado Final. (...)" – **Destacou-se**.

Em detida análise dos interrogatórios de P. R., tanto na fase policial (p. 36-37) quanto em juízo (p. 275), em momento algum o Apelante confessou a autoria dos delitos de latrocínio e ocultação de cadáver, declarando nas duas oportunidades, que teria participado apenas do roubo previamente pactuado com o corréu C. e o adolescente *****.

Com efeito, a chamada "confissão qualificada", em que o agente, apesar de admitir a prática do delito, o faz com ressalvas, alegando em seu favor a existência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade, ou, ainda, buscando descaracterizar o tipo legal, verificando-se a utilização da confissão para a formação da convicção do julgador, inafastável se afigura a incidência da atenuante, consoante verbete Sumular nº 545, do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, no caso em tela, não há que se falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, uma vez que o Apelante não confessou a autoria dos fatos concernentes à imputação que lhe fora atribuída,

sendo que sua "confissão" buscou descaracterizar o tipo legal, não demonstrando assim, seu intento em esclarecer os fatos e colaborar com a Justiça.

Ademais, constata-se da sentença que a magistrada *a quo* não se utilizou da confissão de P. R. como fundamento para embasar a conclusão condenatória, ao contrário, pautou-se nos interrogatórios dos corréus e demais testemunhas para embasar o édito condenatório do Apelante, ressaltando, inclusive, as contradições em suas declarações.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

> *DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – DOSIMETRIA – **PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – ELEMENTO NÃO UTILIZADO PARA FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO MAGISTRADO – INAPLICABILIDADE** – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO*
>
> *I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.*
>
> ***II - Com efeito, o STJ entende que, segundo a orientação sumular n. 545, a confissão espontânea do réu, desde que utilizada para fundamentar a condenação, sempre deve atenuar a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo. III - Na hipótese em foco, a Corte local asseverou que a confissão extrajudicial não foi utilizada para a formação da convicção do magistrado a respeito da condenação. Nesse contexto, assinale-se que "é firme o entendimento desta Corte de que, se a confissão não foi utilizada para embasar a condenação, não cabe o seu reconhecimento e, por conseguinte, a compensação com a reincidência**"(AGRG no AREsp n. 1672036/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 29/06/2020). A propósito: AGRG no HC n. 534.115/MG, Sexta Turma, Relª Minª Laurita Vaz, DJe de 04/08/2020; e AGRG no HC n. 537.216/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 04/05/2020.Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-HC 623.528; Proc. 2020/0291864-1; MS; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 02/03/2021; DJE 08/03/2021) –* **Destacou-se**.

Em consonância, a 3ª Câmara Criminal deste Sodalício:

> *APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICA RECEPTAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR CONFISSÃO ESPONTÂNEA ATENUANTE NÃO CARACTERIZADA AFASTAMENTO – REINCIDÊNCIA – AGENTE QUE OSTENTA DIVERSAS CONDENAÇÕES (MULTIRREINCIDENTE) – AGRAVANTE QUE DEVE SER SOPESADA COM PREPONDERÂNCIA PREQUESTIONAMENTO COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **Vislumbrar-se-á confissão denominada qualificada quando o réu admite espontaneamente a prática de um fato típico perante autoridade, em ato solene, reduzido a termo, ao mesmo tempo em que alega teses defensivas descriminantes ou exculpantes. Nesses casos, verificando-se a utilização da confissão para a formação da convicção do julgador, inafastável se afigura a incidência da atenuante, conforme, inclusive, espelha a Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça. Despontando que disso aqui não se trata, tampouco de confissão parcial, agregada a alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, e sim de negativa acerca do dolo norteador da conduta e admissão de fato diverso, dissociado do conjunto probatório vislumbrado nos autos, pois o acusado em momento algum confessou a autoria dos fatos concernentes à imputação que lhe foi endereçada, descabe a incidência da atenuante.***
>
> *[...] (TJMS; ACr 0001809-60.2020.8.12.0019; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 09/03/2021; Pág. 100) –* **Destacou-se**.

Portanto, tratando-se de confissão qualificada não utilizada na sentença para embasar o édito condenatório, mantém-se o afastamento da atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.

III - Afastamento do concurso material, para reconhecimento do concurso formal de crimes – Apelante P. R.:

Ainda, a Defesa do Apelante P. R. requer o afastamento do concurso material reconhecido na sentença, aplicando-se a regra do concurso formal (CP, art. 70), uma vez que o roubo majorado, a ocultação de cadáver e a corrupção de menor foram praticados em uma única conduta, no mesmo contexto, não havendo se falar em desígnios autônomos; logo, não há se falar em concurso material, restando caracterizado o concurso formal de crime.

No caso em tela, inexiste interesse de agir em relação ao reconhecimento do concurso formal entre as infrações, na medida em que a eventual aplicação deste instituto ensejaria o aumento da pena do Apelante, o que é legalmente vedado, consoante a regra do parágrafo único do art. 70 do Código Penal (concurso material benéfico).

Consoante consignado pelo *Parquet* (p. 432), *in verbis*: *No caso, caso seja aplicada a regra do concurso formal de crimes em relação aos delitos de latrocínio e corrupção de menores, é certo que será prejudicial ao réu, pois ainda que a pena fosse majorada no mínimo legal (1/6), considerando-se somente a pena referente ao latrocínio (22 anos e 6 meses de reclusão), o resultado já seria maior que a pena aplicada na sentença (24 (vinte e quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão)*.

> *CONSTITUCIONAL E PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO – **LATROCÍNIO E CORRUPÇÃO DE MENORES – CONCURSO FORMAL – REGRA DA EXASPERAÇÃO – LIMITAÇÃO PELA CONCURSO FORMAL BENÉFICO** – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. **2. O concurso formal próprio ou perfeito CP art. 70, primeira parte), cuja regra para a aplicação da pena é a da exasperação, foi criado com intuito de favorecer o réu nas hipóteses de pluralidade de resultados não derivados de desígnios autônomos, afastando-se, pois, os rigores do concurso material (CP, art. 69). Por esse motivo, o parágrafo único do art. 70 do Código Penal impõe o afastamento da regra da exasperação, se esta se mostrar prejudicial ao réu, em comparação com o cúmulo material. Trata-se, portanto, da regra do concurso material benéfico, como teto do produto da exasperação da pena. 3. In casu, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial e condenar o réu pela prática do crime de corrupção de menores, estabeleceu a pena intermediária do crime de latrocínio em 25 (vinte e cinco) anos, tendo a exasperação do concurso formal com o crime do art. 244 - B do ECA culminado na pena de 33 (trinta e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Há, pois, manifesta violação da regra do concurso material benéfico, porquanto a pena máxima em abstrato do crime de corrupção de menores é de 4 (quatro) anos, por conseguinte, esse limite, em tese, seria de 29 (vinte e nove) anos, bastante inferior ao valor auferido. 4. Sob pena de incorrer em supressão de instância, pois a matéria não foi objeto de conhecimento pelas instâncias ordinárias, de rigor a realização por estas da dosimetria do crime do art. 244 - B do ECA, para incidência da regra de cálculo do cúmulo material, imposta pelo concurso material benéfico.** 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplique a regra do concurso material benéfico aos crimes de corrupção de menores e latrocínio. (STJ; HC 332.087; Proc. 2015/0189694-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 26/10/2016) – **Destacou-se**.*

Destarte, sem razão a irresignação defensiva.

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, com o parecer, nega-se provimento aos recursos interpostos por P. R. C. de L. e C. S. da S., mantendo-se incólume a sentença prolatada pela magistrada singular.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 8 de abril de 2021.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Habeas Corpus Criminal n.º 1402642-19.2021.8.12.0000 - Ponta Porã

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES – EXCESSO DE PRAZO – INOCORRÊNCIA – INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA – SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA – SÚMULA 52 DO STJ – DEMORA NA REMESSA DO RECURSO DE APELAÇÃO – SUPERVENIENTE DISTRIBUIÇÃO DO RECLAMO – COAÇÃO SUPERADA – REAVALIAÇÃO NONAGESIMAL – PRAZO DO ARTIGO 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. DE OFÍCIO, RECOMENDA-SE À AUTORIDADE COATORA A REANÁLISE DA PRISÃO NA FORMA DO ARTIGO 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

I – Na hipótese, conforme já debatido no *Habeas Corpus* n. 1413004-17.2020.8.12.0000 impetrado em favor do ora paciente, a ação penal a todo momento recebeu o devido impulso processual, inexistindo morosidade, desídia ou descaso por parte do Poder Judiciário capaz de gerar o alegado constrangimento ilegal. Não bastasse isso, o advento da sentença penal condenatória, atrai o teor da Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça*, in verbis: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução".*

II – Se o recurso interposto já foi remetido ao Tribunal de Justiça, resta vencida a suposta coação ilegal diante da superveniente distribuição do referido reclamo perante este e. Tribunal de Justiça.

III – A manutenção da segregação preventiva, *in casu*, repousa na gravidade concreta do delito, consubstanciada na elevada quantidade de droga apreendida, mais de 217 kg (duzentos e dezessete quilogramas) de maconha, circunstância que revela indícios de periculosidade e efetivo risco à ordem pública. Ademais, impede destacar que o paciente respondeu o processo preso, não sendo razoável, soltá-lo agora, após ter sido proferida a sentença condenatória, mormente porque permaneceu preso durante toda a instrução criminal e não há nenhuma ilegalidade em sua prisão.

IV – Na linha jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o prazo processual previsto no artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não é peremptório e tampouco acarreta em imediata soltura do recluso, devendo o prazo processual ser interpretado à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tal como se faz para avaliar eventual excesso de prazo na formação da culpa, em que sempre há de ser analisada as particularidades da situação específica. Na hipótese, malgrado não tenha sido observada a revisão nonagesimal da prisão, necessário recordar que a decisão que decretou a prisão preventiva, bem como sua manutenção na sentença, demonstra a existência de elementos suficientes para justificar a medida constritiva, não sendo razoável presumir o desaparecimento destes em face da mera passagem do tempo, sobretudo por tratar-se de paciente condenado a uma pena de 07 (sete) anos de reclusão, pela prática do crime de tráfico interestadual.

V – Com o parecer, ordem conhecida e, no mérito, denegada. De ofício, determina-se ao juízo singular que proceda com a reanálise da situação prisional processual da paciente, nos termos do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo 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, denegaram a ordem de Habeas Corpus.

Campo Grande, 8 de abril de 2021.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

A advogada T. F. N. P. impetra ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente C. N. V. B., apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã.

Em síntese (p. 01-18), a impetrante narra que está caracterizado o excesso de prazo, pois o paciente encontra-se preso há mais de 455 dias, sem o devido trânsito em julgado da sentença condenatória, o que fere o princípio da razoável duração do processo. Ademais, alega a falta da revisão nonagesimal prevista no artigo 316 do Código de Processo Penal.

Por esses motivos, postula pela concessão da ordem de *habeas corpus* em caráter liminar, a fim de que a prisão seja relaxada, revogada ou aplicada medidas cautelares diversas, após, quando do exame do mérito, a confirmação por parte do órgão colegiado.

Por meio da decisão de p. 49-51, o pedido liminar foi indeferido.

As informações da autoridade apontada como coatora foram prestadas à 55.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo conhecimento do *writ* e pela denegação da ordem (p. 59-66).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

A advogada T. F. N. P. impetra ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente C. N. V. B., apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã.

Em síntese (p. 01-18), a impetrante narra que está caracterizado o excesso de prazo, pois o paciente encontra-se preso há mais de 455 dias, sem o devido trânsito em julgado da sentença condenatória, o que fere o princípio da razoável duração do processo. Ademais, alega a falta da revisão nonagesimal prevista no artigo 316 do Código de Processo Penal.

Por esses motivos, postula pela concessão da ordem de *habeas corpus* em caráter liminar, a fim de que a prisão seja relaxada, revogada ou aplicada medidas cautelares diversas, após, quando do exame do mérito, a confirmação por parte do órgão colegiado.

Por meio da decisão de p. 49-51, o pedido liminar foi indeferido.

As informações da autoridade apontada como coatora foram prestadas à p. 55.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo conhecimento do *writ* e pela denegação da ordem (p. 59-66).

Passa-se à análise do *writ*.

Desponta dos autos da Ação Penal n. 0007632-49.2019.8.12.0019, que a denúncia foi oferecida em 19.12.2019 nos seguintes termos:

> *"(...) Consta dos autos do Inquérito Policial número 0007632-49.2019.8.12.0019 que, no dia 14.12.2019, por volta das 06h03, na rodovia BR-463, nesta Comarca de Ponta Porã-MS, o denunciado C. N. V. B. foi surpreendido transportando/trazendo consigo 217 Kg (duzentos e dezessete quilos) de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, rumo a outro Estado da Federação, possivelmente ao Estado de Mato Grosso.*
>
> *Conforme restou apurado, na data dos fatos Policiais Rodoviários Federais realizavam fiscalização de crimes na rodovia BR-463, sendo que por volta das 06h30 realizaram a abordagem do veículo Ford/Fiesta Flex, de cor vermelha, placas NJG-2321 e de imediato os policiais visualizaram no interior do veículo diversos tabletes de maconha.*
>
> *O condutor do veículo foi identificado como C. N. V. B. e confessou aos policiais que foi contratado para transportar as drogas até a cidade de Campo Grande-MS, sendo que para tanto receberia a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).*
>
> *Ao ser interrogado pela Autoridade Policial o denunciado C. N. V. B. optou por permanecer em silêncio (f.12).*
>
> *A droga foi apreendida, e, pesada totalizou 217 Kg (duzentos e dezessete quilos); realizado Laudo de Exame de Constatação Preliminar verificou tratar-se de maconha (f.23).*
>
> *Além da droga e do veículo, também foi apreendido um aparelho celular (f.29/30).*
>
> *Frise-se que, apesar de informar aos policiais que realizaria o transporte da droga até a cidade de Campo Grande-MS é certo que o denunciado realizaria o transporte da droga até o Estado de Mato Grosso, tendo em vista que é pouco crível que alguém residente na cidade de Rondonópolis-MT seja contratada para se deslocar até esta cidade de Ponta Porã-MS para transportar drogas até a cidade de Campo Grande-MS, sendo certo que somente fez tal alegação para não configurar a majorante prevista no inciso V, do artigo 40, da Lei de Drogas.*
>
> *Diante do exposto, o Ministério Público Estadual DENUNCIA C. N. V. B. pela prática da conduta descrita no artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, (...)" (p. 01-03)*

A denúncia foi recebida pelo Juízo *a quo* no dia 08.01.2020, com designação da audiência de instrução e julgamento para o dia 24.03.2020 *(*p. 58-59).

Conforme a certidão de p. 89, em 20.02.2020, o paciente foi citado e intimado da audiência designada.

A Defensoria Pública apresentou resposta à acusação em 05.03.2020 (p. 96-98).

Na data de 23.03.2020, em razão da pandemia do coronavírus, foi cancelada a audiência e redesignada para o dia 31.03.2020 (p. 115).

No dia 31.03.2020, diante de problemas de acesso ao link do CNJ, não foi possível a realização da audiência sendo o ato remarcado para o dia 15.04.2020 (p. 156).

Em 15.04.2020, novamente houve falhas na conexão com a Unidade Prisional, restando a audiência redesignada para 28.04.2020 (p. 193).

Finalmente, na data supra, foi realizada audiência de instrução e julgamento oportunidade em que foi inquirida a testemunha de acusação Rafael Vaz de Oliveira, bem como realizado o interrogatório do ora paciente (p. 207).

No dia 13.05.2020, à p. 222, atendendo a solicitação ministerial foi determinada a reiteração de ofício solicitando a juntada dos laudos toxicológico, veicular e do aparelho celular para posterior apresentação dos memoriais.

Em 06.10.2020, novamente foi determinado a requisição dos laudos faltantes.

Às p. 251-253, consta ofício solicitando informações com a finalidade de instruir julgamento do *Habeas Corpus* n. 1413004-17.2020.8.12.0000, de minha Relatoria, impetrado em favor do ora paciente.

O magistrado *a quo* prestou as informações no dia 08.10.2020 (p. 254), bem como na mesma data determinou a expedição de ofício ao Coordenador Regional da Unidade de Perícia e Identificação de Ponta Porã e ao Perito Coordenador da URPI para que os laudos periciais fossem encaminhados no prazo máximo de 10 dias (p. 255).

No tocante ao supramencionado *Habeas Corpus*, impende destacar que esta C. Câmara, na ocasião decidiu à unanimidade pela inocorrência do excesso de prazo e, consequentemente, pela denegação da ordem.

Veja-se a ementa do julgado:

> *TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO – INOCORRÊNCIA – INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA – SÚMULA 52 DO STJ – ORDEM DENEGADA.*
>
> *I – Na hipótese, o processo tem recebido o devido impulso processual, inexistindo, portanto, morosidade na marcha processual, desídia ou descaso do Poder Judiciário capaz de gerar o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo, sobretudo porque a instrução criminal já foi encerrada, de modo a atrair a incidência da Súmula 52 do STJ.*
>
> *II – Com o parecer, denegaram a ordem. (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1413004-17.2020.8.12.0000, Ponta Porã, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 17/11/2020, p: 19/11/2020)*

Retornando ao processo, verifica-se que na data de 28.10.2020 foi juntado o laudo de exame toxicológico (p. 268-271).

O Ministério Público ofertou alegações finais em 09/11/2020 (p. 273-280). Enquanto a Defensoria apresentou memoriais em 11/11/2020 (p. 282-291).

Em 20/11/2020 foi proferida sentença condenatória às p. 301-303, condenando o C. N. V. B. à pena total de 7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa em regime fechado, sendo a prisão mantida com os seguintes argumentos: "*O réu deverá ser mantido preso haja vista a sentença condenatória que lhe aplica o regime fechado, bem como pelo maior grau de certeza advindo com a sentença a respeito da materialidade e autoria do delito, o que revela que a ordem pública deve ser resguardada*".

O Ministério Público, na data de 24/11/2020, reiterou pedido constante na denúncia, requisitando investigação complementar a fim de apurar eventual crime do artigo 33, § 1º, III, da Lei de Drogas, pelo proprietário do veículo apreendido com o ora paciente (p. 311).

A Defensoria Pública interpôs recurso de apelação em 25/11/2020 (p. 312-328).

No dia 26.11.2020, às p. 329, o magistrado recebeu a apelação, bem como deferiu o pedido ministerial de p. 311.

A intimação pessoal da sentença condenatória ocorreu na data de 02.10.2020 (p. 338-339).

Em 16.12.2020 a representante ministerial ofereceu as contrarrazões do recurso (p. 346-359).

A Guia de Execução Provisória foi expedida em 27.01.2021 (p. 361-362).

Em 31.03.2021 os autos deram entrada neste Colendo Tribunal de Justiça, sendo o recurso distribuído por prevenção e conclusos a este subscritor em 05.04.2021 (p. 371-372).

Pois bem. Essa é a breve narrativa sobre o *iter* processual e dela não se pode concluir pela existência de constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Ora, conforme debatido no *Habeas Corpus* n. 1413004-17.2020.8.12.0000, de minha Relatoria, a ação penal a todo momento recebeu o devido impulso processual, inexistindo morosidade, desídia ou descaso por parte do Poder Judiciário capaz de gerar o alegado constrangimento ilegal, não bastasse isso, o advento da **sentença penal condenatória**, atrai o teor da Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça*, in verbis: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução".*

No tocante a demora no encaminhamento dos autos de apelação, a suposta coação ilegal também resta vencida diante da superveniente distribuição do referido reclamo perante este e. Tribunal de Justiça.

Neste sentido:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – LIBERDADE PROVISÓRIA – PRÁTICA DE NOVO DELITO – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – ILEGALIDADE – AUSÊNCIA – EXCESSO DE PRAZO PARA REMESSA DE APELAÇÃO – RECURSO REMETIDO – PREJUDICADO 1. O decreto de preventiva fundou-se no descumprimento das medidas cautelares impostas na concessão de liberdade provisória, tendo em vista a prática de novo delito - "o acusado descumpriu as condições que lhe foram estabelecidas, porquanto foi preso em flagrante por crime de ROUBO na comarca de Sobral" -, consubstanciando fato novo à justificar a constrição cautelar, não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus. **2. Relativamente ao constrangimento ilegal por excesso de prazo na remessa do recurso de apelação para a instância ad quem, observo que o referido processo foi distribuído ao Tribunal local em 19/8/2015, motivo pelo qual evidencia-se, quanto ao tema, a superveniente perda do interesse de agir**. 3. Recurso ordinário em habeas corpus em parte prejudicado e, no restante, improvido. (RHC 56.345/CE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015) (Destacou-se)*

De mais a mais, vale registrar que o prazo de segregação cautelar posterior à interposição do recurso, mostra-se irrisório frente a pena corporal aplicada, sobretudo por se tratar de condenação por crime hediondo, em que os prazos para fins de benefícios são mais severos.

Sobre a análise do excesso de prazo a luz da pena aplicada, assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSO PENAL – HABEAS CORPU – TRÁFICO DE ENTORPECENTES EXCESSO DE PRAZO PARA JULGAMENTO DA APELAÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA.*
>
> *1. **Esta Corte tem reiterada jurisprudência no sentido de que a análise do excesso de prazo para o julgamento da apelação deve levar em consideração o quantum de pena aplicada na sentença condenatória. (Precedentes.)** 2. No caso em tela, o paciente encontra-se custodiado desde 18/8/2017 e foi condenado, no dia 26/2/2019, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 - apreensão de 25,100kg (vinte e cinco quilos e cem gramas) de maconha -, **a uma pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 500 dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade**. 3. A defesa interpôs apelação no dia 8/3/2019 e, em 16/9/2019, o Desembargador relator determinou a intimação*

da defesa para apresentar razões recursais. Ademais, há notícia de que o Ministério Público estadual ofereceu parecer e, no dia 25/10/2019, os autos foram conclusos ao relator. 4. ***O andamento do recurso está dentro dos limites da razoabilidade, sendo aceitável o prazo de quase 9 meses desde o aviamento da apelação até a presente data****. 5. Ordem denegada. (HC 531.949/CE, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 12/12/2019) (Destacou-se).*

Por oportuno, nota-se que a manutenção da segregação preventiva repousa na gravidade concreta do delito, consubstanciada na elevada quantidade de droga apreendida, mais de 217 kg (duzentos e dezessete quilogramas) de maconha, circunstância que revela indícios de periculosidade e efetivo risco à ordem pública.

Ademais, impede destacar que o paciente respondeu o processo preso, não sendo razoável, soltá-lo agora, após ter sido proferida a sentença condenatória, mormente porque permaneceu preso durante toda a instrução criminal e não há nenhuma ilegalidade em sua prisão.

Neste caminhar, segue alguns julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RECURSO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM – RELAXAMENTO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR POR EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – DECRETAÇÃO DA PRISÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – ***VEDAÇÃO DO RECURSO EM LIBERDADE – FUNDAMENTAÇÃO COM AMPARO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL*** *– PARECER ACOLHIDO. 1. O art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, dispõe que o Juiz deve decidir, por ocasião da prolação da sentença, de maneira fundamentada, acerca da manutenção ou, se for o caso, da imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação interposta. 2.* ***Como é cediço, é da jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal a permissividade de se negar ao acusado o direito de recorrer solto da sentença condenatória, se presentes os motivos para a segregação preventiva, ainda que o réu tenha permanecido solto durante a persecução penal (HC n. 498.620/CE, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 6/5/2019). 3. In casu, embora a custódia cautelar do recorrente tenha sido relaxada durante a instrução criminal por excesso de prazo, a prisão preventiva ordenada na sentença encontra-se devidamente justificada na garantia da ordem pública e na aplicação da Lei Penal, tendo sido destacado pelo Juízo processante, além do fato de o recorrente integrar organização criminosa, o quantum da pena aplicada - 17 anos e 6 meses de reclusão -, a quantidade e a variedade do entorpecente apreendido - mais de 20 kg de maconha, aproximadamente 2 kg de crack e 800 g de cocaína****. 4. Recurso em habeas corpus improvido. (STJ; RHC 115.992; Proc. 2019/0219889-0; MG; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; Julg. 05/11/2019; DJE 20/11/2019) (Destacou-se)*

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – ANÁLISE DO MÉRITO – PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE – PRISÃO PREVENTIVA – TRÁFICO DE DROGAS – ***NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – SEGREGAÇÃO CAUTELAR APENAS MANTIDA NA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE TÍTULO NOVO – FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – QUANTIDADE DE DROGAS – PACIENTE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL*** *– HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. Conforme precedentes desta Quinta Turma, a sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos, com base no art. 312 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu na espécie.* ***3. No caso, a prisão preventiva do paciente está fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida em seu poder e de outros (cerca de 2kg de maconha, balança de precisão e dinheiro em espécie,***

após 6 meses de investigação policial). Ademais, ele permaneceu preso durante toda a instrução processual; foi condenado à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime fechado; e esta Corte Superior já confirmou a legalidade da sua prisão preventiva no julgamento do HC n. 527.732/SP. Presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva (HC 442.163/MA, Rel. Ministro Jorge MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/6/2018, DJe 28/6/2018)*. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ; HC 536.265; Proc. 2019/0291253-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 22/10/2019; DJE 04/11/2019) (Destacou-se).*

Outrossim, destaco precedentes desta Câmara Criminal:

> *EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – SEGREGAÇÃO MANTIDA DIANTE DA PRISÃO CAUTELAR – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO PREVENTIVAMENTE DURANTE TODO O PROCESSO – FUGA, ADEMAIS, APÓS A READEQUAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO –PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – ORDEM DENEGADA, COM O PARECER.* ***Não há falar em constrangimento ilegal se o sentenciante – autoridade coatora – manteve a prisão cautelar na sentença condenatória, tendo em vista a persistência dos motivos ensejadores da prisão preventiva, em especial, para garantir a execução da lei penal. Medida extrema que se mostra necessária, o que torna inviável a concessão de ordem de habeas corpus****. (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1602113-84.2019.8.12.0000, Naviraí, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 29/11/2019, p: 09/12/2019) (Destacou-se)*
>
> *HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – PACIENTE PRESA DURANTE TODO O PROCESSO – AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA – MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ORDEM DENEGADA.*
>
> ***I – Não há constrangimento ilegal pela negativa do direito de recorrer em liberdade se a paciente permaneceu presa durante toda a instrução criminal, salvo quando demonstrada alteração fática relevante ou ilegalidade do ato que determinou a prisão preventiva.***
>
> *II – Com o parecer, denega-se a ordem. (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1413266-98.2019.8.12.0000, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 19/11/2019, p: 20/11/2019) (Destacou-se)*
>
> *EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO SIMPLES – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – SENTENÇA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS DA PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE DO DELITO – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS – ORDEM DENEGADA.*
>
> ***I - A negativa do direito de recorrer em liberdade deve ser fundamentada em argumentos concretos que justifiquem a necessidade da segregação cautelar, ex vi do § 1º do artigo 387, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 12.736/2012. Presente fundamentação, e tendo o paciente permanecido preso durante todo o trâmite do processo, impõe-se a denegação da ordem por ausência de constrangimento ilegal.***
>
> *II - Ordem denegada. COM O PARECER DA PGJ. (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1405426-71.2018.8.12.0000, Itaporã, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 21/06/2018, p: 22/06/2018) (Destacou-se)*

Por derradeiro, com relação ao excesso de prazo para a reavaliação periódica da prisão preventiva, comungo do entendimento de que a simples ultrapassagem do prazo de 90 dias para a revisão disciplinada no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, não implica automaticamente na soltura do

recluso. Ou seja, o prazo especificado no referido dispositivo não é peremptório a ponto de, por si só, acarretar a ilegalidade da prisão.

Nesse trilhar, colaciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) 3. Além disso, com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 ao art. 316 do Código Penal estabeleceu que o magistrado revisará a cada 90 dias a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal. 4. Necessário, porém, assim como se deve proceder em relação a um ocasional excesso de prazo na formação da culpa, considerar que para o reconhecimento de eventual constrangimento ilegal pela demora no reexame obrigatório da custódia cautelar, exige-se uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional. 5. Ora, é certo que em respeito ao princípio da dignidade humana, bem como ao da presunção de não culpabilidade, o reexame da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva deve ser realizado a cada 90 dias, nos termos da novel norma processual,* ***Contudo, não se trata de termo peremptório, isto é, eventual atraso na execução deste ato não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade.*** *(...)" (STJ, AgRg no HC 580323/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ 15.06.2020)*

No mesmo ritmar, também já decidiu esta Corte de Justiça:

> *HABEAS CORPUS – RECEPTAÇÃO, TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – ATUAL QUADRO PANDÊMICO DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19) – TESE INÉDITA VISANDO DISCUTIR A SITUAÇÃO PRISIONAL DA ACAUTELADA – NÃO CONHECIDA – QUESTÃO NÃO ENFRENTADA PELO JUÍZO COMPETENTE – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – DIREITO DE RECORRER DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA EM LIBERDADE – NÃO ACOLHIDA – FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL IDÔNEA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA CUSTÓDIA PROCESSUAL – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES – INVIABILIDADE – –* ***REVISÃO DA PRISÃO PREVENTIVA A CADA 90 (NOVENTA DIAS) – PRAZO PROCESSUAL NÃO PEREMPTÓRIO – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA, E, DE OFÍCIO, DETERMINADA A REANÁLISE DA SITUAÇÃO PRISIONAL DA PACIENTE AO JUÍZO SINGULAR****. 1. Há supressão de instância quando manejado habeas corpus visando discutir tese não apreciada pela autoridade competente originária, em flagrante usurpação de sua competência. In casu, o impetrante pretende discorrer acerca da situação prisional da paciente, a qual encontra-se com guia de recolhimento provisório decorrente de sua condenação em primeiro grau, levantando questão nova relacionada à pandemia global decorrente do COVID-19, premissa esta não enfrentada pelo juízo das execuções penais, competente para primeiro apreciar tal matéria, de modo que sua análise precipitada, por parte deste Tribunal, configuraria odiosa supressão de instância. 2. Não há falar em ilegalidade da prisão preventiva pois, além da paciente ter permanecido presa durante toda a instrução processual até a prolação da sentença condenatória, a manutenção da medida extrema justifica-se em razão da permanência dos motivos que ensejaram a sua custódia, pautada na gravidade concreta dos crimes imputados, vindo a mesma a ser condenada em primeiro grau pela prática dos delitos previstos no artigo 180, caput, do Código Penal, e artigos 33, caput, e 35, ambos da Lei de Tóxicos, não sendo possível outra medida cautelar senão a manutenção da prisão preventiva para manter, sobretudo, a ordem pública. 3. Os predicados da ré não têm condão de afastar a prisão preventiva, sobretudo quando demonstrada a necessidade da manutenção da cautelar severa, respaldada nos artigos 312, 313 e 387, § 1º, todos do Código de Processo Penal. 4. Da mesma forma, a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão preventiva também se mostra inadequada à hipótese, devendo, nesse átimo, ser preservada a garantia*

da ordem pública. ***5. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prazo processual previsto no artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não é peremptório e tampouco acarreta em imediata soltura do acautelado, devendo eventual transcurso ser analisado sob a ótica da proporcionalidade e razoabilidade do caso concreto. 6. Ordem conhecida em parte e, nesta, denegada. Ex officio, determinada a reanálise da situação prisional da custodiada ao juízo de primeiro grau****. EM PARTE, COM O PARECER (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1411456-54.2020.8.12.0000, Maracaju, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 25/09/2020, p: 30/09/2020) (Destacou-se)*

HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES – PRISÃO PREVENTIVA – ***ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO REVISÃO OBRIGATÓRIA A CADA 90 DIAS (ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, CPP) PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO CRIVO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE SEGREGAÇÃO MANTIDA COM DETERMINAÇÃO DE REANÁLISE NA ORIGEM ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA****. A salutar inovação trazida pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anti-crime), que incluiu, no Código de Processo Penal, a obrigação de revisão automática da prisão preventiva a cada 90 dias (art. 316, parágrafo único), alinha-se à garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88), na medida que cria um mecanismo sério e eficaz de combate a prisões desnecessárias, que muitas vezes se arrastam gratuitamente no deambular da Ação Penal.* ***No entanto, como todo prazo processual, o da revisão obrigatória não é peremptório e a ilegalidade de sua extrapolação há de ser constatada em cada situação específica, sob o crivo da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de autorizar eventual soltura. O simples ultrapassar do período de 90 dias desde a última avaliação da prisão não implica necessariamente na soltura do recluso, como na hipótese, que versa sobre crime grave e somente havia decorrido poucos dias após o escoamento, caso em que deve a segregação ser mantida, mas determinar nova análise de seus requisitos na origem****. Ordem parcialmente concedida, contra o parecer. (TJMS; HC 1409087-87.2020.8.12.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 19/08/2020; Pág. 62) (Destacou-se)*

Nessa ordem de ideias, o prazo processual deve ser interpretado à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tal como se faz para avaliar eventual excesso de prazo na formação da culpa, em que sempre há de ser analisada as particularidades da situação específica.

Na hipótese, malgrado não tenha sido observada a revisão nonagesimal da prisão, necessário recordar que a decisão que decretou a prisão preventiva, bem como sua manutenção na sentença, demonstra a existência de elementos suficientes para justificar a medida constritiva, não sendo razoável presumir o desaparecimento destes em face da mera passagem do tempo, sobretudo por tratar-se de paciente condenado a uma pena de 07 (sete) anos de reclusão, pela prática do crime de tráfico interestadual.

Entretanto, afigura-se necessário recomendar ao Juízo de origem o proceder com a revisão periódica da situação prisional processual da paciente[1].

Enfim, inexistindo, ao menos neste momento, qualquer constrangimento ilegal a ser sanado por intermédio do presente remédio heroico, a ordem deve ser denegada.

Face ao exposto, contra o parecer, conheço da ordem de *habeas corpus* e, no mérito, denego-a. De ofício, determino ao juízo singular que proceda com a reanálise da situação prisional processual da paciente, nos termos do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

É o voto.

1 **STF**. HC 189.948/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 209, divulgado em 21/08/2020.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem de *Habeas Corpus*.

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, 8 de abril de 2021.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juíz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Criminal n.º 0007801-21.2019.8.12.0800 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.491/2017 E INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – AFASTADAS – POSSE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – CONDENAÇÃO MANTIDA - QUANTUM DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – FRAÇÃO IDEAL 1/8 – EXASPERAÇÃO EXCESSIVA – ATENUANTE DA CONFISSÃO – RECONHECIDA – PENA REDIMENSIONADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A Lei 13.491/2017, além de não ter alterado os critérios para a definição dos crimes militares, na verdade veio para corrigir o desacordo provocado pela falta de atualização da legislação penal militar em pari passu da comum, que acabava por deixar de considerar como crime militar, casos que eram facilmente enquadrados nos critérios previstos nas alíneas do inciso II, do art. 9º, do CPM. Deste modo, não há que se falar em inconstitucionalidade material, visto que não ofende qualquer previsão do texto Constitucional. Também, não há que se falar em inconstitucionalidade formal da Lei 13.491/2017, pois não há qualquer vício no processo legislativo que culminou com a edição da norma.

O crime de posse ilegal de arma de fogo e/ou munição é crime de mera conduta e não exige qualquer resultado naturalístico para a sua configuração, sendo irrelevante o dolo do agente. Dessa forma, o simples fato de possuir arma de fogo ou munição sem autorização, ou em desacordo com determinação legal e regulamentar, configura o crime em questão, que, em razão de ser crime de perigo abstrato, prescinde da demonstração de lesividade concreta a bem jurídico.

A jurisprudência do STJ e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Apesar de não se tratar de uma fórmula absoluta, a jurisprudência tem considerado que tal fração atende ao princípio da proporcionalidade, e deve nortear a individualização da pena. No caso concreto, em que pese a discricionariedade do julgador ao fixar a pena base, a exasperação da pena-base foi realizada em patamar bastante superior à fração ideal de 1/8 (um oitavo), mostrando-se desproporcional, razão pela qual foi reduzida, com aplicação da fração ideal de 1/8 para a circunstância judicial negativamente valorada.

Consoante o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que haja retratação em juízo, deve ser aplicada a atenuante da confissão prevista no art. 65, III, “d”, do CP, se foi utilizada para fundamentar a condenação do agente.

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 do Relator, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de abril de 2021.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por G. T. P. (f. 257-267), contra a sentença às f. 221-230, que julgou procedente a denúncia, para condenar o apelante como incurso nas penas do art. 12, da Lei 10.826/03, à pena de 01 (um) ano de detenção e 10 dias-multa, em regime aberto, suspensa pelo prazo de dois anos, com fulcro no art. 84 do CPM.

Preliminarmente, requer a declaração da inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017, que alterou o art. 9º, do Código Penal Militar. Requer também a declaração da incompetência da Justiça Penal Militar e, consequentemente, a nulidade dos atos processuais.

No mérito, requer sua absolvição e, subsidiariamente, a reforma da sentença no que tange à pena-base e o reconhecimento da atenuante da confissão.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 274-281, pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 286-296, opinando pelo parcial provimento do recurso, apenas para reconhecer a atenuante da confissão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por G. T. P. (f. 257-267), contra a sentença às f. 221-230, que julgou procedente a denúncia, para condenar o apelante como incurso nas penas do art. 12, da Lei 10.826/03, à pena de 01 (um) ano de detenção e 10 dias-multa, em regime aberto, suspensa pelo prazo de dois anos, com fulcro no art. 84 do CPM.

O acusado foi denunciado em razão dos seguintes fatos:

> *"Depreende-se do procedimento apuratório que, no dia 26.09.2019, por volta das 06h da manhã, na sede da 8ª CIPM em Sidrolândia MS, o denunciado 3°SGT PM G. T. P., foi flagrado mantendo sob sua guarda, um revólver de calibre 38 e 14 munições de arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com a regulamentação legal, mesmo ciente da reprovabilidade de sua conduta.*
>
> *Extrai-se dos autos que, na data e hora citados, uma equipe da Corregedoria da PMMS comandada pelo CEL QOPM H., compareceu ao Quartel da 8ª CIPM em Sidrolândia MS para dar cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão expedido pela Justiça Militar Estadual nos autos nº 0027845-33.219.8.12.0001 (f. 36).*
>
> *Durante o cumprimento da ordem judicial no local acima citado, a equipe designada logrou êxito em localizar, no armário pertencente ao denunciado, uma arma de fogo e diversas munições, sendo o revólver de marca Taurus, calibre 38, nº de série NE 941734; 08 (oito) munições SPL, calibre 38, marca Aguila; 05 (cinco) munições SPL, calibre 38, marca RP; e 01 (uma) munição SPL, calibre 38, marca CBC, todos de uso permitido.*
>
> *Interpelado pela equipe, o denunciado confessou que as armas e as munições são de sua propriedade. Outrossim, ele não apresentou qualquer documento referente a posse das armas e das munições encontradas e, ainda, assumiu não possuir os competentes registros, momento em que foi dada a voz de prisão.*

Tais condutas delituosas amoldam-se às previsões constantes no art. 12 da lei 10.826/06.

A materialidade delitiva restou comprovada no Auto de Busca e Apreensão (fls. 33-43), que informa o resultado das buscas efetuadas no endereço determinado.

Diante do exposto, uma vez demonstradas a autoria e a materialidade delitivas, o Ministério Público Estadual, através de sua Promotora de Justiça "in fine" assinada, oferece denúncia em face do 3°SGT PM G. T. P., como incurso, na pena cominada no artigo 12 da lei 10826/06, requerendo seja a presente recebida, autuada e processada, para o fim de se instaurar o devido processo legal, determinando-se a citação dos denunciados, a fim de que sejam interrogados, inquirindo-se as testemunhas abaixo arroladas e prosseguindo-se na prática dos atos processuais, tal como determinado pelo procedimento previsto pelo artigo 396 e seguintes do Código de Processo Penal Militar, até a prolação da sentença Condenatória."

Finda a instrução probatória, o acusado foi condenado como incurso nas penas do art. 12, da Lei 10.826/03, à pena de 01 (um) ano de detenção e 10 dias-multa, em regime aberto, suspensa pelo prazo de dois anos, com fulcro no art. 84 do CPM.

Inconformado com a sentença, apela a este Tribunal, arguindo a preliminar de inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017 e incompetência da Justiça Penal Militar.

No mérito, requer sua absolvição, com fundamento no art. 439, alínea "a" [estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência], e/ou alínea "b" [não constituir o fato infração penal], e/ou alínea "c" [não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal], e/ou alínea "d" [existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar)], e/ou alínea "e" [não existir prova suficiente para a condenação], do Código de Processo Penal Militar.

Subsidiariamente, requer a reforma da sentença no que tange à pena-base e o reconhecimento da atenuante da confissão.

Da preliminar inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017

O apelante sustenta a inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017, pois a mesma sobrepõe o mandamento constitucional, conferindo à Justiça Militar Estadual competência não prevista na Constituição Federal.

Assinala que a referida lei também apresenta inconstitucionalidade formal, pois houve um veto de seu artigo 2º, o qual previa a temporariedade da legislação, sendo que a Constituição Federal, em seu artigo 66, parágrafo 2°, proíbe vetos que desvirtuam o intuito da norma.

Pois bem. No tocante à alegada **inconstitucionalidade material,** consoante esclarecido na sentença, a Lei 13.491/2017, dentre outras coisas, alterou a redação do inciso II, do art. 9º do Código Penal Militar, o qual passou a prever como crimes militares em tempo de paz, além dos crimes previstos no Código Penal Militar, todos os crimes previstos na legislação penal e que sejam cometidos nas condições previstas nas alíneas "a" a "e" do referido inciso II, que permaneceram inalteradas. *In verbis:*

"Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata êste Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

*II - os crimes previstos neste Código, **embora também o sejam com igual definição na lei penal comum**, quando praticados:*

*II – os crimes previstos neste Código **e os previstos na legislação penal,** quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)*

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

(...)" Destaquei.

Como se pode observar, a Lei 13.491/2017 não modificou os critérios para definição dos crimes militares, os quais permaneceram definidos no inciso I e nas alíneas dos incisos II e III, da referida lei.

A alteração ocorrida no inciso II apenas ampliou o rol de tipos penais, que agora, desde que se enquadrem nas hipóteses previstas no inciso I e nas alíneas dos incisos II e III, da Lei 13.491/2017, constituem os previstos no Código Penal Militar e também os previstos na legislação penal comum.

Por oportuno, cito trecho do artigo de autoria de Jorge Cesar de Assis[1], publicado no site do Observatório da Justiça Militar[2], que trata da matéria em questão: "Por sua vez, o legislador originário do Código Penal Militar adotou, para a caracterização do crime militar um modelo de tipificação indireta: em primeiro lugar se verificava se o fato a ser analisado estava ou não previsto no CPM, para depois subsumi-lo à uma das hipóteses do seu art. 9º.

Nessas hipóteses originárias, tínhamos, então, uma definição construída pela doutrina acerca da existência de crimes militares próprios e impróprios: ***Seriam tidos como próprios os previstos no inciso I do art. 9º****, "os crimes de que trata este código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial", mutatis mutantis, apenas aqueles previstos no Código Penal Militar e que não encontrassem identidade com a lei penal comum.* ***Por sua vez, seriam tidos como impróprios****, "os crimes previstos neste código, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados: (...).* ***Não é difícil de perceber que os crimes militares impróprios tinham, necessariamente, dupla previsão, no CPM e na legislação penal comum.***

1 Advogado inscrito na OAB-PR, onde é membro da Comissão de Direito Militar. Integrou o Ministério Militar da União e o Ministério Público do Estado do Paraná. Oficial da reserva não remunerada da Polícia Militar paranaense. Sócio Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM. Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá. Integrante da Comissão mista de juristas brasileiros e angolanos que elabora um projeto de novo Código Penal Militar para Angola.

2 https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/a-lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito -de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-primeiras

> *Foi a opção do legislador de 1969 estabelecer este sistema de classificação do crime militar. Isto foi alguma novidade de 1969? É claro que não. Esse modelo já se encontrava previsto no art. 6º, do Código Penal Militar de 1.944.*
>
> *Ora, sendo assim, o legislador da Lei 13.491/2017 não fez nada de ofensivo à Constituição Federal,* ***apenas ampliou a abrangência dos chamados crimes militares****. (...) "*

Assim, como bem salientado pelo juízo sentenciante, a referida lei, além de não ter alterado os critérios para a definição dos crimes militares, na verdade veio para corrigir o desacordo provocado pela falta de atualização da legislação penal militar em *pari passu* da comum, que acabava por deixar de considerar como crime militar, casos que eram facilmente enquadrados nos critérios previstos nas alíneas do inciso II, do art. 9º, do CPM.

Deste modo, não há que se falar em inconstitucionalidade material, visto que não ofende qualquer previsão do texto Constitucional.

No que diz respeito à alegação de inconstitucionalidade formal, também não assiste razão ao apelante.

O apelante defende que a Lei 13.491/2017 apresenta inconstitucionalidade formal, em razão do veto de seu art. 2º, o qual previa a temporariedade da legislação, sendo que a Constituição Federal, em seu artigo 66, parágrafo 2°, proíbe vetos que desvirtuam o intuito da norma. Adverte que referido veto do Presidente da República caracterizou uma manobra para usurpar a competência legislativa, ferindo o devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

Acerca da apontada inconstitucionalidade formal da Lei 13.491/2017, o Professor Fenando Galvão[3], teceu comentário bastante elucidativo, publicado no site do Observatório da Justiça Militar Estadual[4], o qual transcrevo e cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

> *"A recém publicada Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, trouxe significativa ampliação para a competência criminal da Justiça Militar estadual ao alterar a redação do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar. Com a nova redação, passaram a ser considerados crimes militares em tempo de paz, além dos crimes previstos no Código Penal Militar, todos os crimes previstos na legislação penal e que sejam cometidos nas condições previstas nas alíneas "a" a "e" do referido inciso II, que permaneceram inalteradas. Tais condições, esclareço de plano, identificam a existência de interesse da instituição militar a ser protegido e cabe a lei definir o conteúdo do crime militar.*
>
> *Após a publicação da nova lei, os estudiosos e operadores do direito militar passaram a publicar suas reflexões iniciais sobre os reflexos da nova lei.*
>
> *Uma preocupação que se apresentou primeira diz respeito à inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017.*
>
> *Não há dúvidas de que a Constituição da República definiu a competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes militares, delegando a lei a definição de crime militar. No exercício de tal poder, o legislador ordinário alterou a definição do crime militar.*
>
> *A preocupação, no entanto, se voltou para o processo legislativo que culminou na aprovação da lei. Nesse particular, o jurista e magistrado Rodrigo Foureaux sustenta, em artigo publicado pelo Observatório da Justiça Militar, que há inconstitucionalidade formal na Lei 13.491/2017, porque o processo legislativo teria violado o disposto no art. 65 da*

3 "Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e Doutor em Direito. Concluiu com aprovação pós-doutoramento no Programa de Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG. Desembargador Civil do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, ocupando vaga destinada ao quinto constitucional do Ministério Público. Foi Promotor de Justiça do Ministério Publico de Minas Gerais." https://www.fernandogalvao.pro.br/quem-1

4 https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/18/N%C3%A3o-h%C3%A1-inconstitucionalidade-formal-na-Lei-134912017

CR que exige discussão da matéria nas casas legislativas. Sua conclusão se fundamenta na premissa de que os parlamentares, durante os debates,

"discutiram somente a questão do julgamento dos militares das Forças Armadas nos crimes dolosos contra a vida de civis pela Justiça Militar da União, sendo que a alteração que ocorreu é profundamente significativa e, historicamente, a tendência sempre foi excepcionar e limitar a competência da Justiça Militar. O legislador e o Supremo Tribunal Federal sempre trataram a competência da Justiça Militar como restritiva. "

O jurista chega ao ponto de afirmar que os parlamentares foram induzidos a erro e que houve um contrabando legislativo. Data Máxima vênia, com todo o respeito que o jurista merece, há equívoco em afirmar a ausência de discussão sobre a alteração do conceito de crime militar e, ainda, que ocorreu um contrabando legislativo.

Como tive a oportunidade de acompanhar de perto os últimos momentos dos trabalhos legislativos que culminaram com a alteração do conceito de crime militar, devo fazer alguns esclarecimentos que levam à conclusão oposta.

A alteração da definição de crime militar estava sendo discutida no PL 2014/2003 da Câmara, que teve início no Senado no ano de 2000 com o PLS 132. No Senado, o texto aprovado e encaminhado para a Câmara previa exatamente a alteração do inciso II do art. 9º que agora foi promovida pela Lei 13.491/2017 (veja aqui). Na Câmara, o PL 2014 foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e ainda encontra-se na casa legislativa. A alteração na definição de crime militar que o PL 2014 propunha e acabou por ocorrer por meio de outro projeto foi amplamente discutida, inclusive com a realização de audiência pública na Comissão de Constituição de Justiça da Câmara, da qual participei e pode ser vista na rede mundial de computadores (parte 1 e parte 2).

O Projeto de Lei nº 5.768 da Câmara, que recebeu o nº 44 no Senado, apenas copiou o que já constava do texto do PL 2014/2003. Portanto, não houve uma inclusão sorrateira de nova redação para o inciso II.

Como esclarece Foureaux, um contrabando legislativo consiste na "inserção, por meio de emenda parlamentar, de assunto diferente do que é tratado na medida provisória que tramita no Congresso Nacional". Pode-se constatar que não houve inserção de qualquer matéria estranha à discussão: desde o primeiro momento, no ano de 2000, constou a proposta de ampliação do conceito de crime militar que ora nos ocupa a atenção.

No que diz respeito ao caráter temporário da lei, os senadores votaram em 2017 uma lei que trazia restrição temporal que limitava a sua vigência até dezembro de 2016. Como a discussão e votação do projeto no Senado ocorreu no ano de 2017, seria o caso de considerar que o projeto teria perdido o seu objeto? Afirmar que os senadores, não sabiam o que estavam votando um projeto com restrição temporal já ultrapassada pressupõe uma ingenuidade dos parlamentares que não é admissível. Os senadores sabiam perfeitamente o que estavam votando! Sabiam que se alterassem o projeto levariam a questão novamente ao exame da Câmara e que há urgência em aprovar as disposições do projeto em razão da situação delicada pela qual se encontra a segurança publica no Estado do Rio de Janeiro. Decidiram por aprovar o projeto e por, de fato, obrigar a um veto obrigatório do artigo da temporalidade pelo presidente da República. Se não bastasse o fato de que o projeto continha uma referencia temporal ultrapassada, ainda se apresentava evidente a violação ao disposto no art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição da República – que veda a instituição de juízo ou de Tribunal de Exceção. No caso, é manifestamente inconstitucional a instituição de um juízo e um Tribunal para as olimpíadas.

Nesse contexto, o argumento Temer vs Temer, também usado por Foureaux, se mostra incapaz de lastrear a conclusão da inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017.

Com razão, o professor M. T. sustentou em seu livro "Elementos de Direito Constitucional" que é inconstitucional vetar artigo de lei, por completo, de forma que o

projeto de lei venha a se desconfigurar. Contudo, também tem razão o presidente M. T. quando entendeu que a orientação não se aplica ao caso específico que lhe foi submetido e vetou o artigo do projeto que fazia restrição temporal para a vigência da lei utilizando-se de referencia já ultrapassada. Não vetar o dispositivo significaria sancionar uma lei completamente incapaz de produzir efeitos. Manter o dispositivo implicaria em uma contradição lógica insuperável: concretizar a manifestação legislativa e, ao mesmo tempo, sancionar uma lei que não pode produzir qualquer efeito jurídico.

É imperioso concluir que, diante da inconstitucionalidade manifesta de instituir-se um juízo das olimpíadas e da contradição lógica estabelecida pela referência temporal já ultrapassada, só restava uma alternativa ao Presidente da República: vetar o dispositivo inconstitucional e que impedia a eficácia da lei a ser sancionada.

Por todas estas razões, deve-se concluir que não há qualquer inconstitucionalidade no processo legislativo que culminou com a edição da Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017."

Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade formal da Lei 13.491/2017, pois não há qualquer vício no processo legislativo que culminou com a edição da norma.

Pelos motivos acima expostos, rejeito a preliminar de inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017.

Da preliminar de incompetência da Justiça Penal Militar

O apelante defende que a Justiça Militar Estadual é incompetente para processar a presente ação penal, pois a norma que trouxe a competência para a Justiça Castrense é inconstitucional. Ressalta que a justiça comum é mais benéfica ao acusado, vez que o art. 89 da Lei 9.099/95, prevê a possibilidade da concessão do sursis processual.

Adverte que o simples fato do acusado ser militar não pode atrair a competência da Justiça Militar para julgamento de processos criminais e no caso em tela o crime imputado ao apelante não fere a administração militar, excluindo-se a aplicação do artigo 9°, inciso II, alínea "e", do Código Penal Militar.

Pois bem. Inicialmente, a questão referente à alegada inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017 já foi analisada no tópico anterior.

De outro lado, não merece prosperar a alegação de que o crime imputado ao apelante não ofende a administração militar.

Isto porque, segundo se depreende dos autos, o acusado é Policial Militar da ativa e foi flagrado na sede da 8ª CIPM em Sidrolandia-MS, o mantendo sob sua guarda, um revólver de calibre 38 e 14 munições de arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com a regulamentação legal, de modo que o crime praticado viola a ordem administrativa militar, nos termos do art. 9º, II, "e", do Código Penal Militar.

Dessa forma, considerando que o apelante possuía a condição de militar em situação de atividade, bem como que seu ato inegavelmente repercute na esfera militar, evidente a competência da Justiça Castrense.

Posto isso, rejeito a preliminar.

Do mérito

O apelante requer sua absolvição, alegando que não restou caracterizado o dolo específico em sua conduta.

Consta nos autos que, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão no Quartel da 8ª CIPM em Sidrolândia-MS, expedido pela Justiça Militar Estadual nos autos nº 0027845-33.2019.8.12.0001, a equipe da Corregedoria da PMMS logrou êxito em localizar, no armário pertencente ao apelante, uma arma de fogo e diversas munições, sendo o revólver de marca Taurus, calibre 38, nº de série NE 941734; 08 (oito) munições

SPL, calibre 38, marca Aguila; 05 (cinco) munições SPL, calibre 38, marca RP; e 01 (uma) munição SPL, calibre 38, marca CBC, todos de uso permitido.

O apelante confessou a prática delitiva na fase inquisitorial, assim como em juízo, declarando que a arma e as munições são de sua propriedade, apesar de não possuir os competentes registros. Importa ressaltar que as testemunhas inquiridas confirmaram que o acusado, ora recorrente, assumiu a propriedade da arma de fogo e munições e que não tinha o registro das mesmas.

Ainda, consoante ressaltado pelo juízo sentenciante, o crime de posse ilegal de arma de fogo e/ou munição é crime de mera conduta e não exige qualquer resultado naturalístico para a sua configuração, sendo irrelevante o dolo do agente. Dessa forma, o simples fato de possuir arma de fogo ou munição sem autorização, ou em desacordo com determinação legal e regulamentar, configura o crime em questão, que, em razão de ser crime de perigo abstrato, prescinde da demonstração de lesividade concreta a bem jurídico.

Assim, basta manter sob sua posse ilegalmente munição em desacordo com determinação legal, para que a conduta se subsuma à norma pena incriminadora.

Nesse sentido posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. PENAL.* ***POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N.º 10.826/2003) – ARMA DESMUNICIADA– ATIPICIDADE DA CONDUTA – INEXISTÊNCIA – PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO*** *– CONCESSÃO, PELO TRIBUNAL A QUO, DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO – OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07 – MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> ***1. Segundo a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, é irrelevante, para a configuração dos crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo previstos na Lei n.º 10.826/2003, o fato de estar, ou não, a arma municiada. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório. (...)"*** *(STJ - HC 213915/ES, Relatora Ministra Laurita Vaz, Órgão Julgador: Quinta Turma, Data do Julgamento: 18/10/2011, Data da Publicação: DJe 03/11/2011)*

Com efeito,não vislumbro qualquer equivoco na sentença, devendo ser mantida a condenação do apelante, nas penas do art. 12, da Lei 10.826/03.

Da pena-base e da confissão

O juízo *a quo* fixou a pena nos seguintes termos:

> *"DOSIMETRIA*
>
> *Em atenção às circunstâncias judiciais descritas no art. 69 do CPM, especialmente os maus antecedentes (f. 213/219), razão por que fixa-se a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em* ***1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, e 10 dias multa,*** *sanção considerada definitiva ante a inexistência de circunstâncias agravantes e/ou atenuantes ou de causas de aumento e/ou de diminuição.*
>
> *Nos termos do art. 33, § 2º, "c", do CP, o sentenciado deverá iniciar o cumprimento da pena em regime aberto, podendo apelar em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.*
>
> *Com fulcro no art. 84 do CPM, concede-se a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante as seguintes Condições:*

> *1. durante o primeiro ano da suspensão o sentenciado deverá prestar serviços gratuitos à comunidade (desarmado), em instituição beneficente particular ou pública – a ser escolhida pelo juízo da execução penal – por sete horas semanais;*
>
> *2. comparecer mensalmente em Juízo, até o dia 10 (dez), para informar suas atividades e comprovar o atendimento da condição supramencionada, oportunidade em que deverá apresentar o extrato de elogios e punições;*
>
> *3. não ser preso ou processado criminalmente;*
>
> *4. não mudar de endereço, nem sair da comarca sem prévia autorização judicial;*
>
> *5. não frequentar bares, prostíbulos e similares; e,*
>
> *6. recolher-se à sua residência até às 22h, salvo quando estiver de Serviço."*

Como se pode observar, o magistrado fixou a pena-base em 06 (seis) meses acima do mínimo legal previsto para o tipo penal (art. 12, daLei 10.826/03 - pena: 01 a 03 anos de detenção), em razão da valoração negativa dos antecedentes criminais do acusado.

Ocorre que a jurisprudência do STJ e a doutrina ***"passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador.*** *Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.* (HC 524.512/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019)

Acerca da matéria, R. A. S. leciona:

> *"(...) Assim, existindo 8 (oito) circunstâncias judiciais enumeradas taxativamente pelo legislador no artigo 59 do Código Penal, cada qual corresponderá a uma parte de oito, pois todas se encontram em condições de igualdade perante a lei (tratamento legislativo igualitário), sendo esta a razão nuclear que conduziu os Tribunais Superiores a definirem o quantitativo ideal de valoração para cada circunstância judicial em 1/8 (um oitavo).*
>
> *O motivo central que fez com que a jurisprudência viesse a estabelecer o quantum ideal de valoração para cada circunstância judicial desfavorável em 1/8 (um oitavo) sempre nos soou bastante coerente e adequado, pois nasceu de uma interpretação sistêmica, decorrente da inexistência de valores atribuídos pelo legislador (o que não poderia ser diferente), além da ausência de graduação em níveis de preponderância, o que conduziu a necessidade de se estabelecer um tratamento valorativo igualitário entre todas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.*
>
> *Contudo, apesar de existir um patamar ideal para valoração das circunstâncias judiciais (1/8), que, logicamente, revelar-se-á mutável (no que tange ao valor a ser empregado) durante o processo de aplicação da pena-base para delitos diferenciados, não é possível estabelecermos um único critério para a primeira fase que se mostre absoluto e definitivo, pois, além das particularidades concretas de cada delito (direito penal do fato) e de cada agente (direito penal do autor), teremos a continuidade do próprio sistema de aplicação da sanção penal definitiva, pois a dosagem da pena não se encerra nesta primeira etapa, eis que outras duas fases ainda terão que ser observadas pelo julgador. (...) (Sentença Penal Condenatória. 11ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017, p. 204).*

Assim, apesar de não se tratar de uma fórmula absoluta, a jurisprudência tem considerado que tal fração atende ao princípio da proporcionalidade, e deve nortear a individualização da pena.

No caso concreto, em que pese a discricionariedade do julgador ao fixar a pena base, observa-se que no caso concreto, a exasperação da pena-base foi realizada em patamar bastante superior à fração ideal de 1/8 (um oitavo), visto que acrescida de 06 (seis) meses acima do mínimo legal, sendo que a fração de 1/8 sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, corresponderia a apenas 01 (um) mês e 15 (quinze) dias.

Desse modo, a meu ver, neste ponto, assiste razão ao recorrente, posto que o *quantum* de exasperação da pena-base se encontra excessivo.

Posto isso, neste ponto, dou provimento ao recurso, para o fim de aplicar a fração de aumento de 1/8 (um oitavo) para a valoração negativa da circunstância judicial referente aos maus antecedentes. Assim, a pena-base resta reduzida para 01 (um) ano, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção e 10 (dez) dias-multa.

No tocante à confissão, consoante o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que haja retratação em juízo, deve ser aplicada a atenuante da confissão prevista no art. 65, III, "*d*", do CP, se foi utilizada para fundamentar a condenação do agente.

Confira-se:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – DELITO AGRAVADO PELA CIRCUNSTÂNCIA DE O MOTORISTA NÃO POSSUIR PERMISSÃO PARA DIRIGIR OU CARTEIRA DE HABILITAÇÃO – CONFISSÃO ESPONTÂNEA. EXTRAJUDICIAL – ATENUANTE – POSSIBILIDADE– CONDUTA RELEVANTE RECONHECIDA PELO RÉU NO INQUÉRITO E UTILIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXORDIAL ACUSATÓRIA – SENTIMENTO DE ARREPENDIMENTO. PRESCINDÍVEL – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> ***1. Este Tribunal Superior possui o entendimento de que a confissão extrajudicial pode autorizar a aplicação da atenuante estabelecida no art. 65, II, "d", do CP, se utilizada para fundamentar a condenação do agente. Assim, caso a confissão do denunciado seja usada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a referida atenuante, pois é irrelevante a confissão haver sido espontânea ou não, total ou parcial, haver ocorrido posterior retratação.***
>
> *2. Na hipótese, não há como considerar irrelevante o depoimento do réu perante a autoridade policial, porquanto ele, ainda que apenas na fase extrajudicial, admitiu haver consumido duas doses de pinga 51 e não possuir carteira nacional de habilitação. Não bastasse isso, a própria exordial acusatória fez a seguinte menção: "o indiciado afirmou na Delegacia ter ingerido bebida alcoólica na referida data". Ademais, o reconhecimento da citada atenuante não está atrelado a nenhum sentimento de arrependimento.*
>
> *3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1758689/MT, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 02/08/2019)*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – DOSIMETRIA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – APLICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PESSOAL – DESCABIMENTO – ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA – TERCEIRA FASE – MINORANTE – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Sabe-se que nos casos em que a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial ou se houve retratação posterior em juízo.*
>
> ***2. Entretanto, in casu, não obstante o agravante tenha admitido a propriedade da droga, não reconheceu a traficância, afirmando que o estupefaciente encontrado seria***

para uso pessoal, sendo, portanto, insuficiente para reconhecer a incidência da referida atenuante. Precedentes.

3. A natureza da droga envolvida na ocorrência - 198 pontos de LSD - foi utilizada para exasperar a pena-base, fundamento adequado para indicar maior desvalor da conduta perpetrada e, assim, justificar o acréscimo na sanção.

4. As instâncias antecedentes concluíram pelo não atendimento das exigências legais para a concessão do privilégio do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, o fazendo a partir da avaliação criteriosa do conjunto probatório, eis que os réus receberam as drogas remetidas através dos correios e, no momento do flagrante, as dividiam para a distribuição a outros usuários, logística esta que autorizou a conclusão no sentido de que fazem parte de organização criminosa dedicada ao tráfico de entorpecentes ou, ao menos, que se dedicam a atividades criminosas.

5. Desta forma, nos moldes do entendimento jurisprudencial assentado nesta Corte, foi apresentada fundamentação idônea para afastar a causa especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1295051/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 24/10/2018)

No caso concreto, restou consignado na sentença que o apelante confessou a prática delitiva, tanto na fase inquisitorial, quanto em juízo, tendo a mesma sido utilizada como fundamento para embasar a condenação.

Destarte, tendo o apelante confessado o crime e servindo a mesma para corroborar a conclusão do juízo acerca pratica delitiva pelo réu/apelante, deve o mesmo ser beneficiado com a atenuante prevista no artigo 65, III, "*d*" do Código Penal.

Posto isso, reconhecido que houve a confissão espontânea, facilitando inclusive o julgamento, reduzo a pena aplicada para o mínimo legal, qual seja 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, que à míngua de outra agravante e/ou atenuante, bem como de causas de aumento e/ou diminuição, resta definitiva.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e lhe dou parcial provimento, para o fim de aplicar a fração de aumento de 1/8 (um oitavo) para a valoração negativa da circunstância judicial referente aos maus antecedentes, reduzindo, por consequência reduzir a pena-base, bem como para reconhecer a atenuante da confissão, pelo que a pena definitiva resta fixada em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa. Mantenho os demais termos da sentença.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 29 de abril de 2021.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Criminal n.º 0009196-14.2010.8.12.0008 – Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – DELITO DO ARTIGO 157 § 2º, INCISO I DO CÓDIGO PENAL – ROUBO MAJORADO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – PALAVRA DA VÍTIMA QUE POSSUI ESPECIAL RELEVÂNCIA EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS – REDUÇÃO DA PENA-BASE – VIABILIDADE – AFASTAMENTO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – PERDA PATRIMONIAL INERENTE AO DELITO DE ROUBO – DECOTE DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO – NÃO ACOLHIMENTO – PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA – PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE RESPALDADA PELAS PROVAS COLIGIDAS AOS AUTOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – EM PARTE COM O PARECER.

Nos crimes contra o patrimônio a palavra da vítima é de suma relevância na formação da convicção do juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso e, também, porque no mais das vezes é praticado sem a presença de testemunhas, mormente quando em consonância com outros elementos probatórios constantes nos autos.

No crime de roubo a perda do bem subtraído é inerente à espécia penal, somente servindo para negativar as consequências do crime, quando extrapolar o resultado típico.

É prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para incidir a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º-A,I, quando nos autos há elementos idôneos comprovando a efetiva utilização do artefato, na prática do crime.

EMENTA – RECURSO MINISTERIAL – DELITO DO ARTIGO 157 § 2º, INCISO I DO CÓDIGO PENAL – ROUBO MAJORADO - PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA NO FECHADO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Inviável a fixação de regime fechado ao sentenciado com pena inferior a 8 anos, especialmente quando as circunstâncias judiciais foram amplamente favoráveis, nos termos do art. 33, § 2º,"b" e § 3º do CP.

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, em parte com o parecer, conheceram de ambos os recursos e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso da defesa e, contra o parecer, negaram provimento ao recurso do Ministério, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de abril de 2021

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Relator (a) do processo

RELATÓRIO

O (A) Sr(a). Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Trata-se de Apelação Criminal interposta por D. F. S. J. e Ministério Público Estadual contra a sentença do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá, que, julgando procedente a pretensão punitiva, condenou o acusado à pena de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 130 (cento e trinta) dias-multa, pela infração aos arts. 157, §2º, inciso I, do Código Penal.

A defesa requer, em síntese, a absolvição do Apelante, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP, alegando insuficiência de provas para alicerçarem a condenação. Subsidiariamente, postula pela diminuição da pena-base ao mínimo legal, e por fim o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo. (fls. 169-190).

Contrarrazões do *Parquet* em fls. 236-248, pelo improvimento do recurso.

O Parquet requer, em síntese, a reforma da sentença para que o regime inicial adotado seja o fechado, tendo em vista que as circunstância judiciais dos maus antecedentes e das consequências do crime foram desfavoráveis. (fls. 214-219)

Contrarrazões defensivas em fls. 236-248, pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo conhecimento de ambos os recursos, provimento do apelo ministerial e não provimento do recurso defensivo (fls. 272-293). Prequestiona a matéria devolvida.

VOTO

O(A) Sr(a). Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (Relator(a))

Trata-se de Apelação Criminal interposta por D. F. S. J. e Ministério Público Estadual contra a sentença do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá, que, julgando procedente a pretensão punitiva, condenou o acusado à pena de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 130 (cento e trinta) dias-multa, pela infração aos arts. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, em decorrência dos seguintes fatos narrados na denúncia (fls. 01-02):

No dia 21 de agosto de 2010, por volta das 19:45 horas, em via pública, na rua são paulo, Bairro popular Nova, nesta Cidade e Comarca, o denunciado D. F. S. J., armado e em concurso, mediante violência ou grave ameaça, subtraiu para si, motocicleta marca HONDA, tipo CG 150 (Auto de Entrega – fls. 09 e Avaliação Indireta – fls. 22) da vítima D. de M.

Prova o respectivo procedimento Investigatório que a vítima trafegava com sua motocicleta quando foi abordada pelo denunciado e seu comparsa. De posse de uma arma de fogo, o denunciado anunciou o assalto e ordenou a entrega da motocicleta para em seguida evadir-se do local. Acionada a policia, esta com êxito identificou o denunciado e recuperou a res furtiva. Inquirido, às fls. 17, negou o delito.

Assim sendo, o denunciado D. F. S. J., armado e em concurso, subtraiu para si, mediante violência ou grave ameaça, coisa alheia móvel da vítima D. de M.

Subsidiariamente, postula pela diminuição da pena-base ao mínimo legal, e por fim o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo. (fls. 169-190).

O *Parquet* requer, em síntese, a reforma da sentença para que o regime inicial adotado seja o fechado, tendo em vista que as circunstância judiciais dos maus antecedentes e das consequências do crime foram desfavoráveis. (fls. 214-219)

Da absolvição

Postula a defesa pelo reconhecimento da absolvição, alegando insuficiência de provas para alicerçarem a condenação, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP.

No entanto, sem razão.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo Boletim de Ocorrência (f. 05-07 e 10-11), Auto de Entrega de Objeto (f.12), Auto de Reconhecimento de Pessoa (f. 18), Auto de Avaliação Indireta (f.25), e depoimentos colhidos nos autos.

A autoria é certa e recai sobre o apelante.

Compulsando os autos, extrai-se que o réu **D. F. S. J.** na fase extrajudicial, negou que teria cometido o crime, disse que estava trabalhando na época dos fatos e também informou ser usuário de drogas. Entretanto, não compareceu em juízo, tendo sido decretada a sua revelia.

O Policial Militar **A. M. de P.** em juízo ratificou o depoimento da fase inquisitorial (f. 26), e afirmou que se recorda do réu por outros delitos de roubo, inclusive que também assaltou sua filha na porta de sua casa. (f. 96)

A vítima **D. de M.** relatou perante a autoridade e em juízo que (f. 124):

> *Que tinha feito uma corrida no Nova Corumbá, que estava no semáforo, havia um indivíduo, que pediu para eu fazer a corrida, nessa hora quase eu nem peguei ele, veio um fusca, quase me atropelou nem lembro da placa, ai tá eu fui insistente e levei o rapaz aqui perto do campo do abelha, ai ele mandou eu parar ali ,beleza, ai ele falou: vou entrar ali já venho, ai ele entrou na casa lá, e ele veio, nisso ele tava com uma garrafa de água, eu nem percebi se era gasolina se era água, ai ele entrou la para dentro e ele veio, me leva lá de volta, ai eu nem desconfiei nada cara, ai ele veio conversando, ai de repente eu estava próximo aonde eu tinha pegado ele mesmo, próximo ao semáforo, perto da padaria maná aqui ai ele desceu com a arma já apontando para mim, nisso estava passando umas crianças próximas, ai eu desci da moto, ele mandou eu correr, eu tirar, nesse dia minha moto tinha um alarme, e eu estava com o alarme no bolso, ai nesse dia ele anunciou o assalto e falou tira tudo do bolso, ai ficou naquela dúvida, se eu tirava o alarme do bolso ou não, ai achei melhor tirar, ai tirei o alarme do bolso tirei tudo, ai ele mandou sai correndo, ai ele mandou, nisso quando eu sai correndo, bem na esquina próximo ao local eu peguei um carro e fui em direção a ele, lá para cima, lá para nova Corumbá e não achei, até hoje eu nunca achei minha moto, (...) nisso encontramos uma viatura, ai a viatura abordou nós, eu entrei dentro da viatura, e comecei procurando por ai, ai não achei, nos descemos lá para a delegacia, nos fizemos o boletim, nisso eles fizeram o auto de identificação para ver se eu conhecia a pessoa.*
>
> *MP: a pessoa que o senhor reconheceu sem dúvida era a pessoa de D. F. S, J.*
>
> *VÍTIMA: isso.*
>
> *MP: senhor fez o reconhecimento lá?*
>
> *VÍTIMA: isso eu fiz o reconhecimento lá.*

MP: deu para reconhecer bem?

VÍTIMA: deu para conhecer bem.

MP: era a segunda viagem, o senhor foi com ele e depois estava voltando, então senhor teve bastante contato com ele?

VÍTIMA: isso, isso".

Pois bem. Cumpre salientar que a palavra da vítima nos crimes contra o patrimônio é de suma relevância na formação da convicção do juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso e, também, porque no mais das vezes é praticado sem a presença de testemunhas.

No caso, a palavra da vítima mostra-se segura e coerente e merece credibilidade, ainda mais quando em consonância com outros elementos probatórios, sendo suficiente para ensejar a condenação dos acusados pela prática do crime de roubo. Merece destaque o fato de que ela não conhecia o acusado, não havendo porque presumir que alteraria a verdade dos fatos para lhe prejudicar.

Ademais, merece especial atenção o depoimento da vítima, pois como o réu fez duas corridas com a vítima, teve bastante contato com ela, situação que permitiu o reconhecimento extreme de dúvida da pessoa do acusado.

G. S. N., ensina que:

> *"Ora, tratando-se de pessoa desconhecida do réu, sem qualquer laço anterior ou interesse em prejudica-lo, a narrativa deve ser considerada com especial zelo. Exemplo disso é o ofendido em crime contra o patrimônio, que desconhece, como regra, o acusado e termina por contar os fatos exatamente como se deram." (N., G. de S. Provas no Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009)*

A propósito, nesse sentido pacificou-se a jurisprudência do STJ:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. APONTADA AFRONTA AO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL – CP.AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. INOCORRÊNCIA – SENTENÇA CONDENATÓRIA LASTREADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS – RELATOS CONCISOS DAS VÍTIMAS E DAS TESTEMUNHAS PRESENCIAIS – EXAMES DE CORPO DE DELITO QUE ATESTARAM OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA DOS OFENDIDOS – TESE CONTRÁRIA – INVIABILIDADE – REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. PALAVRA DAS VÍTIMAS – ESPECIAL VALOR PROBANTE NOS DELITOS DE ROUBO, DESDE QUE CORROBORADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA COMO NO CASO. SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. O Tribunal a quo, ao apreciar a prova produzida nos autos, consistente nos relatos das vítimas, testemunhas, bem como nos exames de corpo de delito realizados um dia após o evento criminoso, atestando ofensa à integridade física dos ofendidos, não apenas uma discussão como alegado pelos acusados, entendeu devidamente comprovada a autoria e materialidade do delito de roubo majorado a eles imputado. 2. Concluir de modo contrário ao estabelecido pela Corte de origem, como pretendem os agravantes, demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos, inviável nesta instância, a teor da Súmula n. 7/STJ, segundo a qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 3. Ademais, vale destacar que* ***a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, no crime de roubo, em geral praticado por meio da clandestinidade, a palavra da vítima tem especial valor probante, desde que corroborada por outros elementos probatórios constantes dos autos, como ocorre na espécie. Precedentes.*** *Súmula n. 83/STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1429354/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 05/04/2019)*

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CRIMES DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – PRATICADO NA CLANDESTINIDADE – PALAVRA DO OFENDIDO CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – DEPOIMENTO DA VÍTIMA NA FASE INQUISITORIAL RATIFICADO EM JUÍZO – SÚMULA 83/STJ – ABSOLVIÇÃO – REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7 DO STJ – CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE – AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A condenação do recorrente pelos delitos de roubo e de corrupção de menores foi fundamentada no depoimento da vítima na fase inquisitorial, posteriormente ratificados em juízo e em consonância com as demais provas existentes nos autos. Dessa forma, o aresto atacado encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que a prova colhida na fase inquisitorial, desde que corroborada por outros elementos probatórios, pode ser utilizada para ensejar uma condenação.

2. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, no crime de roubo, geralmente praticado na clandestinidade, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado, desde que corroborada por outros elementos probatórios:

3. Desse modo, incide a esta hipótese a Súmula 83/STJ, in verbis: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Frise-se que "esse óbice também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea a do permissivo constitucional" (AgRg no AREsp 475.096/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016).

4. Além disso, o acórdão combatido pontuou que "seguramente comprovado restou que Ricardo, agindo em concurso de agentes, entrou na farmácia, submeteu a vítima ao crivo de grave ameaça com emprego de simulacro de arma de fogo e do local subtraiu R$ 102,00, protetor labial e preservativos, de modo que deve prevalecer o desate condenatório" (e-STJ, fl. 278). Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e decidir pela absolvição do agravante, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 5. Não sendo possível se vislumbrar a ocorrência de ilegalidade flagrante ou de constrangimento ilegal, resta descabida a concessão de habeas corpus, de ofício. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1381251/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019)

No mesmo seguimento, é o posicionamento adotado por este Tribunal de Justiça. Confira-se alguns precedentes:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO – DECLARAÇÕES DA VÍTIMA HARMÔNICA COM DEMAIS ELEMENTOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – NÃO PROVIDA. ***A palavra serena da vítima, aliada às demais provas carreadas aos autos, se sobrepõe à duvidosa versão do acusado que, a par de consignar no arrazoado recursal a ausência de reconhecimento em juízo, deixa de apresentar qualquer indício de prova capaz de demonstrar sua frágil argumentação.*** *(**TJMS**. Apelação Criminal n. 0000592-59.2013.8.12.0008, Corumbá, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 04/07/2017, p: 07/07/2017)*

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – PALAVRA DA VÍTIMA – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – VALIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 155 DO CPP. DESPROVIMENTO. ***Inconsistente a negativa de autoria quando o conjunto probatório aponta induvidosamente no sentido de que o apelante praticou o fato delituoso a ele imputado. Em crimes contra o patrimônio a palavra da vítima tem especial relevância em razão do contato direto mantido com o autor do delito.*** *Com o parecer, nega-se provimento ao recurso. (**TJMS**. Apelação Criminal n. 0000003-86.2018.8.12.0042, Rio*

Verde de Mato Grosso, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 17/08/2018, p: 20/08/2018)

Assim sendo, resta comprovado o delito de roubo com emprego de arma de fogo praticado pelo réu.

Nesse sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – RECUSO MINISTERIAL – EXCLUSÃO DA TENTATIVA – CONSUMAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA POSSE MANSA E PACÍFICA DA COISA – INVERSÃO DA POSSE CARACTERIZADA POR BREVE PERÍODO – CRIME CONSUMADO – RECURSO PROVIDO. **Verificada a efetiva inversão da posse, ainda que por breve lapso temporal, encontra-se consumado o delito de roubo, sendo prescindível que haja posse mansa e pacífica ou desvigiada da res furtiva.** *Súmula 582 do STJ. Com o parecer, dou provimento ao recurso para condenar o J. M. R. DA S. pela prática consumada do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas em concurso formal com corrupção de menores. (***TJMS***. Apelação Criminal n. 0002167-21.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 05/10/2017, p: 09/10/2017)*

APELAÇÃO – PENAL – ROUBO – CONSUMAÇÃO – INEXISTÊNCIA DA POSSE MANSA E PACÍFICA – TEORIA DA AMOTIO – AFASTAMENTO DA TENTATIVA – PROVIMENTO. **Em se tratando de crimes patrimoniais, aplica-se a teoria da amotio, de modo que a consumação ocorre com a simples inversão da posse da res, independentemente da fruição de sua posse mansa e pacífica ou ocorrência de imediata perseguição.** *Apelação ministerial a que se dá provimento para afastar a incidência do art. 14, II, do Código Penal. (***TJMS***. Apelação Criminal n. 0004548-45.2016.8.12.0019, Ponta Porã, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 10/12/2017, p: 13/12/2017)*

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – ROUBO IMPRÓPRIO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA TENTADA – AUSÊNCIA DE POSSE MANSA E PACÍFICA – IRRELEVÂNCIA – PENA-BASE – DOSIMETRIA – CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 05 (CINCO) ANOS – MAUS ANTECEDENTES – REGIME PRISIONAL – ABRANDAMENTO INVIÁVEL – NÃO PROVIMENTO. **O momento consumativo do crime de roubo ocorre com a inversão da posse da res furtiva, não se exigindo que esta seja mansa e pacífica, e ainda que ocorra perseguição do agente, tal circunstância não é capaz de desclassificar a conduta para a forma tentada.** *As condenações criminais com trânsito em julgado superior ao período de 05 (cinco) anos, apesar de não servirem como prova da reincidência, devem macular os antecedentes do acusado e, consequentemente, justificar a exasperação da reprimenda. Inviável o abrandamento do regime prisional se presente circunstância judicial negativa, a demonstrar que a fixação de medida mais branda não seria suficiente para reprovação e prevenção do delito. Apelação defensiva a que se nega provimento, ante o acerto da decisão singular. (***TJMS***. Apelação Criminal n. 0020037-45.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 06/03/2018, p: 07/03/2018)*

Portanto, no caso em análise, não há que se falar em insuficiência de provas quanto à prática do crime de roubo qualificado, estando, ainda, o depoimento da vítima em coerência com as demais provas constantes dos autos, razão pela qual não merece prosperar o pedido absolvição por falta de provas, não merecendo qualquer reparo a sentença objurgada neste ponto.

Da redução da pena-base ao mínimo legal

Requer o apelante a fixação da pena-base no mínimo legal, eis que a vetorial da consequência do crime foi indevidamente negativada.

Assiste razão ao recorrente apenas no tange às **consequências do crime.**

Com relação às consequências do crime, que foi negativa, pelo fato de a res furtiva não ter sido recuperada, o pedido defensivo deve ser acolhido e decotada referida circunstância.

As consequências do crime que devem ser consideradas na aplicação das penas-bases são aquelas que transcendem ao resultado típico, tendo em vista que é inerente à espécie penal a perda do bem.

Assim, não se mostra idôneo o fundamento do sentenciante de negativar as consequências do crime, apenas porque não foi recuperada a res furtiva, eis que a perda patrimonial é inerente ao crime de roubo.

Aliás, "*O fato de os bens roubados não terem sido recuperados, sem nenhuma ressalva sobre eventual relevância da* res *na esfera patrimonial da vítima, não pode ser ponderado desfavoravelmente para efeito de fixação da pena-base, uma vez que a subtração constitui elementar do delito imputado e, por isso, não extrapola as conseqüências do crime previstas, em abstrato, pela própria norma penal incriminadora.*" (STJ. HC 81.559/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 03/11/2008.)

Traz-se recente julgado acerca do tema:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – CRIME DE ROUBO MAJORADO – DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – REVALORAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO – PENA-BASE MANTIDA – AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – VALOR DA RES FURTIVA – ACRÉSCIMO FUNDAMENTADO – INOVAÇÃO RECURSAL – VEDAÇÃO – WRIT DO QUAL NÃO SE CONHECEU – INSURGÊNCIA DESPROVIDA.*
>
> *1. A jurisprudência deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte de origem, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e a rever a individualização da pena, seja para manter ou para reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.*
>
> *2. Na hipótese, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à revaloração sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, como na espécie, em que a reprimenda imposta na primeira fase foi mantida.*
>
> *3. **A respeito da avaliação negativa das consequências do delito, de acordo com os precedentes desta Corte Superior, o valor do prejuízo nos crimes patrimoniais somente pode ser considerado para elevar a pena-base quando a lesão se revele exacerbada, transcendendo as consequências normais descritas para o tipo penal violado.***
>
> *4. No caso concreto, do fundamento indicado em primeira instância, ou seja, de que "a estimativa do prejuízo é superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais)" (e-STJ fl. 167), e considerando que "as vítimas não recuperaram os seus bens" (e-STJ fl. 242), denota-se a excepcionalidade do valor da Res furtiva, justificando-se a avaliação negativa das consequências do crime.*
>
> *5. É inviável a análise de pretensão não veiculada no habeas corpus impetrado nesta Corte, e por tal razão não analisada no decisum singular, mas somente trazida à discussão em agravo regimental, por tratar-se de inovação recursal.*
>
> *6. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do habeas corpus, por se afigurar manifestamente incabível, e não concedeu a ordem de ofício, em razão da ausência de constrangimento ilegal a ser sanado.*
>
> *7. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-HC 529.483; Proc. 2019/0253945-9; AC; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 05/05/2020; DJE 30/06/2020)*

Outrossim, importa acrescentar que a negativação da vetorial de maus antecedentes somente foi efetuada na decisão dos embargos de declaração opostos pelo *Parquet*, sendo que a Defensoria Público apresentou

recurso de apelação anteriormente à decisão dos embargos. Após a decisão do embargos, a Defensoria foi intimada de seu teor e não manifestou qualquer acréscimo em sua insurgência recursal, razão pela qual nada há que ser analisada em relação à vetorial negativada de maus antecedentes.

Destarte, tem-se que apenas a negativação das consequências do crime deve ser afastada.

Do afastamento da causa de aumento pelo emprego de arma de fogo

Subsidiariamente, o apelante pretende o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo (artigo 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal), ao argumento de ausência de provas quanto a sua ocorrência, tendo em vista que o artefato não foi apreendido.

Mais uma vez sem razão.

De acordo com a posição majoritária da jurisprudência, a incidência da majorante do emprego de arma independe da apreensão e perícia no artefato utilizado para a prática do crime, desde que comprovada a sua utilização por outros meios idôneos de prova existentes no caderno processual. Esse é o entendimento desse E. Tribunal:

> *APELAÇÃO – ROUBO MAJORADO – RECURSO DA DEFESA – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO – IMPOSSIBILIDADE – PALAVRA DA VÍTIMA – CONDENAÇÃO MANTIDA – AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA – APREENSÃO E PERÍCIA – DESNECESSIDADE – OUTROS MEIOS DE PROVA – CAUSAS DE AUMENTO – UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES POR OCASIÃO DA DOSIMETRIA – POSSIBILIDADE – REGIME FECHADO – ART. 33, § 3º DO CP – ABRANDAMENTO INVIÁVEL – REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA – AUSÊNCIA DE PEDIDO FORMAL NA PEÇA INAUGURAL – AFASTAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Não prospera o pedido de absolvição, quando os elementos de convicção constantes dos autos se mostram suficientes para manter a condenação imposta ao réu, restando devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitiva, embasadas especialmente pelas declarações da vítima e de testemunha presencial. Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Estadual, a incidência da majorante do emprego de arma prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova. A jurisprudência desta Corte, com respaldo em recentes precedentes do e. STJ, já firmou o entendimento de que, havendo mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo, nada obsta que as remanescentes sejam consideradas na primeira fase da dosimetria, como circunstâncias judiciais desfavoráveis. Mostra-se adequado o fechado para o início do cumprimento da pena, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais justificam a segregação inicial em regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal. A ausência de pedido de reparação de danos na peça inaugural, oportunizando ao réu se insurgir no momento oportuno, impede a fixação da indenização prevista no art. 387, IV, do CPP, sob pena de afronta ao contraditório e à ampla defesa. Recurso conhecido e parcialmente provido, em parte com o parecer. (TJMS. Apelação Criminal n.º 0005964-81.2016.8.12.0008, Rel. Des.ª Dileta Terezinha de Souza Thomaz, 3ª Câmara Criminal, Comarca de Corumbá, 16/08/2019).*

> *APELAÇÕES CRIMINAIS – CRIME DE ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I, e II DO CÓDIGO PENAL) – RECURSO MINISTERIAL – RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO REFERENTE AO EMPREGO DE ARMA – ACOLHIMENTO – LAUDO PERICIAL E APREENSÃO DA ARMA PRESCINDÍVEIS – REDIMENSIONAMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8 EM RAZÃO DA PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES (EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS) – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NÃO ACOLHIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – COM O PARECER, RECURSO MINISTERIAL PROVIDO – RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO.*

I - Causa de aumento – emprego de arma de fogo. O emprego de arma de fogo está devidamente comprovado, diante da palavra da vítima e do vasto conjunto probatório. Se por qualquer meio de prova, em especial a palavra da vítima, ficar comprovado o emprego de arma, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena. Para configuração da referida majorante, é dispensável a apreensão e perícia.

II – Imperativa a manutenção da condenação do Apelante pela prática do crime de roubo majorado, vez que o conjunto probatório demonstra claramente a autoria delitiva, especialmente pela informação precisa sobre a placa da motocicleta utilizada no crime, pelo reconhecimento fotográfico e depoimentos firmes e sólidos das vítimas em juízo. Em se tratando de crimes patrimoniais, a palavra da vítima assume particular relevância probatória, porquanto, na maioria das vezes, a ação delitiva é praticada na clandestinidade, longe da vista de testemunhas. (TJMS. Apelação Criminal n.º 0011961-03.2015.8.12.0001, Rel. Juiz Lúcio R. Da Silveira, 1ª Câmara Criminal, 15/05/2019).

Ademais, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 961.863/RS, firmou o entendimento de que é dispensável a apreensão e a perícia da arma de fogo para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem nos autos outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo.

Em observância aos precedentes, portanto, é pacífico o entendimento dos Tribunais Superiores no sentido de ser prescindível a apreensão e realização de perícia na arma de fogo para a incidência da respectiva majorante no delito de roubo, desde que existam outros elementos de prova, como na hipótese.

No presente caso, a vítima foi enfática ao declarar na fase policial e em juízo (fl.124) que houve o emprego ostensivo de arma de fogo, no momento da subtração, a qual foi utilizada pelo réu para intimidá-lo a entregar-lhe a sua moto.

Cumpre salientar que, em se tratando de crimes patrimoniais, a palavra da vítima assume particular relevância probatória, porquanto, na maioria das vezes, a ação delitiva é praticada na clandestinidade, longe da vista de testemunhas. Assim, quando o relato prestado pela vítima se mostra firme, coerente e harmônico com os demais elementos probatórios produzidos sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, inexistindo indícios a apontar a existência de qualquer mácula no depoimento da vítima ou animosidade entre ela e o acusado, seu depoimento torna-se capaz de sustentar o édito condenatório bem como na incidência da majorante ora analisada.

Portanto, considerando que no caso concreto há declaração segura da vítima atestando o seu emprego, a rejeição da pretensão recursal de afastamento da referida majorante é medida que se impõe.

Por fim, a pena-base deve ser redimensionada, posto que resta apenas uma circunstância desfavorável ao apelante, "maus antecedentes".

Assim, na primeira fase, utilizando-se o critério adotado pelo juiz sentenciante e considerando negativada a circunstância judicial de maus antecedentes, reduzo a pena-base para 4 anos e 9 meses de reclusão, readequando a pena de multa nos parâmetros adotados na sentença, restando em 54 (cinquenta e quatro) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, motivo pelo qual mantenho a pena-base anteriormente dosada.

Na terceira fase, inexistem causas de diminuição. Contudo, presente a causa de aumento pelo emprego de arma, motivo pelo qual aumento a pena em um terço (um ano e sete meses de reclusão e dezoito dias-multa), patamar adotado pela sentença. Assim, torno definitiva a pena de 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 72 (setenta e dois) dias-multa.

Recurso Ministerial

O *parquet* insurge-se contra a sentença, pleiteando a fixação de regime inicial no fechado, em razão das circunstâncias desfavoráveis – consequências do crime e maus antecedentes.

Melhor sorte não assiste ao órgão ministerial.

Veja-se que a pena do apelante foi fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão e superior a 4 anos, assim como a maior parte das circunstâncias judiciais amplamente favoráveis, pois das oito previstas no art. 59 do CP, apenas uma fora considerada negativa (maus antecedentes).

Desta forma, nos termos do art. 33, § 2º, "b" e § 3º do CP, entendo que o regime inicial semiaberto amolda-se perfeitamente ao sentenciado, pois não há nos autos nenhum indicativo concreto e idôneo para agravar o regime prisional imposto, devendo a sentença ser ratificada neste ponto.

No mais, mantenho a sentença em seus demais termos.

Por fim, quanto ao prequestionamento suscitado, tem-se que as matérias questionadas foram inteiramente a preciadas e debatidas, sendo desnecessária a indicação pormenorizada das normas legais correspondentes.

Diante do exposto, conheço de ambos os recursos e e em parte com o parecer, dou parcial provimento ao apelo de D. F. S. J., para reduzir a pena-base do crime de roubo majorado ante o afastamento da circunstância judicial relativa às consequências do crime, restando a pena definitiva em 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 72 (setenta e dois) dias-multa. Mantenho o regime semiaberto fixado na sentença. Ao recurso ministerial, nego-lhe provimento, contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, conheceram de ambos os recursos e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso da defesa e, contra o parecer, negaram provimento ao recurso do Ministério, nos termos do voto do relator.

Presidência do (a) Exmo (a). Sr (a). Desª. Elizabete Anache

Relator (a), o (a) Exmo (a). Sr (a). Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Tomaram parte no julgamento os (as) Exmos (as). Srs – (as). Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Emerson Cafure

Campo Grande, 30 de abril de 2021

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Criminal n.º 0042855-20.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – LESÃO CORPORAL GRAVE – ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – INOCORRÊNCIA – VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE – MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – COM O PARECER.

Diante do acervo probatório colhido nos autos, que comprovam a materialidade e autoria do réu pela prática delitiva, não há que se falar em absolvição por ausência de provas.

A culpabilidade deve ser entendida como sendo a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, pois se trata de um plus de reprovação da conduta do agente. No caso concreto, o juízo entendeu que a reprovabilidade da conduta do agente se mostrou acentuada, pois o crime foi praticado contra um adolescente.

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, com o parecer, conheceram do recurso e negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de abril de 2021

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli - Relator(a) do processo

RELATÓRIO

O (A) Sr(a). Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por I. S. V. contra a sentença do Juiz de Direito da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande, que, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva, o absolveu da imputação de infração ao artigo 3º, alínea 'i' (abuso de autoridade), e artigo 6º, §3º, 'a'; 'b'; e 'c', todos da Lei nº 4.898/1965, entretanto o condenou por infração ao artigo 209, §1º (lesão corporal grave), do Código Penal Militar, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, cuja pena foi suspensa pelo prazo de 02 (dois) anos.

A defesa requer, em síntese, a reforma da sentença para o fim de absolvê-lo por insuficiência probatória. Subsidiariamente, que a pena-base seja fixada no mínimo legal (fls. 241-253).

Contrarrazões do *Parquet* em fls. 258-270, pelo parcial desprovimento do presente recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 280-289).

VOTO

O (A) Sr(a). Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (Relator (a))

Trata-se de Apelação Criminal interposta por I. S. V. contra a sentença do Juiz de Direito da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande , que, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva, o absolveu da imputação de infração ao artigo 3º, alínea 'i' (abuso de autoridade), e artigo 6º, §3º, 'a'; 'b'; e 'c', todos da Lei nº 4.898/1965, entretanto o condenou por infração ao artigo 209, §1º (lesão corporal grave), do Código Penal Militar, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, cuja pena foi suspensa pelo prazo de 02 (dois) anos, em decorrência dos seguintes fatos narrados na denúncia (fls. 01-04):

> *Depreende-se do procedimento apuratório que, na data de 08 de julho de 2019, por volta das 11hrs, no Assentamento Itamarati, na cidade de Ponta Porã/MS, o denunciado Sd. V., ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, ofendeu a integridade corporal e a saúde de H. Q. M., incapacitando-o para suas ocupações habituais por mais de 30 dias e debilidade permanente de membro, sentido ou função.*
>
> *Consta nos autos que, na data e endereço supracitados, H. se deslocava em sua moto, quando foi abordado por um policial militar em trajes civis, Sd. V.*
>
> *Durante abordagem, o policial desferiu tapas no capacete da vítima, momento em que o capacete saiu de sua cabeça, assim, a partir desse momento, começou a desferir tapas e socos em seu rosto, costas e chutes na parte inferior da perna da vítima, causando-lhe lesões de natureza grave, descritas no Laudo de Exame de Corpo de Delito de fls. 78/79.*
>
> *Além disso, Sd. V. deu uma rasteira na vítima, que ocasionou queda ao chão. Após, pediu para que sentasse em cima de suas mãos e, nesse momento, falou que iria pegar seu irmão (I. Q. M.), quebrar ele no pau e o deixaria desconfigurado.*
>
> *Após as agressões, acionou o Destacamento militar. Quando a viatura chegou, a vítima foi colocada no banco de trás, o Sd. V. sentou do seu lado e a vítima foi conduzida até o destacamento com a arma do denunciado apontada em sua direção.*
>
> *No destacamento foi confeccionado o BO n° 484/2019, pelo motivo de falta de permissão ou habilitação para dirigir. Momentos após, o irmão da vítima chegou no destacamento, conversou com os policiais e H. foi liberado.*
>
> *Importa notar que o denunciado é agente público, de modo que a condenação acarretará a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até 3 (três) anos, conforme previsto da Lei de abuso de Autoridade.*

A defesa requer, em síntese, a reforma da sentença para o fim de absolvê-lo por insuficiência probatória. Subsidiariamente, que a pena-base seja fixada no mínimo legal (fls. 241-253).

<u>Das provas de materialidade e autoria</u>

O apelante afirma que não há provas suficientes para embasar o édito condenatório. Em que pese seu argumento, não lhe assiste razão.

A materialidade do delito está consubstanciada através da Portaria 00252/IPM/CORREG/PMMS/2019 (f. 08), Boletim de Ocorrência n. 484/2019 (f. 29-30), Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 52-53), do Laudo Pericial Complementar (fls. 89-90), bem como pelos depoimentos acostados ao feito.

No que se refere à autoria, esta é certa e recai sobre o apelante.

A vítima afirmou na fase extrajudicial (f. 12-13) que no dia dos fatos saiu de moto em direção a uma oficina mecânica e depois iria até uma obra onde seu pai estava. Entretanto, ao se aproximar da obra, deparou-se com um policial militar, em trajes civis, com seu veículo particular, o qual lhe mandou parar a moto, o que

foi obedecido. Que o policial ao lhe abordar desferiu tapas no capacete, o qual saiu de sua cabeça, lhe desferiu tapas e socos na face, nas costas e chutes na canela. A vítima narrou, ainda, que o apelante lhe deu uma rasteira e a fez cair no chão, mandando sentar-se em cima de suas mãos, bem como ameaçou bater em seu irmão. Que conhece o agressor como policial V. e que foi a primeira vez em que foi abordado por ele.

Disse, também, que ficou com lesões após os fatos narrados, consistentes em um dente quebrado na parte de trás de sua boca do lado esquerdo, e lesão na região interna de seu ouvido. Por fim, a vítima afirmou que sente medo de sofrer represálias do apelante, e está evitando sair à noite e ir até o Assentamento Itamarati.

Em juízo ratificou os fatos narrados na Delegacia, acrescentando que a perda auditiva, decorrente do tapa que levou do acusado, durou por cerca de 04 (quatro) meses e que ainda não pode arrumar o dente que foi quebrado em razão do soco que levou do acusado. Que no momento em que levou o soco estava chupando um pirulito, o que fez com que a pancada quebrasse seu dente (fls. 134).

Importa observar que as lesões informadas pela vítima foram corroboradas pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 52-53, que apontou que a vítima teve fratura no dente molar superior esquerdo e que relatou estar com perda auditiva esquerda. O Laudo Complementar (fls. 89-90) atestou que houve perfuração timpânica, que lhe causou incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias, e fratura do dente molar superior, que caracterizou debilidade permanente.

Ainda, corroborando a versão apresentada pela vítima, colheu-se o depoimento de seu irmão, ouvido como informante, I. Q. M., o qual narrou perante a autoridade policial (fls. 39-40), que viu a moto de seu irmão ser conduzida por um policial militar. Então, decidiu ir atrás e verificar o que havia acontecido. Ao chegar no destacamento da PM, foi informado que seu irmão teria sido detido e seria levado até a Delegacia de Ponta Porã, tendo perguntado se não poderia ser liberado e que o depoente se responsabilizaria por ele. Posteriormente, ao chegar em sua residência, a vítima lhe contou que foi agredida pelo policial, ora apelante. Que seus pais levaram a vítima até a delegacia para realizar o boletim de ocorrência. Em juízo (fls. 134), ratificou as informações prestadas em fase policial.

De outro norte, os Policiais D. A. B. (fls. 28-30 e fl. 176) e O. L. C. (fls. 32-33 e fl. 176) não presenciaram a abordagem, de modo que seus depoimentos não são aptos a comprovar se a vítima foi ou não agredida no momento da abordagem.

Já a testemunha V. B. R. (fl. 176) afirmou em juízo que viu o momento da abordagem, pois estava em cima de um telhado a cerca de 600 (seiscentos) metros de distância, mas não observou nenhuma agressão. Ora, a tal distância é perfeitamente compreensível que a testemunha não tenha sido capaz de perceber se houve ou não agressão, de modo que seu depoimento também não se mostra apto a esclarecer a dinâmica dos fatos.

Por fim, o acusado, em fase inquisitorial (fls. 17-18), afirmou que estava no Assentamento Itamarati se dirigindo até uma farmácia, pois estava de folga naquele dia, quando foi surpreendido pela vítima pilotando uma motocicleta, que quase colidiu em seu carro. Diante disso, a abordou e acionou a equipe de Polícia Militar para que fossem tomadas todas as medidas cabíveis.

Em juízo (fl. 176), ratificou os fatos narrados na Delegacia, negando qualquer agressão contra a vítima. Que a vítima estava com a região da boca avermelhada e que ao ser questionado pelo Policial que chegou para dar reforço, o menor/vítima respondeu que era por causa do pirulito que estava chupando. Afirmou que, em razão de ter começado a fazer uma fiscalização mais rigorosa naquela região do Assentamento, as pessoas que moravam ali passaram a ficar contra ele, o que teria motivado as falsas acusações.

Veja-se que a própria declaração feita pelo acusado corrobora parte da versão apresentada pela vítima, que relatou que estava chupando um pirulito no momento da abordagem e que com o soco no rosto que teria levado do acusado, veio a quebrar o pirulito e também o seu dente.

Assim, percebe-se que na verdade o acusado nega a autoria apenas por tática de defesa, posto que sua versão está desassociada do conjunto probatório, que, ao contrário do que defende o apelante, demonstra de

forma firme que a perda auditiva sofrida pela vítima foi ocasionada pelo tapa desferido pelo apelante, ao passo que a fratura do dente decorreu do soco em sua face, quando a vítima "chupava um pirulito".

A propósito, como bem salientado pelo Ministério Público Estadual "*o apelante negou a narrativa apresentada pela vítima, no entanto, ao ser indagado pelo representante do Parquet, não soube apresentar motivação plausível capaz de justificar a razão pela qual H. estaria imputando falsamente esses fatos criminosos a sua pessoa."*

Com efeito, verificando-se a firmeza e coerência da palavra da vítima em ambas as fases processuais, aliada à prova testemunhal e pericial que atestou as lesões e a incapacidade/deformidade por mais de trinta dias, bem como diante da ausência de justificativa plausível apresentada pela defesa acerca do motivo pelo qual a vítima estaria lhe imputando fatos criminosos, não há com se acolher o pedido de absolvição por insuficiência probatória.

No mesmo sentido:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CRIME DE LESÃO CORPORAL – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.* ***I - Não cabe a absolvição pelo delito de lesão corporal, se a autoria restou provada em face da palavra da vítima, na fase extrajudicial e da testemunha colhida em juízo sob o crivo do contraditório e ampla defesa, bem como pelo laudo de Exame de Corpo de Delitos de f. 12/21****. II- Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, eis que o Apelante não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do CP, pois o delito foi cometido com violência física e grave ameaça contra a vítima. Com o parecer, recurso desprovido. (***TJMS****. Apelação Criminal n. 0001458-14.2011.8.12.0016, Mundo Novo, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 01/03/2016, p: 08/03/2016)*
>
> *APELAÇÃO – PENAL – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA –* **PALAVRA DA VÍTIMA, PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL – CONDENAÇÃO MANTIDA** *– ALEGADA DE AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO – CRIME FORMAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA – INCABÍVEL – NÃO PROVIMENTO. (***TJMS***. Apelação Criminal n. 0034110-95.2012.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 23/03/2015, p: 08/04/2015)*
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIDA – PALAVRA DA VITIMA CORROBORADA POR DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS - MÍNIMO INDENIZATÓRIO – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO – PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA – JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO – SÚMULAS 54 E 362 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.* ***I - É cediço que em crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, os quais são praticados quase sempre na clandestinidade, longe dos olhos de possíveis testemunhas, as palavras da vítima ganham relevante importância, mormente quando, além de harmônicas e seguras, restarem corroboradas por outros elementos de convicção, tal como ocorre na hipótese dos autos.*** *II - O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a imposição, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, requer a dedução de um pedido específico, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa. Ademais, recentemente a Corte Superior, no julgamento dos REsp nº 1675874/MS e REsp 1643051/MS, julgado no dia 28/02/2012 e publicado no DJe 08/03/2018, consolidou o entendimento de que, o pedido expresso por parte do Ministério Público ou da ofendida, na exordial acusatória, é suficiente, ainda que desprovido de indicação do seu quantum, de sorte a permitir ao juízo sentenciante fixar o valor mínimo a título de reparação pelos danos morais, sem prejuízo, evidentemente, de que a pessoa interessada promova, no juízo cível, pedido complementar, onde, então, será necessário produzir prova para a demonstração do valor dos danos sofridos, bem como que o Juiz sentenciante, a partir dos elementos de prova que o levaram à condenação, fixe o valor mínimo a título de reparação dos danos morais causados pela infração perpetrada, não sendo exigível produção de prova específica para aferição da profundidade e/ou extensão do*

*dano. Desta forma, considerando o exposto acima e a natureza da lesão corporal sofrida pela ofendida, mantém-se o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) fixado na sentença. III - Por fim, nos termos das Súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça, os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês devem incidir desde a data do evento danoso e a correção monetária à partir da data do arbitramento pelo IGPM/FGV. IV – Com o parecer, recurso improvido. (***TJMS**. *Apelação Criminal n. 0050283-92.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 05/04/2018, p: 06/04/2018)*

Nessa senda, em que pese a negativa de autoria do crime pelo apelante, entendo que esta encontra-se dissociada dos demais elementos angariados durante a instrução processual, sobretudo pelas provas judiciais produzidas, as quais são harmônicas em apontar o acusado como autor do delito.

Como corolário, o não provimento do apelo é providência que se impõe.

Da pena-base

Inicialmente, requer o Apelante a reforma da pena-base, para que seja fixada no mínimo legal, sob o argumento que as circunstancias judiciais foram mal valoradas.

O princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada uma das circunstâncias judiciais seja analisada à luz de elementos concretos, extraídos da prova dos autos, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal, evitando-se assim a vedada duplicidade.

Diante disso, cabe ao magistrado, no exercício de sua discricionariedade-motivada, dosar o *quantum* da pena-base, em observância aos ditames previstos no art. 59, do CP, reconhecendo aquilo que for cabível para a reprovação e prevenção do crime.

Não obstante, tal poder do magistrado não é livre, devendo ser vinculado à lei e devidamente fundamentado, sob pena de ferir o princípio constitucional da individualização da pena, acima descrito.

No presente caso, o juízo *a quo* assim fixou a pena-base do Apelante (flS. 142-143):

"Em atenção ao art. 69 do CPM, verifica-se que a reprovabilidade da conduta do acusado revelou-se elevada, haja vista que a ofensa física foi praticada contra um adolescente. Obviamente, não se pode reprovar igualmente lesões corporais praticadas em pessoas maiores de idade com aquelas que são cometidas contra um adolescente. *Por essa razão, fixa-se a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, sanção considerada definitiva ante a inexistências de circunstâncias legais e/ou causas de aumento ou de diminuição da pena.*

Quanto à aplicação da atenuante descrita no artigo 72, II (ser meritório o seu comportamento anterior), do Código Penal Militar, leciona G. de S. N.: "tratando-se de crime ligado ao dever militar, pode-se constatar o comportamento meritório anterior pela vida pregressa funcional do servidor. Mas não só. Essa expressão equivale à conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal comum, significando o papel do acusado na comunidade, antes do cometimento do crime. Por isso, sejam militares ou civis, deve-se verificar quem era o agente até a data dos fatos, apurando-se elementos positivos ou negativos1".

Sem delongas, o acusado não faz jus ao reconhecimento da atenuante, pois não foram produzidos elementos de prova que pudessem propiciar a análise acerca da referida atenuante." Destaquei

Verifica-se, portanto, que o juízo exasperou a pena-base por considerar elevada a reprovabilidade da conduta, ou seja a culpabilidade do agente.

Justamente, a culpabilidade refere-se à censurabilidade da conduta, ao grau de reprovabilidade social da ação, diante dos elementos disponíveis no caso concreto.

Sobre tal circunstância, leciona R. A. S. (Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, pág. 130-131):

> *"O exame da culpabilidade servirá para aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em decorrência da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível pelo agente, na situação em que o fato ocorreu.*
>
> *A culpabilidade deverá ser entendida como sendo a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, pois se trata de um plus de reprovação da conduta do agente, que deverá contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, os termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal..."*

No presente caso, mostra-se idônea a valoração negativa das circunstâncias do crime, haja vista a lesão ter sido praticada contra a vítima adolescente, não podendo ser consideradas ínsitas ao tipo penal.

Nesse sentido:

> *PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – HOMICÍDIO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENOR. DOSIMETRIA – PENA-BASE – VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA MENORIDADE RELATIVA – FRAÇÃO DE REDUÇÃO INFERIOR A 1/6 – AGRAVANTE DO MOTIVO FÚTIL – AUMENTO SUPERIOR A 1/6 – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS QUANTO À SEGUNDA FASE – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.* ***2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.*** *3.* ***No que toca à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito.*** *4. No caso, quanto ao crime de homicídio, as instâncias destacaram os vários golpes sofridos pela vítima, a frieza com que o crime foi cometido, tratando-se, ainda, de delito premeditado. Conforme o entendimento consolidado no âmbito desta Corte, "a premeditação constitui elemento idôneo a justificar o desvalor das circunstâncias do delito, pois denota maior gravidade da infração penal" (EDcl no AgRg no AREsp 633.304/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 3/5/2017). 5. Já na dosimetria da pena-base do crime de corrupção de menor foi mantida a valoração negativa da culpabilidade, sob o fundamento de que o adolescente corrompido era filho do primeiro paciente e irmão do segundo. Sem sombra de dúvida, o forte vínculo de parentesco com o adolescente induzido à prática do crime torna a conduta dos pacientes mais repreensível.* ***6. No que diz respeito às consequências do crime de homicídio, destacou-se que a vítima era um adolescente de 14 anos, o que, inegavelmente, torna o delito mais reprovável. É cediço que a idade da vítima pode ser levada em consideração para a exasperação da pena-base.*** *7. Quanto à segunda fase, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em*

razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior ou inferior a 1/6 para agravar ou atenuar, respectivamente, exige motivação concreta e idônea, o que não ocorreu no caso. 8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com o fim de reduzir a pena imposta ao primeiro paciente para 19 anos e 10 meses de reclusão e a reprimenda estabelecida para o segundo paciente para 17 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão. (HC 614.998/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020)

Destarte, a sentença não merece qualquer reparo.

Diante do exposto, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do (a) Exmo (a). Sr (a). Desª. Elizabete Anache

Relator (a), o (a) Exmo (a). Sr (a). Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Tomaram parte no julgamento os (as) Exmos (as). Srs (as). Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 26 de abril de 2021.

***

Noticiário



Eficiência no Judiciário estará na estreia do programa Mérito da Questão



O primeiro programa Mérito da Questão traz uma entrevista com o presidente do TJMS, Desembargador Carlos Eduardo Contar, sobre a eficiência na gestão do Poder Judiciário do Estado. Entre os esclarecimentos concedidos estão a realidade em relação à força de trabalho, movimentação processual e indicadores de produtividade, como aproveitar melhor os recursos disponíveis para o cumprimento da função da instituição, as novas tecnologias aplicadas para garantir celeridade, os avanços e os próximos desafios.

A exibição dessa edição de estreia será nesta terça-feira, dia 6 de julho, às 19 horas, na TV Assembleia, canal 9 da NET em Campo Grande e pelo canal 9 (via Cabo TV) em Dourados. A cada 15 dias, um novo assunto estará no ar.

O Mérito da Questão vai abrir as portas do Poder Judiciário para que a população conheça mais sobre seus direitos, deveres e como funciona a justiça em Mato Grosso do Sul. Ainda nessa novidade, juízes e desembargadores apresentarão serviços, ações e projetos de forma instrutiva e como o trabalho do tribunal estadual opera em defesa da cidadania.

https://www.youtube.com/watch?v=47Fx4H55WGI&t=959s

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ libera crédito direto a herdeiros de precatórios de pequeno valor - 05/04/2021



Foi publicada no Diário da Justiça da última terça-feira (30), a Portaria n. 1988, editada pelo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS), cujo texto determina o pagamento de valores de pequena monta em precatórios onde o credor/beneficiário é falecido, autorizando a liberação dos créditos diretamente aos sucessores, independentemente de inventário ou arrolamento.

A edição da portaria considerou a recomendação do Conselho Nacional de Justiça, da necessidade de tornar mais efetivas as condenações suportadas pela Fazenda Pública, assegurar a razoável duração do processo, a celeridade de sua tramitação, objetivando também desburocratizar procedimentos.

De acordo com o Vice-Presidente do TJ, "a Lei 6.858/1980, a Lei 8.213/1991 e o Decreto 85.845/1981, autorizam a liberação de valores diretamente aos herdeiros, se não houver outros bens a inventariar, independentemente de inventário ou arrolamento, para levantamento de valores de pequena monta, no máximo 500 OTN, o que hoje seria em torno de R$10.778,19. Nada obsta, a meu juízo, como forma simplificadora, efetiva e econômica, pois os credores evitariam o pagamento com inventários, que a legislação seja aplicada na liberação de créditos no procedimento precatório".

A diretora do Departamento de Precatórios, Monica Vogl, comenta que existem no Tribunal precatórios nos quais os créditos são inferiores a R$ 10.778,19 e os credores não receberam por falta de condições de abrir inventário/arrolamento ou porque ainda não finalizaram o inventário para recebimento somente do valor do precatório.

Vale lembrar que a liberação dos valores será realizada caso não existam outros bens a inventariar, até o valor de 500 BTN's, que serão apurados nos termos do REsp. 1.168.625/MG, na data da liquidação do precatório.

Além disso, estes valores de precatórios estão isentos do pagamento de Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD, nos termos das Lei Estadual n. 1.810, de 22/12/1997.

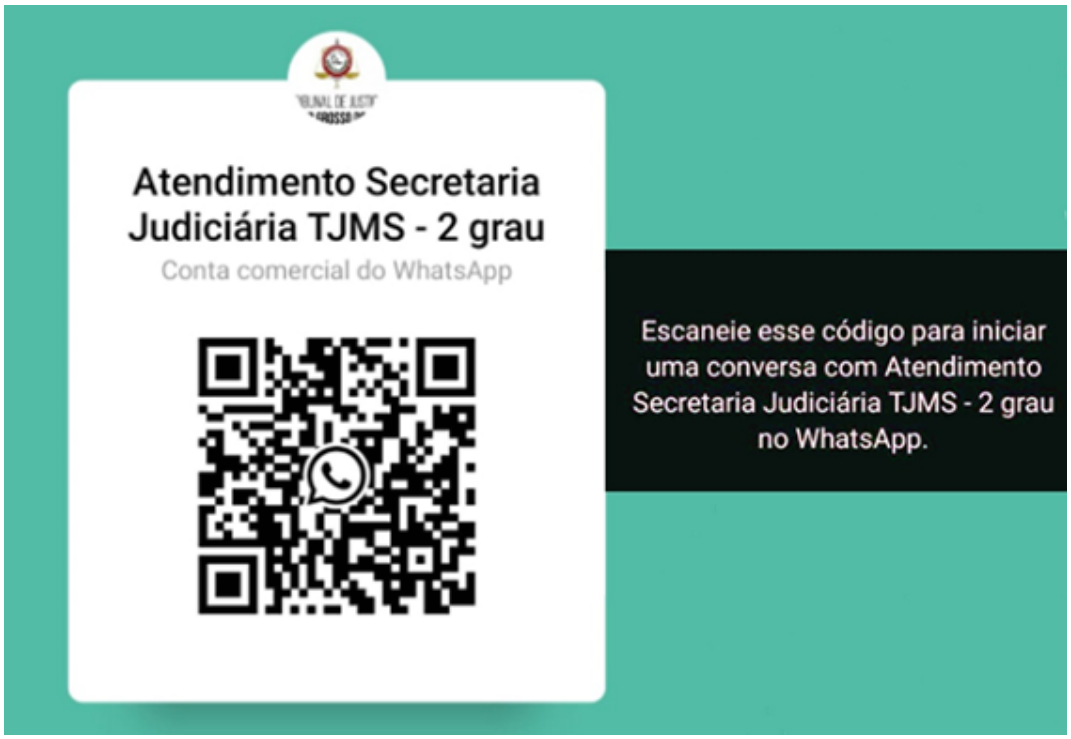
Saiba mais – O pedido será instruído com os documentos pessoais dos dependentes/sucessores (RG, CPF); certidão de óbito comprovando o falecimento do credor/beneficiário; certidão de casamento, se for o caso, e comprovação de inexistência de outros sucessores e de outros bens sujeitos a inventário.

A comprovação de inexistência de outros sucessores e de outros bens poderá ser feita por meio de declaração firmada pelos interessados, sob pena de responderem às sanções previstas no Código Penal e demais cominações legais aplicáveis, em caso de falsidade.

Já as cotas atribuídas a menores ficarão depositadas em caderneta de poupança e só serão disponibilizadas com autorização judicial.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS disponibiliza novo canal de atendimento em 2º Grau - 05/04/2021



Você sabia que a Secretaria Judiciária do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul tem um novo canal de comunicação com a população e partes dos processos? Então saiba que entrou em teste na última semana o canal de atendimento da Secretaria Judiciária TJMS – 2º grau no WhatsApp.

A ideia, segundo o diretor da Secretaria Judiciária, Sérgio Getúlio Silva Jr., surgiu da necessidade de se criar um canal que aproximasse o cidadão da justiça, atendesse rapidamente suas demandas judiciais e permitisse um atendimento de qualidade.

"Com a necessidade da implantação do teletrabalho, causada pelo agravamento da pandemia, percebemos que várias instituições disponibilizaram um canal que permite todo tipo de atendimento rápido,

não sendo este necessariamente o telefone. Assim, criamos o canal pelo aplicativo de mensagem e, no segundo dia de atendimento, já percebemos o quanto a sociedade estava carente dessa proximidade", explicou o diretor.

De acordo com Sérgio, que atende pessoalmente a demanda do novo canal, em três dias de testes a procura mostrou-se diversificada. "Alguns querem saber como solicitar a sustentação oral em sessão de julgamento, outros desejam informações sobre custas judiciais de segundo grau, mas a maioria é sobre certidões e andamento dos autos", explica ele.

Diante das respostas dos atendimentos, o diretor acredita que o novo canal está servindo ao seu propósito de atender quem precisa dos serviços da justiça de segundo grau com celeridade. "Feitos os atendimentos, as pessoas nos agradecem e parabenizam pela iniciativa, então acredito que estamos sim com uma prestação jurisdicional de qualidade, na agilidade que a parte precisa", completou.

Passada a fase de testes, uma servidora será capacitada para ser responsável pelo atendimento correto das demandas no canal do aplicativo de mensagens.

"Antes do novo canal, as pessoas ligavam em ramais diversos e explicavam suas demandas. Eram transferidos, às vezes, mais de uma vez em diferentes setores, tornando a procura exaustiva e demorada. Não queremos que isso continue. Com a demanda em mãos, basta acionar o canal e direcionaremos imediatamente para o setor correto. Simples e eficaz", concluiu Sérgio.

Funcionamento – Para facilitar o acesso ao novo canal, o link https://wa.me/message/6XXHEFIF2EAAG1 foi disponibilizado no menu Telefones Úteis, permitindo adicionar o novo canal em qualquer aparelho celular que tenha instalado o aplicativo de mensagem.

Outra ação que auxiliará na conexão é a disponibilização no portal do Tribunal de Justiça de um QRCode, que é uma espécie de código de barras bidimensional, facilmente escaneado pela câmera da maioria dos telefones celulares, que converterá as informações no endereço do novo canal.

Quando acionado, o canal de atendimento dispara automaticamente uma mensagem: Seja bem-vindo (a) à Sec. Judiciária. Este canal de atendimento é exclusivo para informações processuais de 2° grau de jurisdição (processos em trâmite nas Câmaras, Seções e Órgão Especial).

- Se for processo em 1° grau você deve entrar em contato no fórum da comarca;

- Se deseja falar sobre precatórios, ligar no 3314-1727;

- Se for recursos de competência da Vice-Presidência, você deve ligar 3314-1418.

Para continuar o atendimento, por gentileza, informe o número do processo e a informação desejada.

Durante o atendimento, outras informações são acrescidas como, por exemplo: Para requerer sustentação oral ou antecipação de julgamento você deve acessar http://www5.tjms.jus.br/institucional/plenarios-virtuais.php e seguir todas as orientações descritas na página.

Entre os encaminhamentos está: Se seu processo já está incluído na pauta do julgamento telepresencial, repassaremos sua solicitação para a Coord. de Apoio às Sessões. Se necessário mais informações, você pode entrar em contato pelo telefone 3314-1628.

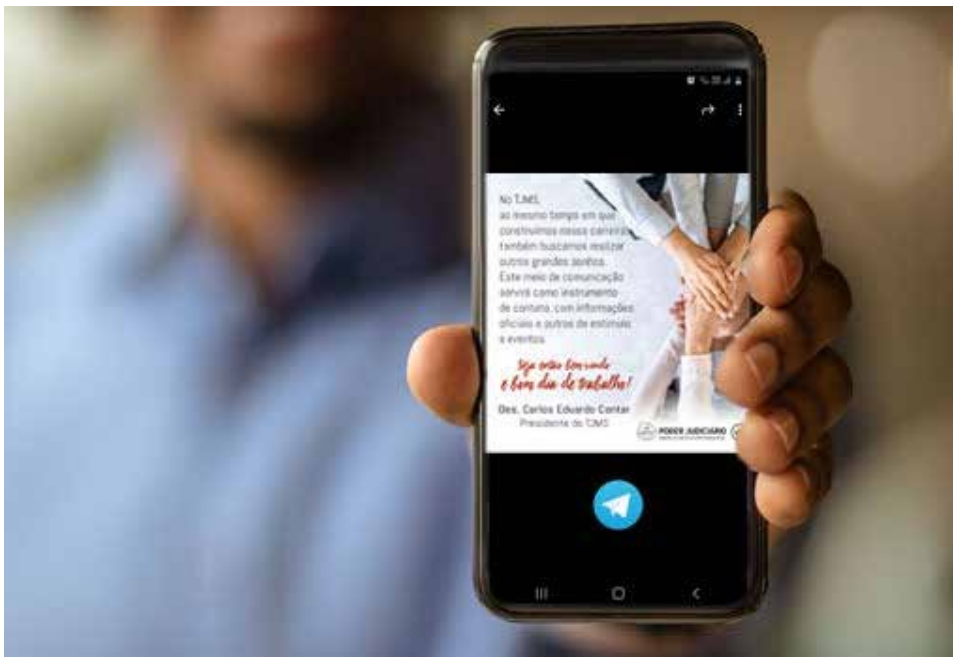
Precisa de certidão? O canal informa como proceder: Para emitir guias de custas de 2°grau você pode acessar o portal e-SAJ pelo endereço http://esaj.tjms.jus.br/e-SAJ. Para mais informações entrar em contato com a Distribuição de 2° Grau pelo telefone 3314-1422 ou (67) 99256-4696.

Necessita de documentos? A informação é esclarecedora: Como você solicitou a expedição de ofício/mandado, repassaremos o número de seu processo para a coordenadoria de expedição providenciar. Gentileza acompanhar pela movimentação processual no portal e-SAJ.

Se a informação que a pessoa precisa é de outro setor que não da Secretaria Judiciária, o canal direciona o atendimento: Se você precisa de informações sobre o edital publicado pelo Departamento de Precatórios, você deve enviar um e-mail para processamentodeprecatorios@tjms.jus.br

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Lançado novo canal de relacionamento interno do TJMS - 06/04/2021



Foi lançado o novo canal de relacionamento interno do TJMS pelo serviço de mensagens instantâneas "Telegram Messenger". O canal pretende se transformar numa importante ferramenta de comunicação da Presidência do Tribunal de Justiça com seus colaboradores. Por meio dele, serão encaminhados conteúdos diários com dicas, avisos institucionais, motivação, encorajamento e muito mais. A primeira mensagem encaminhada traz um texto de boas-vindas aos participantes do grupo.

A fim de garantir a efetividade das informações, o conteúdo será de mão única, ou seja, não está focado em interatividade e sim numa forma da Presidência estar mais próxima, num contato direto com todos os servidores do Poder Judiciário.

Quem ainda não está participando do grupo precisa realizar seu cadastro pelo link https://forms.gle/H9L38KB3KfGGS7vb6. É necessário também baixar o "Telegram Messenger" em seu celular para começar a receber as mensagens. Aliás, a opção por este aplicativo foi justamente porque ele permite a formação de um grupo com grande número de integrantes, como é o caso do Tribunal.

O canal está alinhado com o que prevê a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Seus dados serão utilizados apenas para melhorar a comunicação interna da instituição e não serão usados com outra finalidade. O questionário a ser preenchido no cadastro solicita dados pessoais específicos que precisam ser informados e autorizados para o uso. Estes dados são importantes para que seja possível personalizar as comunicações, de acordo com os públicos internos e seus interesses.

A guarda dos dados ficará a cargo da Secretaria de Tecnologia da Informação e da Secretaria de Comunicação do TJMS e não serão disponibilizados para qualquer outro fim ou pessoa.

Caso queira deixar o canal posteriormente, basta informar a decisão encaminhando e-mail para encarregado@tjms.jus.br ou rp@tjms.jus.br.

Sua participação é indispensável!

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ inicia consultoria para certificação nas normas ISO 9001 e ISO 37001 - 08/04/2021



Com o objetivo de implantar um Sistema de Gestão Integrado de Qualidade e Antissuborno, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul contratou, pelo período de 36 meses, a empresa TNQ Consultoria e Treinamento a fim de atender aos requisitos das normas ISO 9001:2015 e ISO 37001:2016. A certificação é uma das metas do presidente do TJMS, Des. Carlos Eduardo Contar, para o biênio 2021/2022.

Para o procedimento de certificação nas normas, o primeiro passo foi a contratação da consultoria, que está assessorando diretamente o órgão na padronização dos procedimentos operacionais e no desenvolvimento e implantação dos requisitos internacionais exigidos.

Saiba mais – A ISO – International Standardization Organization - é uma organização internacional independente e não governamental, fundada em 1946 e sediada em Genebra, na Suíça, que reúne especialistas para compartilhar conhecimentos e desenvolver padrões internacionais com especificações de classe mundial para produtos, serviços e sistemas, com o objetivo de garantir qualidade, segurança e eficiência relevantes para o mercado, às empresas e organizações públicas e privadas. Sempre com o foco na inovação, oferecem soluções para os desafios globais.

A ISO já publicou mais de 22 mil padrões internacionais, de uso mundial, abrangendo quase todas as indústrias, desde tecnologia até segurança alimentar, agricultura e cuidados de saúde.

Dentre todos os padrões, destaca-se a Norma ISO 9001:2015, hoje a norma com o maior número de organizações certificadas em todo o mundo, por ser aplicável a todo tipo de organizações públicas e privadas, indústria, comércio e serviços. O certificado tem validade de 3 anos e, após esse prazo, é necessária uma nova

auditoria de certificação (recertificação) para verificar a evolução do Sistema de Gestão da Qualidade e quais foram as melhorias realizadas nesse período.

A ISO 37001:2016 tem por objetivo apoiar as organizações a combater o suborno, a partir de uma cultura de integridade, transparência e conformidade com as leis vigentes, com o auxílio de requisitos, políticas, procedimentos e controles adequados para lidar com os riscos de suborno. Esta certificação pode não garantir a erradicação do suborno, mas auxilia as organizações a implementarem medidas eficazes para preveni-lo.

Ineditismo – Em junho de 2018, o gabinete do Desembargador Carlos Eduardo Contar, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, conquistou o primeiro ISO 9001 entre todos os órgãos públicos de MS. A mais importante certificação de Sistema de Gestão de Qualidade (SGQ) no mundo foi concedida após auditoria realizada pela Quality Management System Certification Services, empresa de origem australiana, organismo acreditador habilitado pela International Standardization Organization (ISO).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ julga inconstitucional a afronta ao princípio da livre associação sindical de ambulantes - 08/04/2021



Por unanimidade, os desembargadores do Órgão Especial julgaram parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), proposta pelo Ministério Público, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 225/2014, que dispõe sobre a atividade de vendedor ambulante nos terminais de transbordo na Capital. Conforme o acórdão, foi declarada a inconstitucionalidade material do § 1º, do art. 4º, da referida lei, por ofensa ao artigo 1º, inciso II, da Constituição do Estado de MS, apenas na parte que condiciona a concessão da licença de vendedor ambulante nos terminais ao cadastro na entidade oficial representativa da classe.

Sustenta o MP que a Lei Municipal n. 225/2014, de iniciativa da Câmara Municipal, regulamenta matéria atinente à competência privativa do chefe do Poder Executivo municipal por tratar de assunto administrativo relativo à criação de novas funções para a Agência Municipal de Transporte e Trânsito (Agetran), órgão

subordinado à estrutura do Município de Campo Grande, majorando despesas para a constituição de corpo técnico responsável pela gestão e fiscalização das novas atribuições impostas.

De acordo com a ação, a inconstitucionalidade seria formal, em razão de a lei abordar tema de competência privativa do chefe do Poder Executivo municipal, e material, por afronta ao princípio da livre associação sindical.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação, porém os julgadores consideraram procedente somente a parte que condiciona a concessão da licença de vendedor ambulante nos terminais ao cadastro na entidade oficial representativa da classe.

Defendeu ainda o Parquet que o vício de iniciativa ocorre porque a lei autoriza a utilização de bens municipais - terminais de transbordos - por vendedores ambulantes para comercialização no varejo de mercadorias do gênero alimentícios, indumentárias, artigos de utilidades e todo mais que for autorizado para comércio aos usuários do transporte público.

Para o relator do processo, Des. João Maria Lós, não tem razão o órgão ministerial ao apontar que a lei municipal cria novas funções para Agência Municipal de Transporte e Trânsito (Agetran), órgão subordinado à estrutura do Município, majorando despesas para a constituição de corpo técnico responsável pela gestão e fiscalização das novas atribuições.

"Ao contrário do que quer fazer crer o autor da ação, a norma não criou novas funções para a Agetran. Verifica-se que apenas estabelece diretrizes para a utilização de bens públicos, ou seja, dita normas para que sua utilização se dê de forma ordeira e civilizada, preservando os direitos de todos que frequentam o local", escreveu em seu voto.

Para o desembargador, a lei atacada estabelece que a fiscalização e concessão de licença deve ser feita por órgão competente, indicado pelo Poder Executivo Municipal, o que é diferente de criar novas funções e despesas. "É certo que o ato de conceder licenças e exercer a fiscalização já estão inseridos nas atribuições da Prefeitura Municipal e nas competências dos órgãos que a integram", completou o magistrado.

Por fim, apontou o MP ofensa ao princípio da livre associação sindical, visto que a Lei n. 255/2014 estabeleceu a necessidade de cadastro, em entidade oficial representativa da respectiva classe, como condição para licenciamento ao desempenho do trabalho de ambulante no interior dos terminais de transbordo municipais.

O relator destacou que a liberdade sindical é direito subjetivo, a qual é conferida a cada pessoa de ingressar em um sindicato ou dele sair, sem determinações injustificáveis, expressando-se como direito de sindicalização daqueles que preenchem determinados requisitos adequados.

"A obrigatoriedade de se manter vinculado à entidade oficial é suficiente para configurar ofensa aos mencionados princípios, resguardados pelo art. 1º, inciso II, da Constituição Estadual, haja vista que os efeitos do não cumprimento do requisito estabelecido na lei obsta a concessão do licenciamento, o que impede que o comerciante exerça suas atividades no interior dos terminais. Por tais razões, julgo parcialmente procedente a ação", concluiu o Des. João Maria Lós.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Projeto Protetivas On-line conquista o primeiro lugar no Ideathon - 09/04/2021



O resultado do Ideathon, competição idealizada pelo Laboratório de Inovação e Inteligência da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB Lab), foi divulgado na noite desta quinta-feira (8) e as juízas Helena Alice Machado Coelho e Jacqueline Machado conquistaram o primeiro lugar com o projeto Protetivas On-line.

A competição de iniciativas inéditas, abrangendo todo o país, objetivou desenvolver sistemas e produtos para a justiça brasileira, permitindo auxiliar o acesso ao Judiciário para mulheres vítimas de violência e mais uma vez as magistradas sul-mato-grossenses mostraram que realizam um trabalho de vanguarda.

Ao falar sobre o prêmio, a juíza Helena Alice, que responde pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, fez um agradecimento especial para o diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal de Justiça de MS, Altair Junior Ancelmo Soares, e à equipe de TI pelo apoio tecnológico que permitiu a criação do Protetivas On-line.

"Eles foram parceiros essenciais. É muito gratificante ver um trabalho pioneiro ser reconhecido nacionalmente e saber que nossa iniciativa pode auxiliar mulheres vítimas em todos os cantos de Brasil, já que a proposta pode ser copiada pela justiça de outros estados. Feliz demais", afirmou a coordenadora.

A juíza Jacqueline Machado, da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Campo Grande, também lembrou da equipe de TI e garantiu que é sempre uma alegria ter um projeto reconhecido e valorizado.

"Ainda mais quando esse projeto surge num momento tão difícil, no meio de uma pandemia, em que muitas mulheres estavam tendo dificuldades para acessar o sistema de justiça. Saber que ele pode ser replicado em cada canto deste país é uma satisfação. Este é um projeto que salva vidas e esse é o nosso grande prêmio", afirmou.

Não se pode deixar de mencionar que as magistradas receberam auxílio da assistente social judiciária Vanessa Vieira e da analista judiciária Anne Klean Mendes, ambas colaboradoras da Coordenadoria da Mulher, além da equipe da Secretaria de Comunicação do TJMS.

O tema escolhido pelas juízas foi "a efetivação das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e uma prestação jurisdicional célere". Importante destacar que o Protetivas On-line foi criado justamente para mulheres/vítimas que não conseguem dirigir-se até o atendimento na Casa da Mulher Brasileira, em busca de medida protetiva. Assim, surgiu a ideia de disponibilizar o serviço pela internet.

Novo serviço do portal do TJMS, o Protetivas On-line é um canal gratuito de atendimento que pretende ser um recurso rápido e de fácil acesso às mulheres que estão sofrendo algum tipo de violência dentro de casa no período de pandemia, no qual o distanciamento social tem diminuído, muitas vezes, as possibilidades de buscarem ajuda.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Condomínio não pode proibir animal de estimação apenas por tamanho - 12/04/2021



A proibição genérica de cachorros de grande porte no regimento interno de condomínio foi tema de apelação cível julgada pela 3ª Câmara Cível do TJMS. O condomínio apelante pretendia modificar a sentença que permitiu a permanência de um animal de estimação da raça Bernese, sob o argumento de que o proprietário do animal estaria desrespeitando o regimento interno do prédio que veta cães de grande porte. No entanto, os desembargadores mantiveram a decisão de 1º grau, sob o argumento de que a manutenção do animal por si só não demonstra qualquer risco, de modo que a norma se mostra desarrazoada.

O proprietário do animal de estimação ingressou com a ação que tramitou na 13ª Vara Cível de Campo Grande, na qual sustentou que adquiriu um apartamento no condomínio réu em maio de 2017, quando o regimento interno do condomínio ainda não havia sido aprovado. Afirma que, quando se mudou, foi informado que a manutenção de animais nas dependências do prédio resultaria em multa, exceto cães de pequeno porte, peixes e pássaros pequenos.

No entanto, ele possui um cão de porte grande que pertence a sua família desde filhote, sendo criado juntamente com sua filha pequena. O autor salientou na ação que não utiliza os elevadores e transita com o animal pelas escadas, pois seu apartamento fica no primeiro andar. Afirma também que não utiliza as passarelas ou qualquer saída do edifício, somente a garagem no subsolo ou caminha com o animal em área privativa do bosque anexo ao prédio, sempre se responsabilizando pelo recolhimento adequado de suas fezes.

A sentença de 1º grau julgou procedente o pedido do autor, confirmando a tutela provisória de urgência para condenar o condomínio a autorizar a entrada e permanência do cachorro, vetando a aplicação de multa constante no seu regimento interno, unicamente pelo tamanho do animal.

No recurso, o condomínio sustentou a necessidade de obediência do regimento interno, sob o argumento de que o direito de propriedade não é absoluto, devendo ser preservado o direito a saúde, sossego e segurança da coletividade.

Conforme analisou o relator do recurso, Des. Paulo Alberto de Oliveira, de um lado, a lei permite ao condômino usufruir de sua unidade autônoma, "segundo suas conveniências e interesses, condicionado às normas de boa vizinhança: e do outro há a norma do condomínio que permite ao morador manter até dois animais de pequeno porte no seu apartamento. No entanto, a regra condominial não possui caráter absoluto, podendo ser relativizada quando contrária à ordem constitucional, à ordem pública, à boa-fé, aos princípios gerais do direito e ao princípio da razoabilidade".

Nesse sentido, explicou o desembargador que eventual restrição deve ser analisada em cada caso e, sobre o tema, ele citou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que decidiu que a convenção de condomínio não pode proibir de forma genérica a criação e guarda de animais de qualquer espécie quando o animal não apresentar risco.

O relator cita que, conforme entendeu o juízo de primeiro grau, não há como reconhecer que a manutenção do cachorro do autor, por ser de grande porte, por si só, cause prejuízo aos demais condôminos. Somando-se a demonstração nos autos que, por outro lado, trata-se de um animal vacinado, adestrado, além de muito dócil, tampouco há provas de que o cachorro perturbe os vizinhos.

Assim, concluiu o relator que "diante do conjunto probatório dos autos, não se afigura razoável a restrição ao direito de propriedade do apelado frente à regra genérica – acerca do tamanho dos animais – prevista no regulamento interno do condomínio, de modo que tem direito o autor-apelado de entrar e permanecer com o seu animal no condomínio".

Na sessão virtual de julgamento, os desembargadores, por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir os honorários de sucumbência de R$ 5.000,00 para R$ 2.500,00.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça de MS profere primeiras decisões sobre criminalização do “stalking” 13/04/2021



A conduta de perseguir uma pessoa, de forma ameaçadora, seja pela internet ou pessoalmente, conhecida como stalking (do inglês to stalk = perseguir), tornou-se crime tipificado pela Lei n. 14.132, que entrou em vigor no dia 1º de abril. A nova lei prevê pena de reclusão de seis meses a 2 anos, e a pena pode ser aumentada em até 50% quando o crime for cometido contra mulheres, crianças, adolescente e idosos.

De acordo com a nova lei, passou a ser considerada uma conduta criminal o ato de perseguir alguém reiteradamente, seja pessoalmente ou pela internet, ameaçando a integridade física ou psicológica da vítima, restringindo a capacidade de locomoção ou de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua liberdade ou privacidade.

A perseguição pode se dar pelo envio de mensagens no celular ou pelas redes sociais, visitas repentinas na residência da pessoa, ou no seu local de trabalho, entre outras situações que causem um incômodo tão grande que a pessoa perseguida passa a ter medo de sair de casa, por exemplo, perdendo sua liberdade.

No Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, as primeiras decisões embasadas na Lei n. 14.132/2021 começaram a ser proferidas. O juiz Alessandro Leite Pereira, da 4ª Vara Criminal de Dourados, foi autor de duas delas na semana passada.

Na análise do magistrado, “a nova lei veio para preencher uma lacuna até então existente na legislação pátria acerca da violência psicológica causada pela perseguição, como também para incrementar a pena cominada àquelas condutas que podiam ser enquadradas como a prática da contravenção penal de perturbação da tranquilidade, então punida com prisão simples de quinze dias a dois meses”.

Comenta o magistrado que a alteração legislativa proporciona maior proteção às pessoas vítimas de perseguição, pois agora a conduta é apenada com detenção de 6 meses a 2 anos, e multa, “sanção aumentada de metade se o crime é cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino, assim entendido o delito que envolve violência doméstica e familiar, bem como menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Esse crime, agora tipificado pelo § 3º do art. 147-A do Código Penal, revogou o artigo 65 da lei de Contravenções Penais, cujo teor era demasiadamente abrandado. Por outro lado, continua o juiz, a ação penal passou a ser de iniciativa pública condicionada à representação, situação que limita a atuação do

Ministério Público aos casos onde haja expressa representação da vítima quanto a seu interesse em ver o agressor processado.

Apesar de incidir sobre diversas situações envolvendo as mulheres, o magistrado destaca que é importante consignar que a lei não se aplica apenas a casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher: "Por atuar em uma cidade com grande população universitária, não posso deixar de mencionar a possibilidade de perseguição de alunos e alunas em relação a professores e professoras e vice-versa, mais uma situação a ensejar a incidência do novo tipo penal, independentemente da existência de relacionamento afetivo entre os envolvidos".

Sobre o ato de perseguição em si que se amolda agora como conduta criminal, o juiz cita exemplos identificados nos processos em trâmite nas Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, no que "se referem àqueles atos insistentes de ex-parceiros que não se conformam com o término do relacionamento e acompanham todos os passos de suas ex-parceiras, obrigando-as a alterar as rotas utilizadas para se locomover, o horário de trabalho e estudo e, em casos extremos, levando-as a temer de tal forma o estabelecimento de contato com o ofensor, a ponto de causar o isolamento delas em suas residências, onde permanecem trancafiadas, prejudicando por completo sua vida profissional e social".

O juiz, que conhece de perto essa realidade ao lidar com processos dessa natureza, comenta também que, em alguns casos, o ofensor inventa um pretexto para comparecer diariamente no local de trabalho da mulher, utiliza a mesma linha de ônibus ou frequenta os mesmos ambientes sociais, para forçar um "encontro casual" entre o casal, ou até mesmo envia presentes insistentemente, "para lembrá-la da existência dele".

Sobre os ambientes em que os acusados costumam agir com mais frequência, o magistrado cita que o ambiente virtual ainda é um fenômeno social relativamente recente. "A experiência vivenciada especificamente na comarca de Dourados, embora se refira ao segundo maior município do Estado de Mato Grosso do Sul, ainda indica uma grande parcela da população sem acesso à internet e, consequentemente, às redes sociais, situação a acarretar o predomínio das perseguições presenciais".

Aliás, as duas decisões recentes do magistrado sobre o tema referem-se a perseguições presenciais: "em uma delas, o ofensor passava insistentemente em frente à residência e ao local de trabalho da mulher, e, na outra, o agressor insistia em comparecer no domicílio de sua ex-convivente, situação que, segundo ela, se estende por doze anos, desde o término do relacionamento entre o casal".

Ainda que em menor número, as perseguições virtuais, explica o juiz, são identificadas pela realização de ligações telefônicas, pelo envio de mensagens por SMS, aplicativos de conversa ou redes sociais, sendo identificada a facilidade de troca de número de contatos ou de criação de perfis falsos em redes sociais como uma ferramenta muito utilizada para dificultar o bloqueio do contato pelas vítimas de perseguição.

Mas a criatividade dos perseguidores trouxe novas formas de atuação até mesmo na utilização de aplicativos de pagamentos para reiterar a conduta com relação às vítimas. "Com a popularização dos serviços digitais, um exemplo identificado, em uma análise nacional, se refere ao envio insistente de 'Pix' de valores variados para a conta bancária da pessoa perseguida, com mensagens inseridas no campo relativo às observações, proporcionado por essa nova forma de transação bancária disponibilizada no país", finaliza o juiz.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Vítimas de violência podem buscar ajuda com um X vermelho na mão - 15/04/2021



Em junho de 2020, o combate à violência doméstica ganhou novo aliado. Desde então, farmácias e drogarias de todo o país participam da campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica e estão orientadas a auxiliar mulheres que se apresentarem com um sinal vermelho em forma de "X", desenhado em batom na palma da mão.

A proposta, lançada simultaneamente em todo o país, tornou-se um canal silencioso de denúncia à vítima que, de sua casa, não consegue denunciar a violência sofrida e, ao dirigir-se à farmácia ou drogaria, terá nos atendentes o apoio necessário para acionar a polícia pelo número 190.

A campanha é do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em parceria com o Tribunal de Justiça de MS, por meio da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, e outros órgãos públicos e privados.

No lançamento, a juíza Helena Alice Machado Coelho, que responde pela Coordenadoria da Mulher do TJMS, ressaltou a necessidade de se ajudar mulheres que ficam confinadas em suas casas com seus agressores, à mercê de toda forma de violência.

"Por solidariedade e responsabilidade social, não podemos abandonar essas mulheres. Elas precisam saber que não estão sozinhas e essa campanha em parceria com farmácias e drogarias nos ajuda a proporcionar ainda mais oportunidades de quebrar o ciclo de violência", disse Helena Alice.

Duas semanas depois do lançamento, em razão da divulgação da campanha Sinal Vermelho, foi possível resgatar em Campo Grande uma vítima deficiente auditiva de suposta situação de cárcere privado.

A mulher de 39 anos era mantida em suposto cárcere privado pela irmã e pelo cunhado. A vítima estava em Campo Grande, com a filha de três anos, para cuidar do pai doente. Ao ser resgatada, ela contou que foi escravizada pela irmã e presa dentro da casa, não tendo permissão nem para ir ao médico em razão da depressão, e era responsável por todo serviço doméstico, além de cuidar do pai.

Sem saber como fugir dessa situação de violência, a mulher viu a campanha Sinal Vermelho nas mídias sociais, esperou a oportunidade de ficar sozinha em seu quarto, desenhou um X vermelho na mão, fotografou e enviou a imagem por aplicativo de conversa para familiares em Aquidauana, onde tem uma filha casada.

Ao receber a mensagem, a filha pediu ajuda de uma vizinha amiga da família e juntas acionaram as policiais militares do Programa Mulher Segura (Promuse) daquela cidade. Depois disso, foi apenas uma questão de tempo. As policiais pediram auxílio para as policiais do Promuse da Capital, que foram ao endereço indicado e resgataram da vítima.

Depois dessa experiência exitosa, a Coordenadoria da Mulher continuou atuando com essa e outras campanhas no combate à violência doméstica e familiar.

Entenda – A campanha é resultado da constatação da subnotificação dos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres e meninas - e vítimas indiretas, detectada durante a pandemia do coronavírus nas unidades policiais e judiciárias.

Os profissionais que atuam no combate a todo tipo de violência acreditam que o distanciamento social pode ser um dos motivos da subnotificação e desejam incentivar a denúncia. Por isso, a farmácia foi o local escolhido para oferecer ajuda a essas vítimas que não conseguem quebrar o ciclo da violência.

Não se pode esquecer que a vulnerabilidade da mulher tem sido acentuada e o isolamento social aumentou o número de casos de violência, em todas as suas formas não apenas no Brasil, mas em todo o mundo. Em razão disso, o domicílio comum é o local onde ocorrem as violências, em suas variadas formas, porque nele se unem agressores e vítimas, que ficam impedidas de acionar os canais de denúncia, principalmente os externos.

As ações da campanha são simples para permitir a toda mulher vítima de algum tipo de violência a buscar ajuda. Em Mato Grosso do Sul, inicialmente participavam a rede de farmácias Pague Menos, Drogasil e Redepharma.

Veja como é fácil buscar ajudar:

- o sinal “X”, feito com batom vermelho (ou qualquer outro material), na palma da mão (ou pedaço de papel) permitirá à vítima identificar-se ao atendente de farmácias e drogarias, previamente cadastradas, para acionar a Polícia Militar;

- o atendente das farmácias e drogarias, com as orientações necessárias ao atendimento da vítima, aciona a polícia;

- a vítima é acolhida pela Polícia Militar e ingressa no sistema de justiça, com o apoio da rede de proteção;

A campanha tem diversos materiais digitais para download em www.amb.com.br/sinalvermelho e todos podem ajudar a difundir a prática.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS regulamenta atendimento por meio do Balcão Virtual - 23/04/2021



Com o objetivo de implementar mecanismos que concretizem o princípio constitucional de amplo acesso à Justiça, o Tribunal de Justiça instituiu, no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, o atendimento por meio da plataforma de videoconferência denominada "Balcão Virtual", observadas as disposições da Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 372, de 12 de fevereiro de 2021, e as regras estabelecidas no Provimento n. 537, publicado no Diário da Justiça desta quinta-feira (22).

O "Balcão Virtual" é uma ferramenta de videoconferência que o Tribunal disponibilizará, conforme informações constantes em seu sítio eletrônico, que permita imediato contato com cada unidade judicial do 1º grau de jurisdição. Com funcionamento durante todo o horário de atendimento ao público, de forma similar à do balcão de atendimento presencial, o procedimento utilizará tecnologias de comunicação e videoconferência.

Caso haja dificuldade, por parte do usuário, de acesso ao sistema por vídeo, o atendimento poderá ser realizado pela unidade por meio de chamada de voz, e, na hipótese de deficiência de infraestrutura tecnológica que inviabilize o atendimento em tempo real por videoconferência ou chamada de voz, deverá o servidor designado para atuar no "Balcão Virtual" concluir o atendimento ao usuário por meio de resposta assíncrona de vídeo, voz ou texto, conforme o caso, em tempo razoável.

Em caso de fila no atendimento virtual, o usuário deverá aguardar até que seja possível a realização do seu atendimento. Em caso de término do expediente, será reagendado o atendimento pelo servidor responsável pelo atendimento.

O link de acesso ao "Balcão Virtual" será disponibilizado na página principal do sítio eletrônico do TJMS, junto aos telefones e endereços eletrônicos de cada unidade judiciária, com a expressa menção de que o atendimento por aquela via se dará apenas durante o horário de atendimento ao público. Para atendimento de processos que tramitam em segredo de justiça, o advogado ou a parte deverá apresentar um documento original com foto, comprovando a sua habilitação para ter acesso aos autos.

O Balcão Virtual não substitui o sistema de peticionamento dos sistemas de processo eletrônico do Tribunal de Justiça, sendo vedado o seu uso para o protocolo de petições, assim como não é aplicável aos gabinetes dos Juízes e Desembargadores.

A medida promove a celeridade e a eficiência na prestação jurisdicional e administrativa e decorre da necessidade de manutenção de um canal de comunicação entre os jurisdicionados e as unidades jurisdicionais durante o horário de atendimento ao público.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Lançado SOS Segurança para incidentes de segurança da informação - 03/05/2021



Ao abrir nossa caixa de e-mail, nos deparamos com inúmeras ofertas de produtos e serviços, além de outras mensagens com o intuito de chamar nossa atenção. Muitas vezes, mensagens nos instigam a clicar em determinado link e é nessas horas que, muitas vezes, acabamos acionando um conteúdo nocivo à rede do Poder Judiciário de MS. Para esta situação, foi disponibilizado no portal do TJMS o botão “SOS Segurança” para abertura de um chamado em caso de incidente de segurança.

A iniciativa faz parte das ações da nova política de segurança da informação do Poder Judiciário Estadual. Na prática, o botão de SOS é um novo canal de contato, no qual os colaboradores de todo o Poder Judiciário podem reportar qualquer incidente de segurança diretamente à Secretaria de Tecnologia da Informação.

O botão de socorro pode ser acionado em qualquer situação suspeita na qual o usuário perceba que houve algo errado que possa comprometer a segurança dos dados laborais que eles manipulam ou equipamentos informáticos. Pode ser algum clique não intencional em que se percebe que se tratava de alguma “pegadinha” ou golpe, comportamento suspeito de seus dispositivos, ou de outros colaboradores.

Uma vez acionado, o formulário que reporta o incidente de segurança abre automaticamente um chamado com as informações que o usuário digitou. O “SOS Segurança” está disponível tanto no portal do TJMS em www.tjms.jus.br/ti quanto na página inicial da Intranet.

Após a abertura de um incidente, é realizada uma investigação sobre o caso reportado e, com base no que foi apurado, os procedimentos necessários são tomados. Por isso a importância para que os usuários utilizem o serviço, pois o botão de SOS trará mais segurança para todos os colaboradores do Poder Judiciário Estadual.

Saiba mais – A Secretaria de Tecnologia da Informação (STI) criou um programa de conscientização em segurança da informação e proteção de dados. O programa é baseado no disposto pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018), que regulamentou as atividades de tratamento de dados pessoais tanto por pessoas físicas quanto no âmbito de instituições públicas e privadas, entre outras pautas para auxiliar os usuários da rede do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul a se protegerem de golpes na internet.

As ações englobam material de divulgação, via e-mail marketing e matérias explicativas, além da realização de palestras, e cursos de capacitação sobre segurança da informação, entre outros temas. Os trabalhos estão sendo desenvolvidos ao longo do ano de 2021.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS reconhecerá servidores com a concessão da Medalha de Bons Serviços Judiciários - 07/05/2021



Foi aprovada na sessão do Órgão Especial desta semana uma resolução que institui e regulamenta a Medalha de Bons Serviços Judiciários, por tempo de serviço prestado ao Poder Judiciário. A norma é uma proposição do presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Carlos Eduardo Contar.

A resolução cria esta honraria a fim de distinguir servidores concursados e, eventualmente, terceiros prestadores de serviços pela excelência dos trabalhos realizados no Judiciário sul-mato-grossense por meio da concessão de Medalha de reconhecimento pelas décadas de dedicação ao serviço público judicial.

Satisfeitas as condições previstas em regulamento, a Medalha conferida aos serventuários da Justiça será de bronze para os que fizerem 10 anos de bons serviços, de prata aos que completarem 20 anos, de ouro aos que atingirem 30 anos, e, por último, de platina aos que alcançarem a marca de 35 anos de prestação jurisdicional.

Além dos períodos de tempo acima mencionados, o serventuário deverá ter reconhecidos seus serviços nas funções desempenhadas ao longo da carreira como relevantes, bons e leais, sendo considerado, expressamente, merecedor pelo Presidente do TJMS. O candidato à homenagem, no entanto, não pode ter sofrido sentença condenatória passada em julgado, nem responder a qualquer investigação, sindicância, processo administrativo ou ação, nem já ter sido punido disciplinarmente por qualquer órgão administrativo, correcional ou de classe nos últimos cinco anos anteriores à concessão.

Deferido o direito à honraria por meio de portaria, o serventuário receberá a medalha, um bóton correspondente, bem como um diploma, das mãos do Presidente do TJMS, com a devida solenidade.

A medalha poderá ser usada pelo agraciado no lado esquerdo do peito durante sessões solenes e cerimônias de gala. Para os trajes diários, o serventuário terá o bóton a também ser posto no lado esquerdo da vestimenta.

Aos serventuários já aposentados também é garantido direito à homenagem, desde que tenha completado o tempo de serviço necessário e satisfaça as demais condições especificadas em regulamento.

Além de reconhecer as décadas de dedicação e estabilidade no serviço público, e prestigiar aqueles que escolheram o Poder Judiciário como meio de seu sustento, mas sem perder de vista a defesa da Justiça, a instituição da Medalha de Bons Serviços Judiciários visa estimular todos os serventuários na contínua melhoria dos seus afazeres laborais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conciliação pré-processual evita ajuizamento de ação de cobrança - 17/05/2021



A resolução de um conflito por formas alternativas à judicialização é um dos intuitos da campanha "Vamos Fazer um Acordo?", do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) do TJMS. A mobilização visa sensibilizar os jurisdicionados dos benefícios do desfecho judicial via acordo, tanto para os processos já em andamento, como também para os casos ainda não ajuizados.

Para atender o público em busca de uma solução consensual, estão em funcionamento os Centros Judiciários de Solução de Conflitos (Cejuscs). Lá, o público pode agendar uma audiência de conciliação ou mediação entre as partes envolvidas no conflito. O atendimento é gratuito e não há necessidade de estar acompanhado por advogado. Mas, para que a sessão possa acontecer, se uma das partes estiver assistida por advogado, a outra também precisa estar.

Uma das formas mais vantajosas de desfrutar dos serviços dos Cejuscs é acionar o serviço para realizar uma audiência antes mesmo da necessidade de ajuizar uma ação judicial. Esta foi a opção de uma instituição de ensino para receber débitos de uma aluna.

A sessão de conciliação foi realizada no mês de março deste ano por videoconferência pela plataforma Microsoft Teams. Com o auxílio de uma conciliadora, a empresa credora ofertou desconto e pagamento parcelado, além de se comprometer a retirar o nome do reclamado dos órgãos de proteção ao crédito. A proposta foi aceita pelo consumidor, formalizando o acordo que evitou a necessidade de abertura de uma ação judicial para discutir a questão.

Esse desfecho pré-processual proporcionou uma enorme economia de tempo, de dinheiro e de desgaste emocional, pacificando o assunto para ambos os lados. Aliás, em razão da pandemia, não foi necessário nem mesmo o deslocamento das partes, pois a conciliação pré-processual foi realizada via videoconferência e a validade do termo é garantida pela homologação de um juiz de Direito.

Agende uma audiência pré-processual pelos telefones de contato dos Cejuscs da Capital:

CEJUSC TJMS - (67) 98472-8046

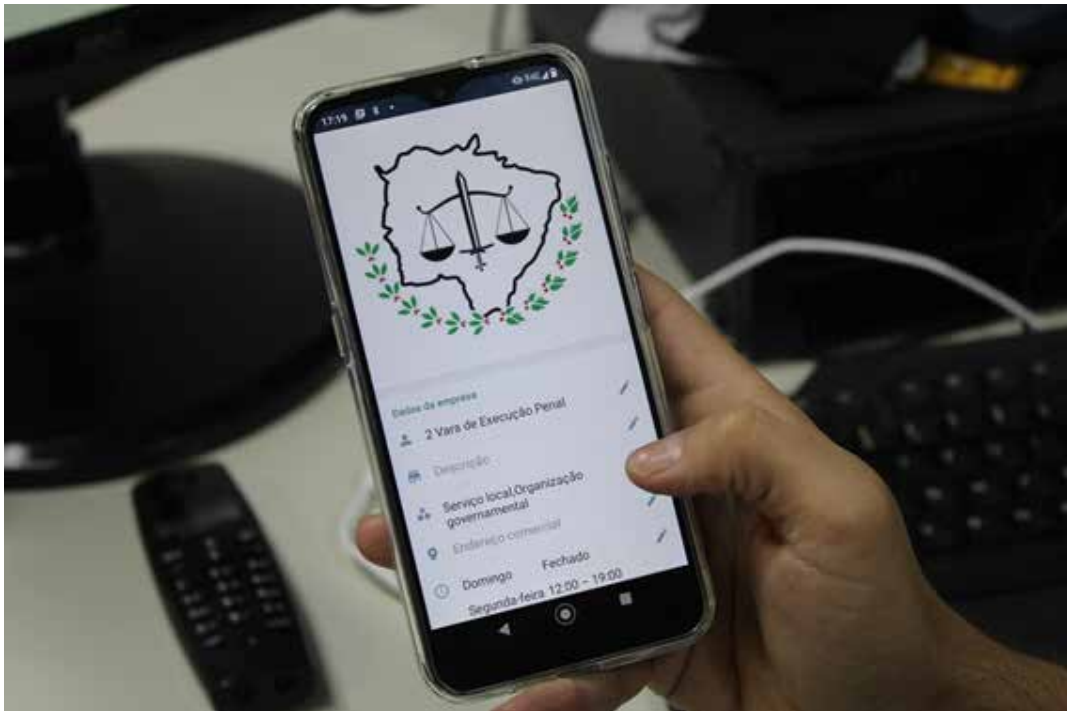
CEJUSC Cijus - (67) 98478-2207

CEJUSC Defensoria Pública - (67) 98465-4062

CEJUSC Associação Comercial de Campo Grande - (67) 98467-4019

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ conclui 100% das Varas de MS com atendimento pelo Balcão Virtual - 28/05/2021



O Tribunal de Justiça concluiu na quinta-feira, dia 27 de maio, a implantação do serviço de atendimento Balcão Virtual em todas as unidades judiciais de Mato Grosso do Sul, com a entrega de um aparelho celular a cada Vara. O acesso à listagem dos contatos está disponível na página principal do portal do TJMS, junto aos telefones e endereços eletrônicos de cada unidade judiciária, no link https://www5.tjms.jus.br/servicos/pabx/.

Esta ferramenta possibilita contato com os cartórios por WhatsApp, videochamadas, além de chamadas de voz, garantindo uma comunicação direta das partes e dos advogados com as unidades judiciais.

O funcionamento é similar ao atendimento presencial. As solicitações são movimentadas ao longo do horário de expediente, das 12 às 19 horas. Caso a pessoa tenha enviado uma mensagem fora do horário de atendimento, o pedido terá andamento na abertura do expediente do dia seguinte, por ordem de solicitação.

Caso haja dificuldade, por parte do usuário, de acesso ao sistema por vídeo, o atendimento pode ser realizado pela unidade por meio de chamada de voz, e, na hipótese de deficiência de infraestrutura tecnológica que inviabilize o atendimento em tempo real por videoconferência ou chamada de voz, deve o servidor designado para atuar no "Balcão Virtual" concluir o atendimento ao usuário por meio de resposta assíncrona de vídeo, voz ou texto, conforme o caso, em tempo razoável.

Para atendimento de processos que tramitam em segredo de justiça, o advogado ou a parte deve apresentar um documento original com foto, comprovando a sua habilitação para ter acesso aos autos.

O Balcão Virtual não substitui o sistema de peticionamento dos sistemas de processo eletrônico do Tribunal de Justiça, sendo vedado o seu uso para o protocolo de petições, assim como não é aplicável aos gabinetes dos Juízes e Desembargadores.

Saiba mais – A medida tem o objetivo de implementar mecanismos que concretizem o princípio constitucional de amplo acesso à Justiça, observadas as disposições da Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 372, de 12 de fevereiro de 2021, e as regras estabelecidas no Provimento n. 537 do TJMS.

A nova ferramenta promove a celeridade e a eficiência na prestação jurisdicional e administrativa e decorre da necessidade de manutenção de um canal de comunicação entre os jurisdicionados e as unidades jurisdicionais durante o horário de atendimento ao público.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Entrevista: Des. Ruy Celso Barbosa Florence fala sobre mediação - 31/05/2021



No ar com a campanha "Vamos fazer um acordo?", o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) do TJMS está propondo uma mobilização para que as pessoas busquem resolver seus conflitos por vias alternativas. Para esclarecer sobre a mediação, o coordenador do tema no Nupemec, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, concedeu entrevista à Secretaria de Comunicação do TJ.

SCom – Desembargador, em que a mediação difere da conciliação?

Des. Ruy Celso – A mediação normalmente é utilizada entre pessoas que têm algum relacionamento interpessoal em razão de trabalho, família, vizinhança, sociedade etc. Ou seja, um relacionamento que tenha uma certa continuidade entre as partes. Veja bem, nas questões familiares a mediação quase sempre atende mais o interesse das partes do que uma sentença judicial. São os envolvidos que melhor conhecem as razões do conflito e, em comum acordo, incentivados e orientados por técnicas autocompositivas podem alcançar a resolução do problema da melhor maneira para todos, sem rompimento dos vínculos familiares. O mesmo se dá com questões de vizinhança, urbana ou rural, onde a conexão entre os vizinhos só terminará se um deles se mudar. E quantas vezes questões dessa espécie terminam até em tragédia, pois certos tipos de situações a justiça pode até estancar ou paralisar através de uma decisão, mas solução mesmo só os envolvidos conseguem encontrar. A mediação serve mais para essas situações, onde de uma forma ou de outra as pessoas vão continuar convivendo ou pelo menos se encontrando.

Na conciliação as pessoas não necessariamente precisam possuir um relacionamento mais duradouro. Normalmente se busca resolver situações pontuais. Um caso, por exemplo, de defeito no produto comprado

ou de serviço mal feito, a conciliação se mostra suficiente para resolver o problema. Então é uma coisa mais rápida e também não se preocupa muito com o posterior, desde que aquela situação seja resolvida ali.

SCom – Como funciona a mediação?

Des. Ruy Celso – Nós temos dois tipos de mediação: a pré-processual, antes de ter qualquer processo na justiça, e a mediação processual, quando o processo já está judicializado, alguém já entrou com alguma ação. Na pré-processual, a pessoa pode procurar um Centro Judiciário de Solução de Conflitos (Cejuscs) ou uma Câmara Privada de Soluções de Conflitos. Hoje nós temos Cejusc no Tribunal de Justiça, na Associação Comercial, no Nupemec, na Defensoria Pública, além de algumas comarcas do interior. As Câmaras Privadas podem ser encontradas na internet ou entrando em contato com um Cejusc.

A pessoa pode ter acesso pelo telefone, WhatsApp, ou, fora do período de pandemia, ir ao local pessoalmente e falar: olha, eu tenho um caso assim e eu gostaria de fazer uma mediação. O servidor do Cejusc vai anotar o caso, convidar a parte contrária a participar, em data e hora marcadas, para uma mediação sobre o assunto. No dia da sessão haverá um mediador capacitado, que colocará perguntas para as partes, nunca dizendo a elas o que devem fazer. Essa é a pré-processual, que não precisa de um advogado.

Na mediação processual, a parte pode a qualquer momento requerer ao juiz que ele determine uma sessão mediação, então o cartório encaminha o processo para que seja mediado. Independente desse requerimento, quando começa o processo, o juiz já o encaminha para que o Nupemec marque uma audiência de mediação ou conciliação e a parte contrária é convidada e obrigada a comparecer. Como a questão já está na justiça, as duas partes então deverão estar acompanhadas de advogado. Se uma das partes não tiver, o mediador mesmo, ou o próprio juiz, vai nomear então um defensor público para acompanhar a sessão.

SCom – Quanto tempo costuma levar uma sessão de mediação?

Des. Ruy Celso – Cada sessão de mediação pode ter cerca de uma hora e meia, mas dependendo do caso, o mediador pode marcar quantas sessões forem necessárias. Enquanto ele perceber que há viabilidade de se chegar a uma mediação realmente, um acordo final, ele pode marcar várias mediações. Então o tempo não existe, depende de cada caso. O tempo que nós combinamos hoje em Campo Grande é de 40 minutos, embora o CNJ fale em uma hora e meia. Não são todos os casos que precisam de tanto tempo. Mas já tivemos casos que exigiram duas, três, quatro sessões de uma hora e meia.

SCom – Quem são os mediadores? Qual o perfil desse profissional e como eles atuam?

Des. Ruy Celso – Os mediadores são bacharéis em direito ou formados em algum outro curso superior, capacitados pelo Tribunal de Justiça, na teoria e na prática, com todas as técnicas sobre o tema, sob orientação de um professor habilitado. Após a capacitação eles são acompanhados e depois disso recebem então um certificado de mediador.

O mediador tem o dever de respeitar o princípio da confidencialidade. Ou seja, tudo que se passa durante a sessão de mediação deve ser mantido sob sigilo, e caso esse sigilo seja desrespeitado o mediador poderá responder civil e criminalmente sobre o seu ato. Muito menos ao juiz o mediador pode informar sobre o que disseram as partes durante a sessão, pois do contrário poderia influenciar na decisão judicial final caso o acordo não ocorra.

Então a confidencialidade é necessária. E em uma abertura de mediação é isso que acontece. O mediador explica para as partes que elas podem ficar tranquilas e que ele também não vai interferir, só aplicara as técnicas de perguntas e tentará observar onde está o problema. Cabe ao mediador conseguir verificar onde está realmente o problema e essas técnicas ele aprende no curso.

SCom – Qual tem sido o volume, desembargador? Tem ocorrido muitas mediações?

Des. Ruy Celso – Ainda há uma resistência grande da sociedade, talvez por falta de conhecimento. Isso diminui um pouco o número de casos, mas o volume tem aumentado gradativamente. Aquelas pessoas que obtiveram bons resultados já estão falando para outras, mas há sempre uma resistência. A pessoa fica desconfiada de uma coisa que ela não precisa desconfiar. O mediador não vai julgar nada, não vai dar palpite em nada, não vai ficar do lado de ninguém. Essa é a situação.

E nós temos também as Câmaras Privadas, não só o Tribunal oferece o serviço. Em Campo Grande temos três câmaras privadas, que são pessoas que já foram capacitadas e montaram seus escritórios de mediação e conciliação. Nessa situação tem um custo, mas é um custo pequeno. Muito mais barato que um processo judicial. E qual a vantagem de uma Câmara Privada? Às vezes o conforto, a disponibilidade. Você marca em uma Câmara Privada hoje e a mediação é daqui uma semana. O nosso agendamento demora um mês, mais ou menos. Então tem tudo isso, a pessoa se sente mais confortável em um lugar mais isolado, com todos os atendimentos, e é um custo mínimo. Essas câmaras privadas vão dar certo, prestando um grande serviço à justiça também.

SCom – Para finalizar, qual a defesa que o senhor faz da mediação?

Des. Ruy Celso – A defesa que eu faço é pela celeridade, finalização do problema, já que a justiça, quando julga o processo, estanca aquela situação, mas ela nem sempre a resolve o problema. Sobra às vezes a raiva, a decepção, que não é bem aquilo que a pessoa queria. Na mediação não. Nela a tendência é de mais de 90% dos casos realmente serrem resolvidos para sempre. Ou, se não para sempre, pelo menos por um bom tempo, um longo período e as pessoas podem voltar a fazer mediação novamente sobre o mesmo assunto. Essa é a vantagem e eu defendo a mediação por isso.

Lembro que todo acordo a que as partes chegarem será homologado por um juiz de direito, valendo tal documento igual a uma sentença judicial.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mãos EmPENHAdas: trabalho de MS é replicado em município da Bahia - 15/06/2021



A coordenadora do Centro de Referência de Atendimento à Mulher (CRAM) do município de Teixeira de Freitas (BA), Marina Dal Monte Figueiredo, solicitou e o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Carlos Eduardo Contar, autorizou a replicação do projeto Mãos EmPENHAdas contra a Violência naquela localidade, diante dos excelentes resultados no combate à violência doméstica, inclusive, com grande reconhecimento em âmbito nacional.

O CRAM foi criado em 2015 e atende mulheres acima de 18 anos do município e da região extremo sul baiana. No local as vítimas recebem atendimento psicológico, jurídico e social a fim de proporcionar acolhimento integral para a superação da difícil realidade enfrentada por muitas mulheres e suas famílias. O serviço é oferecido pela prefeitura municipal, por meio da Secretaria de Assistência Social com apoio da Secretaria de Política para Mulheres da Bahia.

Segundo Marina, a solicitação é resultante da percepção de que os espaços de beleza são locais em que se compartilham questões particulares não compartilhadas em outros locais, permitindo aos profissionais de beleza identificar os sinais de violência física em razão do contato corporal que a profissão exige.

Saiba mais – Desde maio de 2019, quando foi editada a Portaria n. 1.485, regulamentando a replicação do programa "Mãos EmPENHAdas", desenvolvido pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, outras instituições de todo o país podem atuar no enfrentamento à violência contra a mulher utilizando todo o know-how do programa criado pelo Poder Judiciário de MS.

Pela Portaria, o programa "Mãos EmPENHAdas" pode ser replicado por outras instituições, seja organização governamental ou não-governamental, que atue no enfrentamento à violência contra a mulher e responsabilize-se pela execução do programa, por meio de técnicos multiprofissionais que tenham expertise no assunto.

A normatização da ação serve para garantir que Tribunais e demais instituições repliquem da forma correta, como o programa foi criado, evitando o desvirtuamento de seus objetivos, que visam a prevenção de todas as formas de violência contra a mulher.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ firma acordo com o MP para atendimento a familiares de vítimas de homicídio
21/06/2021



"Particularmente sempre acreditei que ações como essa fossem de grande importância. Sempre defendi que até aqui se olhou para o outro lado". A afirmação é do presidente do Tribunal de Justiça, Des. Carlos Eduardo Contar, ao reunir-se na tarde da última sexta-feira, dia 18 de junho, com representantes do Ministério Público para assinatura do termo de cooperação técnica que torna o Poder Judiciário mais um parceiro do projeto Acolhida.

A proposta é estabelecer um fluxo de atendimento integral a familiares de vítimas de homicídio e o projeto-piloto abrange o município de Campo Grande. A intenção é melhorar a qualidade do conhecimento dos profissionais das instituições parceiras, tornando o atendimento aos familiares das vítimas mais humano e acolhedor.

O desembargador lembrou que a vítima de criminalidade merece especial proteção em relação a seus direitos, inclusive o de reparação ao dano decorrente do crime que sofreu e que se deve considerar a situação pessoal e imediata dos familiares das vítimas.

"O olhar nunca está voltado para o lado da vítima, por isso agradeço a oportunidade de participar dessa iniciativa e o interesse nessa causa. O projeto veio em boa hora e espero que cresça e traga bons frutos. É necessária uma mudança de orientação e de se dar mais valor a quem sofre as consequências", completou o presidente do TJMS.

O Procurador-Geral de Justiça, Alexandre Magno Benites de Lacerda, citou que pequenas atitudes fazem grande diferença na história de pessoas diferentes. "Ser vítima ou não em uma sociedade como a nossa, pela ausência de segurança e estado de coisas que nos causa preocupação e perplexidade, ninguém está livre disso. As nossas instituições, lugares que ocupamos, nos permitem não esquecer da figura da vítima".

Para Lacerda, o Poder Judiciário não poderia ficar de fora dessa parceria em razão da importância que tem para a sociedade, por ser a instituição que leva a justiça. "A justiça não se encerra tão somente com o

julgamento do processo, por isso espero que esse projeto torne-se referência. Traz um alívio ao nosso coração quando tentamos fazer algo diferente para essas pessoas que já perderam o ente querido", acrescentou.

A promotora do Núcleo Criminal (NUCRIM) do MP, Renata Ruth Fernandes Goya Marinho, uma das idealizadoras do projeto, apontou que o tema é bastante sensível e que começou sendo abordado dentro do Ministério Público, no entanto é um processo difícil levar um olhar diferenciado para o tema.

"O atendimento aos familiares das vítimas de homicídio surge da percepção que temos da necessidade de atendimento de forma integral. Todas as instituições já atuam de forma brilhante, mas precisamos de uma ação concatenada não só no atendimento jurídico, mas psicossocial, encaminhamento nas redes de saúde e até de assistência social. A ação concentrada de todas as entidades, nas suas atribuições, mas em união, é muito importante", disse ela.

O juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Eduardo Eugênio Siravegna Jr, lembrou que existe uma resistência, e essa não é apenas da sociedade, na primeira assistência que o custodiado recebe, desde a prisão em flagrante.

"Não que isso não deva acontecer, mas o custodiado recebe atendimento psicossocial e o principal afetado pelo ato infracional ou crime não recebe o mesmo atendimento, que é a vítima e seus familiares. Esse projeto chega em boa hora como um primeiro passo para que o Poder Judiciário tenha essa mudança de olhar, de pensamento", ressaltou.

Presentes também na assinatura do termo de cooperação técnica estavam o Procurador-Geral Adjunto, Paulo Cezar dos Passos; a chefe de Gabinete do PGJ, Camila Augusta Calarge Doreto, e a promotora de Justiça Lívia Carla Guadanhim Bariani.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS registra em julho maior número de distribuições do ano - 12/08/2021



Dados estatísticos da Secretaria Judiciária indicam que houve no mês de julho o maior número de distribuições processuais aos órgãos julgadores do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. No total, foram distribuídos 7.590 processos.

Embora o número de distribuições tenha sido alto, o total de julgamentos realizados no mês superou os distribuídos, totalizando 7.962 processos, sendo 1.158 decisões monocráticas e 6.804 por colegiado, correspondendo a 104,90%.

Além disso, o TJMS encerrou julho com o menor acervo do ano, registrando no último dia do mês, 14.896 processos. Foram baixados definitivamente 7.452 processos.

Dessa forma, a coordenadoria de processamento e a coordenadoria de baixa mantiveram seus trabalhos zerados, sem prazos vencidos e efetuando a baixa dos processos no mesmo dia em que houve o trânsito em julgado.

Acumulado do ano ? No acumulado do ano, janeiro registrou 4.549 processos distribuídos; fevereiro 4.998 feitos; março 6.446 ações; abril 7.327 autos; maio 6.341 e junho 7.437 processos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Protetivas On-line completa 1 ano e relatório anual detalha perfil de vítimas e agressores - 12/08/2021



Após um ano de implantação do projeto Protetivas On-line, a Coordenadoria da Mulher do TJMS, em conjunto com a 3ª Vara da Violência Doméstica, recebeu 194 solicitações de medidas protetivas de urgência que atenderam ao critério administrativo de localização e de admissibilidade, isto é, correspondem a situações de violência vivenciadas na comarca de Campo Grande. Com base no registro desses pedidos on-line e do preenchimento, pela própria vítima, de formulário disponibilizado no site do Tribunal do Justiça, foi possível a confecção do 1º Relatório Anual de Protetivas On-line.

Em 8 de julho de 2020, a Coordenadoria da Mulher deu início ao projeto Protetivas on-line. A iniciativa garante que as mulheres vítimas de violência doméstica possam pedir uma medida protetiva pela internet. O atendimento é feito pelo site do TJMS (http://sistemas.tjms.jus.br/medidaProtetiva/) e é voltado para aquelas mulheres que, por alguma razão, não podem se dirigir até a Casa da Mulher Brasileira.

A ideia teve como base orientações do CNJ para que os Tribunais de Justiça providenciassem meios de registro eletrônico de ocorrência de crimes praticados no contexto de violência doméstica, bem como a Lei n. 14.022/2020, que dispôs, entre outros assuntos, sobre medidas de enfrentamento à violência contra a mulher no período de pandemia.

Embora, nesse primeiro momento, o sistema atenda apenas solicitações referentes à Capital do Estado, em 1 ano de funcionamento foram enviados 980 pedidos de localidades diversas, sendo muitos de outros Estados. Isso significa que mulheres em situação de violência doméstica de todo o país acessaram a ferramenta on-line para solicitarem medidas protetivas, e indica, igualmente, a visibilidade da ferramenta por meio da divulgação nas tecnologias de mídias e eventos de elevado alcance nacional, bem como o sucesso e a necessidade de expansão da ferramenta a nível nacional.

Relatório - Ao longo desse primeiro ano, portanto, já foi possível o levantamento de dados por meio da Secretaria de Tecnologia da Informação (STI), que mantém disponíveis painéis e gráficos gerados a partir da ferramenta Business Intelligence (BI), e que permitiu obter algumas informações quanto a importantes marcadores da diferença (raça/cor, classe social, geração) e fatores associados ao contexto da violência

perpetrada por parceiro íntimo. Tais indicadores apresentados, por sua vez, contribuem para a avaliação do risco, assim como para o levantamento de fatores de reincidência e de feminicídio.

Deste modo, verificou-se que a faixa etária que mais realizou solicitação on-line foi a de 30 a 39 anos, 33%, a mesma que apareceu com maior incidência no Relatório de Feminicídio 2019 do TJMS. Também foi possível constatar que 72% das mulheres que preencheram o formulário possuem filhos, sendo 44% com o próprio agressor, o que representa um fator de dificuldade em romper com o ciclo da violência.

Entre as que buscaram o meio on-line para registro de ocorrência, apenas 23% possuem escolaridade inferior ao ensino médio completo. Isso significa, em verdade, que quanto maior o grau de instrução, maior a facilidade de acesso virtual. Esse mesmo fenômeno também justifica o fato de 91% das mulheres que responderam ao questionário se declararam brancas ou pardas. Segundo levantamento do IBGE realizado em 2015, apenas 9,7% dos lares chefiados por homens brancos não tinham internet, ao passo de que esse número aumentava para 15,9% nos domicílios comandados por homens pretos.

Outro dado relevante levantado foi o do quantitativo de mulheres que declararam possuir alguma deficiência. Um total de 17,9% afirmaram ter algum fator incapacitante, um número bastante expressivo. Tal estatística possui grande relação com a possibilidade de requerer a medida protetiva virtualmente, bem como ao vídeo explicativo e de divulgação da ferramenta conter recursos de Janela de Interpretação de Língua de Sinais (Libra) e Legendagem para surdos e ensurdecidos (LSE), ambos instrumentos valiosos de inclusão e acessibilidade.

Em relação ao agressor, apurou-se que 70% é o parceiro íntimo da vítima ou seu ex-companheiro. As mulheres responderam que 37% deles possui arma de fogo, sendo que 20% já ameaçou usá-la ou efetivamente a utilizou para constrangê-la. Elas também apontaram que quase 38% dos agressores faz uso abusivo de drogas, álcool ou medicamento, um dado alarmante, vez que, segundo a literatura especializada, este é um fator de reincidência e de extremo risco para concretização da violência.

Diante do levantamento de dados sociodemográficos e das interseccionalidades das mulheres que usaram o sistema, aliado à grande eficácia e baixíssimo custo, o projeto Protetivas On-line deixa claro seu alto potencial para expansão e replicação nacional, principalmente ao se levar em consideração os já citados 980 pedidos partidos de outras cidades e Estados.

"É um projeto inédito, inovador e premiado. Foi uma ferramenta criada para o período pandêmico, mas que vai permanecer, tendo em vista a efetividade que apresentou. Várias mulheres têm nos relatado a dificuldade, inclusive financeira, para se deslocar até a Casa da Mulher Brasileira, de forma que o meio on-line facilita esse contato. Para se ter uma ideia da abrangência, nós recebemos pedido de medida protetiva on-line proveniente de uma aldeia indígena, o que demonstra o grande alcance que o sistema possui", ressalta a juíza Helena Alice Machado Coelho, responsável pela Coordenadoria da Mulher

A juíza Jacqueline Machado, titular da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e idealizadora do projeto, por sua vez, destaca a necessidade premente de levar essa ferramenta a todas as mulheres do país. "Esse projeto possibilitou o acesso direto da mulher em situação de violência à justiça. Isso é um avanço sem precedentes no enfrentamento à violência de gênero pelo Judiciário, ainda mais para as mulheres vulneráveis. É algo que deve ser comemorado e replicado em todos os cantos deste país, que infelizmente ainda é o 5° em mortes violentas de mulheres por questões de gênero".

O Relatório Anual do Protetivas on-line pode ser acessado na íntegra pelo link https://www.tjms.jus.br/storage/cms-arquivos/359d20aea66a630487e4c11c78674720.pdf.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Índice Onomástico



JURISPRUDÊNCIA C.S.M.

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Recurso Administrativo em Suscitação de Dúvida n.º 066.663.0004/2021 6
Recurso Administrativo em Suscitação de Dúvida n.º 066.663.0007/2021 13
Recurso Administrativo em Suscitação de Dúvida n.º 066.663.0016/2020 19

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

Apelação Cível n.º 0803486-28.2016.8.12.0021 - Três Lagoas 1
Apelação / Remessa Necessária n.º 0811338-95.2018.8.12.0001 - Campo Grande 8
Agravo de Instrumento n.º 1405796-45.2021.8.12.0000 - Corumbá 22

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Cível n.º 0822347-59.2015.8.12.0001 - Campo Grande 30
Apelação Cível n.º 0837546-48.2020.8.12.0001 - Campo Grande 56
Mandado de Segurança Cível n.º 1405684-81.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 61

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

Apelação Cível nº 0800829-98.2020.8.12.0013 - Jardim 79
Apelação Cível nº 0817166-77.2015.8.12.0001 - Campo Grande 82
Agravo de Instrumento nº 1402257-71.2021.8.12.0000 - Ponta Porã 88

Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação / Remessa Necessária n.º 0000111-80.2010.8.12.0015 - Miranda 92
Apelação Cível n.º 0839823-81.2013.8.12.0001 - Campo Grande 96
Mandado de Segurança Cível n.º 1416274-49.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 101

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

Remessa Necessária Cível n.º 0800006-22.2020.8.12.0047 - Terenos 109
Apelação / Remessa Necessária n.º 0820055-04.2015.8.12.0001 - Campo Grande 113
Apelação Cível n.º 0834726-66.2014.8.12.0001 - Campo Grande 125

Relator Des. João Maria Lós

Apelação Cível n.º 0800054-82.2014.8.12.0049 - Agua Clara 130
Apelação Cível n.º 0802083-13.2018.8.12.0002 - Dourados 133
Embargos de Declaração Cível n.º 0812555-39.2019.8.12.0002/50000 - Dourados 136

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n.º 0806104-04.2020.8.12.0021 - Três Lagoas.....141
Agravo de Instrumento n.º 1401404-62.2021.8.12.0000 - Dourados 144
Agravo de Instrumento n.º 1402862-51.2020.8.12.0000 - Campo Grande 149

Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n.º 0804207-95.2020.8.12.0002 - Dourados 155
Apelação Cível n.º 0807073-76.2020.8.12.0002 - Dourados 158
Ação Rescisória n.º 1403230-60.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 162

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Embargos de Declaração Cível n.º 0814309-29.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande.....179

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação Cível n.º 0800648-83.2019.8.12.0029 - Naviraí.....182
Apelação Cível n.º 0810129-96.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....186
Agravo de Instrumento n.º 1402701-07.2021.8.12.0000 - Dourados 191

Relator Des. Nélio Stábile

Apelação Cível n.º 0800306-69.2019.8.12.0030 - Brasilândia.....196
Agravo Interno Cível n.º 0800408-78.2015.8.12.0015/50000 - Miranda.....199
Apelação Cível n.º 0833747-70.2015.8.12.0001 - Campo Grande E/A 203

Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n.º 0803225-63.2016.8.12.0021 - Três Lagoas.....206
Apelação / Remessa Necessária n.º 0811104-89.2013.8.12.0001 - Campo Grande.....222
Agravo de Instrumento n.º 1403133-26.2021.8.12.0000 - Campo Grande 232

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n.º 0800017-46.2018.8.12.0039 - Pedro Gomes 238
Apelação Cível n.º 0801577-84.2018.8.12.0051 - Itaquiraí 243
Apelação Cível n.º 0806721-95.2019.8.12.0021 - Três Lagoas.....247

Relator em substituição legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Apelação Cível n.º 0822141-40.2018.8.12.0001 - Campo Grande.....252

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Embargos de Declaração Criminal n.º 0001003-22.2015.8.12.0012/50000 - Ivinhema 267

Habeas Corpus Criminal n.º 1402843-11.2021.8.12.0000 - Nova Andradina 282

Habeas Corpus Criminal n.º 1403136-78.2021.8.12.0000 - Nova Alvorada do Sul 293

Relatora Desª Elizabete Anache

Apelação Criminal n.º 0801525-52.2016.8.12.0021 - Três Lagoas 303

Habeas Corpus Criminal n.º 1407316-40.2021.8.12.0000 - Corumbá 322

Conflito de Competência Cível n.º 1600715-34.2021.8.12.0000 - Campo Grande.....343

Relator(a) Des. Jairo Roberto de Quadros

Habeas Corpus Criminal n.º 1403766-37.2021.8.12.0000 - Ponta Porã.....348

Habeas Corpus Criminal n.º 1406001-74.2021.8.12.0000 - Três Lagoas.....366

Mandado de Segurança Criminal n.º 1406549-36.2020.8.12.0000 - Campo Grande.....373

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação Criminal n.º 0000238-74.2017.8.12.0014 - Maracaju 379

Agravo de Execução Penal n.º 0000874-23.2016.8.12.0031 - Dourados 394

Habeas Corpus Criminal n.º 1407076-51.2021.8.12.0000 - Campo Grande.....399

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação Criminal n.º 0000109-03.2020.8.12.0002 – Dourados 403

Agravo de Execução Penal n.º 0013594-49.2015.8.12.0001 – Campo Grande.....407

Habeas Corpus Criminal n.º 1402644-86.2021.8.12.0000 - Itaquiraí.....410

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação Criminal n.º 0003359-56.2003.8.12.0029 - Naviraí 416

Apelação Criminal n.º 0800988-90.2016.8.12.0042 - Rio Verde de Mato Grosso.....421

Direta de Inconstitucionalidade n.º 1402536-28.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 454

Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

Embargos de Declaração Criminal n.º 0000520-44.2016.8.12.0048/50000 - Rio Negro.....465

Agravo de Execução Penal n. º 0003874-96.2018.8.12.0019 - Campo Grande 471

Apelação Criminal n.º 0010159-25.2019.8.12.0002 - Dourados.....474

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Habeas Corpus Criminal n.º 1402266-33.2021.8.12.0000 - Campo Grande 486

Habeas Corpus Criminal n.º 1402347-79.2021.8.12.0000 - Inocência 496

Habeas Corpus Criminal n.º 1404779-71.2021.8.12.0000 - Inocência 501

Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apelação Criminal n.º 0000122-17.2013.8.12.0044 - Sete Quedas.....509
Apelação Criminal n.º 0002301-50.2019.8.12.0031 - Caarapó 524
Habeas Corpus Criminal n.º 1402642-19.2021.8.12.0000 - Ponta Porã.....531

Relator em substituição legal Juíz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação Criminal n.º 0007801-21.2019.8.12.0800 – Campo Grande 541
Apelação Criminal n.º 0009196-14.2010.8.12.0008 – Corumbá.....552
Apelação Criminal n.º 0042855-20.2019.8.12.0001 - Campo Grande 562

Índice de Assuntos



JURISPRUDÊNCIA C.S.M.

Procedimento de Dúvida

Registro de carta de adjudicação. Exigência da certificação da poligonal pelo INCRA. Registro para formalização da transmissão. Ato dispensável neste momento. Recurso provido.

(066.663.0004/2021) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Corregedor-Geral.....006

Registro de notificação extrajudicial. Desocupação de imóvel alugado. Procuração sem firma reconhecida. Negativa de registro. Princípio da especialidade. Atuação do advogado sem exigência neste sentido. Recurso provido.

(066.663.0007/2021) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Corregedor-Geral.....013

Arrolamento fiscal averbado na matrícula. Pedido de cancelamento pela contribuinte. Ausência de exigência legal. Lei 9.532/1997. Instrução Normativa 1.565/2015 RF.

(066.663.0016/2020) Des. Luiz Tad'eu Barbosa Silva - Corregedor-Geral 019

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação Civil Pública

Edificação antiga. Área de preservação permanente. Art. 61-A – Código Florestal. Manutenção de edificação construída antes de 22.07.2008. Garantia de emprego e renda. Ecoturismo Determinado que não haja intervenções novas. Desprovido.

Apelação / Remessa Necessária n.º 0000111-80.2010.8.12.0015 - Miranda.....92

Ação Rescisória

Promoção vertical. Ausência de erro de fato, violação de norma jurídica ou prova nova. Não caracterização das hipóteses rescindendas. Art. 966 do CPC. Improcedente.

Ação Rescisória n.º 1403230-60.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 162

Declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária e cobrança. Associação. Alegação de utilidade pública e isenção tributária. Necessidade de lei específica e filantropia. Recurso improvido.

Apelação Cível n.º 0800648-83.2019.8.12.0029 - Naviraí.....182

Agravo de Instrumento

Reintegração de posse. Inventariante dativo negativo. Credor interessado. Pessoa nomeada não estranha à herança. Sem remuneração. Legitimação plena, ativa e passiva do espólio. Recurso improvido.

Agravo de Instrumento n.º 1405796-45.2021.8.12.0000 - Corumbá.....22

Decisão indeferitória de tutela de urgência. Negativa de ligação do serviço de energia elétrica. Precedentes STJ. Resolução n. 414/2010 – ANEEL. Área invadida. Posse irregular. Improvido.

Agravo de Instrumento nº 1402257-71.2021.8.12.0000 - Ponta Porã 88

Ação de cobrança. Objeção de pré-executividade parcial. Inexistência de preclusão. Coisa julgada. Impossibilidade de nova cobrança. Indenização suplementar inexistente. Art. 404 § único do Código Civil. Parcelas prescritas. Execução excessiva. Improvido.

Agravo de Instrumento n.º 1402862-51.2020.8.12.0000 - Campo Grande 149

Contrato de locação comercial. Penhora bem imóvel fiador. Alegação de impenhorabilidade. Bem de família. art. 3º, VII, da lei n.8.009/90. Constitucionalidade reconhecida STF. Penhorabilidade. Improvido.

Agravo de Instrumento n.º 1401404-62.2021.8.12.0000 - Dourados 144

Tutela provisória. Fraude em leilão virtual. Decisão no sentido de o réu, provedor de pesquisa, prestar informações do responsável pelo anúncio. Vedação à guarda de dados pessoais que excedam a finalidade para a qual foi dado consentimento pelo titular. Art. 16 da Lei 12.965/2014. Provido.

Agravo de Instrumento n.º 1403133-26.2021.8.12.0000 - Campo Grande 232

Agravo interno Cível

Recurso intempestivo. Art. 224 do CPC. Apelação Extemporânea. Precedentes do TJ e do STJ. Improvido.

Agravo Interno Cível n.º 0800408-78.2015.8.12.0015/50000 - Miranda 199

Divórcio litigioso. Competência territorial. Declinação de competência equivocada. Estabilização da demanda com a citação do demandado. Art. 43 do CPC. Princípio da perpetuação da jurisdição. Recurso improvido.

Agravo de Instrumento n.º 1402701-07.2021.8.12.0000 - Dourados 191

Apelação Cível

Indenização por danos materiais. Violência contra a mulher. Lesão corporal de natureza gravíssima. Ex –convivente. Sequelas permanentes. Relação extracontratual. Quantum mantido. Improvido.

Apelação Cível n.º 0803486-28.2016.8.12.0021 - Três Lagoas 1

Restituição tributária. ICMS. Serviço de telecomunicação. Alega inconstitucional normas Estaduais válidas Competência do Estado. Art. 155, II, §2º, III da CF. Pelo improvimento do recurso.

Apelação Cível n.º 0822347-59.2015.8.12.0001 - Campo Grande 30

Execução Individual de sentença coletiva. Prestação de trato sucessivo. Súmula 85 do STJ. Prescrição afastada. Improvido.

Apelação Cível nº 0800829-98.2020.8.12.0013 - Jardim 79

Indenização danos morais. Exames indeterminados. Ausência de provas seguras. Conduta ilícita não comprovada. Inexistência de dever de indenizar. Improvido.

Apelação Cível nº 0817166-77.2015.8.12.0001 - Campo Grande 82

Aquisição imobiliária. Indenização por Danos morais c/c com obrigação de fazer. Perdas e danos. Interesse individual. Dano ambiental apuração em ação própria. Recurso parcialmente provido Recurso adesivo desprovido.

Apelação Cível n.º 0839823-81.2013.8.12.0001 - Campo Grande 96

Servidor público municipal. Adicional de insalubridade. Inexistência de lei. Princípio da legalidade – art. 37 da Constituição Federal. Improvido.

Apelação Cível n.º 0834726-66.2014.8.12.0001 - Campo Grande.....125

Invalidez permanente. Ausência de intimação da perícia. Cerceamento de defesa. Súmula 474 do STJ. Seguro DPVAT. Recurso provido.

Apelação Cível n.º 0800054-82.2014.8.12.0049 - Agua Clara.....130

Adiantamento de honorários periciais. Impossibilidade. Gratuidade judiciária. Honorários pericias não é obrigação do Estado. Lei n.º 8.213/91, art. 129. Improvido.

Apelação Cível n.º 0802083-13.2018.8.12.0002 - Dourados.....133

Cautelar de arresto. Acordo de divórcio. Prazo quinquenal. Termo de doação não impedido por usufruto. Sentença mantida.

Apelação Cível n.º 0806104-04.2020.8.12.0021 - Três Lagoas.....141

Execução Fiscal. Retratação de sentença. Pretensão prescrita. Art. 174 do CTN. Demora do Fisco em ajuizar a ação de cobrança.

Apelação Cível n.º 0800306-69.2019.8.12.0030 - Brasilândia.....196

Ação de despejo. Falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis e acessórios. Alegação de entrega das chaves sem êxito. Ausência de comprovação. Não ocorrência da entrega pela via procedimental. Condenação mantida. Recurso improvido.

Apelação Cível n.º 0833747-70.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....203

Cobrança de seguro obrigatório DPVAT. Condenação em valor inferior ao pretendido. Sucumbência integral da Seguradora. Arbitramento de honorários. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Provido.

Apelação Cível n.º 0804207-95.2020.8.12.0002 - Dourados.....155

Cobrança de seguro obrigatório DPVAT. Pleito sobre honorários sucumbenciais. Legitimidade concorrente entre a parte e o advogado. Condenação em valor irrisório. Arbitramento por equidade. Parcialmente provido.

Apelação Cível n.º 0807073-76.2020.8.12.0002 - Dourados.....158

Reparatória de danos materiais. Ação coletiva ajuizada pelo sindicato exitosa. Ação individual sem êxito. Ato ilícito não verificado. Condenação indevida do SINPOL/MS. Policial civil.

Apelação Cível n.º 0822141-40.2018.8.12.0001 - Campo Grande.....252

Penhora sobre imóvel de terceiro. Alegação de fraude à execução não comprovada. Aquisição de imóvel por escritura pública sem qualquer restrição na matrícula. Impossibilidade de presunção da má-fé. Ônus da prova de quem alega. Recurso improvido

Apelação Cível n.º 0810129-96.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....186

Nulidade de escritura pública de compra e venda com reserva de usufruto vitalício, inalienabilidade e obrigação de fazer. Alegação de compra e venda dissimulada afastada. Doação modal. Ausência de afronta à legítima. Recursos providos.

Apelação Cível n.º 0803225-63.2016.8.12.0021 - Três Lagoas.....206

Benefício Previdenciário. Auxílio doença. Conversão em aposentadoria por invalidez. Desnecessidade de requerimento administrativo. RE 631.240/MG. Repercussão Geral. Provido.

Apelação Cível n.º 0800017-46.2018.8.12.0039 - Pedro Gomes 238

Inexistência de débito. Irregularidade no medidor de energia. Revisão de faturamento cabível. Boa-fé contratual. Vedação ao enriquecimento sem causa. Improvido.

Apelação Cível n.º 0801577-84.2018.8.12.0051 - Itaquiraí 243

Ação revisional. Exclusão de litisconsorte por ilegitimidade passiva. Cabimento de agravo de instrumento. Aforamento de apelação. Erro injustificável. Inaplicabilidade do Princípio da Fungibilidade. Recurso não conhecido.

Apelação Cível n.º 0806721-95.2019.8.12.0021 - Três Lagoas.....247

Apelação e Remessa necessária

Revisão de aposentadoria especial de Odontólogo. Direito à integralidade e paridade. Ingresso serviço público antes da emenda constitucional n.º 41/2003. Aplicação da Súmula 33 do STF. Segurança concedida. Recurso desprovido.

Apelação / Remessa Necessária n.º 0811338-95.2018.8.12.0001 - Campo Grande.....8

Servidor público estadual. Agente de serviços gerais. Atividade compatível. Atribuição de auxiliar judiciário. Recurso voluntário provido. Remessa necessária não conhecida.

Apelação / Remessa Necessária n.º 0820055-04.2015.8.12.0001 - Campo Grande..... 113

Declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária. Farmácia de manipulação. ICMS ou ISSQN. Tema 379 do STF. Repercussão Geral. Simples nacional. Recursos providos.

Apelação / Remessa Necessária n.º 0811104-89.2013.8.12.0001 - Campo Grande 222

Direta de Inconstitucionalidade

Lei Estadual 4.395/2013. Preenchimento obrigatório de caixas de supermercados e hipermercados em dias de promoção. Inconstitucionalidade material. Indevida intervenção estatal. Violação de princípios: ordem econômica, livre iniciativa, livre exercício, livre concorrência e razoabilidade. Proteção constitucional. Contra o parecer.

Direta de Inconstitucionalidade n.º 1402536-28.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 454

Embargos de Declaração Cível

Honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública. Súmula 421 STJ. Não cabimento. Ausência de vícios na discussão da matéria. Rejeitados.

Embargos de Declaração Cível n.º 0812555-39.2019.8.12.0002/50000 - Dourados.....136

Pretensão de nulidade de decisão. Ausência de intimação da sentença. Vício constatado. Deixou de alegar vício de intimação conforme determina o art. 272, § 8º, CPC. Julgamento mantido.

Embargos de Declaração Cível n.º 0814309-29.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande.....179

Mandado de Segurança

Inadequação de via eleita. Cobrança do diferencial/adicional de alíquota – DIFAL. Evento incerto e genérico. Convênio ICMS n.º 93/2015. Desprovido.

Apelação Cível n.º 0837546-48.2020.8.12.0001 - Campo Grande.....56

Concurso público. Candidato portador de necessidade especial. Beneficiária de cotas. Classificação fora da fração estabelecida. Decreto Estadual n.º 13.141/2011, art. 10 caput, c/c o art. 11. Ordem denegada.

Mandado de Segurança Cível n.º 1405684-81.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 61

Curso de formação de policial. Atuação como Delegado estagiário. Efetivo serviço policial. Cômputo de frequência. Lei complementar n.º 38/1989 vigente no período. Direito líquido e certo. Tempo de serviço. Aposentadoria especial. Ordem concedida.

Mandado de Segurança Cível n.º 1416274-49.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 101

Remessa Necessária Cível

Concurso Público. Direito subjetivo à nomeação. Contratação de caráter precário ou temporário. Reexame necessário.

Remessa Necessária Cível n.º 0800006-22.2020.8.12.0047 - Terenos 109

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo de Execução Penal

In bonam partem. Recurso ministerial. Retificação de cálculo. Pacote anticrime. Crime hediondo. Reincidente não específico. Precedentes do STJ. Improvido.

Agravo de Execução Penal n.º 0000874-23.2016.8.12.0031 - Dourados 394

Recurso defensivo. Regressão de regime. Falta disciplinar grave. Empreendimento de fuga do reeducando. Evasão por mais de 2 anos. Desprovido.

Agravo de Execução Penal n.º 0013594-49.2015.8.12.0001 – Campo Grande.....407

Recurso defensivo. Superveniência de nova condenação no curso da execução. Unificação das penas. Alteração da data-base. Novos benefícios. Orientação jurisprudencial do STJ. Provido.

Agravo de Execução Penal n. º 0003874-96.2018.8.12.0019 - Campo Grande 471

Apelação Criminal

Tráfico de drogas. Recurso da defesa. Absolvição rejeitada. Acolhida quanto a desobediência. Afastamento das circunstâncias do crime. Majorante mantida. Art. 40, V, da lei 11.343/06. Impossibilidade de substituição de pena. Provido parcialmente.

Apelação Criminal n.º 0000238-74.2017.8.12.0014 - Maracaju 379

Recurso defensivo. Roubo circunstanciado. Crimes contra patrimônio. Relevância palavra da vítima. Art. 155 do CPP e Art. 157, § 2º -A, I do CP. Consumação do delito. Desprovido.

Apelação Criminal n.º 0000109-03.2020.8.12.0002 – Dourados 403

Recurso defensivo. Aplicação do princípio da insignificância. Desvalor da conduta e do resultado. Estado não tem interesse em punir o agente. Provido. Recurso ministerial. Acolhida a absolvição pela insignificância. Perda do objeto.

Apelação Criminal n.º 0003359-56.2003.8.12.0029 - Naviraí 416

Recurso defensivo. Estupro de vulnerável e estupro. Suposta violação ao art. 212 do CPP. Alegação de perguntas induzidas. Ausência de perícia psicossocial e arguição oportuna. Palavra das vítimas corroboradas no conjunto probatório. Improvido. Recurso ministerial. Majoração das penas-bases pretendida. Possibilidade de majoração somente a um fato. Provido parcialmente.

Apelação Criminal n.º 0800988-90.2016.8.12.0042 - Rio Verde de Mato Grosso 421

Recurso defensivo. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Pretensa absolvição de um dos acusados por estar na residência no momento da prisão. Provas produzidas que não conduzem à culpabilidade. Absolvição devida. No tocante ao outro acusado: Circunstâncias indicam que se dedica a atividade criminosa. Minorante não reconhecida. Substituição de pena descabido. Parcialmente provido.

Apelação Criminal n.º 0010159-25.2019.8.12.0002 - Dourados 474

Dispensa irregular de licitação. Fragilidade de provas. Não comprovação de dolo específico e prejuízo ao erário. Princípio do in dubio pro reo. Improvido.

Apelação Criminal n.º 0000122-17.2013.8.12.0044 - Sete Quedas.....509

Latrocínio. Ocultação de cadáver e corrupção de menores. Súmula 500 do STJ. Natureza formal do crime de corrupção de menores. Atenuante de confissão espontânea não caracterizada. Concurso formal. Ausência de interesse. Improvido.

Apelação Criminal n.º 0002301-50.2019.8.12.0031 - Caarapó 524

Tribunal do Júri. Homicídio qualificado. Corrupção de menores e incêndio. Interrogatório em plenário por videoconferência. Pandemia. Ausência de prejuízo. Julgamento contrário à prova dos autos afastada. Redimensionamento de pena.

Apelação Criminal n.º 0801525-52.2016.8.12.0021 - Três Lagoas 303

Posse de munição de uso permitido. Inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017 e incompetência ada justiça militar afastada. Crime de perigo abstrato. Atenuante de confissão. Pena redimensionada.

Apelação Criminal n.º 0007801-21.2019.8.12.0800 – Campo Grande 541

Roubo majorado. Insuficiência de provas afastada. Palavra da vítima com especial relevância. Perda patrimonial inerente ao delito de roubo. Redução da pena-base. Parcialmente provido.

Apelação Criminal n.º 0009196-14.2010.8.12.0008 – Corumbá.....552

Crime militar. Lesão corporal grave. Insuficiência probatória afastada. Valoração negativa da culpabilidade mantida. Improvido.

Apelação Criminal n.º 0042855-20.2019.8.12.0001 - Campo Grande 562

Conflito de Competência

Conflito negativo de jurisdição. Competência. Juizado especial criminal e Vara criminal residual. Conflito de atribuição a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça. Art. 10, X da Lei 8.625/93 e 28 do CPP. Não conhecimento.

Conflito de Competência Cível n.º 1600715-34.2021.8.12.0000 - Campo Grande.....343

Embargos de Declaração Criminal

Recurso defensivo. Contradição alegada. Acusado multirreincidente. Afastamento do agravante. Reincidência afastada. Réu primário. Pena redimensionada. Abrandamento de regime prisional. Embargos acolhidos.

Embargos de Declaração Criminal n.º 0000520-44.2016.8.12.0048/50000 - Rio Negro.....465

Ausência de omissão ou contradição. Rediscussão de matéria. Impossibilidade. Inconformismo. Improvido.

Embargos de Declaração Criminal n.º 0001003-22.2015.8.12.0012/50000 - Ivinhema 267

***Habeas Corpus* Criminal**

Fumus Commissi Delicti verificado. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Dispensa de audiência de custódia. Garantia da ordem pública. Decreto prisional mantido. Recomendação 62/2020-CNJ atendida. Ordem denegada.

Habeas Corpus Criminal n.º 1403766-37.2021.8.12.0000 - Ponta Porã.....348

Estelionato. Lei 13.964/2019. Pacote-Anticrime. Art. 171 § 5º CP. Ação Pública Condicionada. Representação do ofendido. Rigor formal descabido. Requisitos da denúncia preenchidos. Ordem denegada.

Habeas Corpus Criminal n.º 1406001-74.2021.8.12.0000 - Três Lagoas.....366

Tráfico de drogas. Alegação de ocupação lícita. Gravidade do delito. Reincidência. Mercancia. Disk-entrega. Flagrante. Condições subjetivas. Não favorecimento ao paciente. Ordem denegada.

Habeas Corpus Criminal n.º 1407076-51.2021.8.12.0000 - Campo Grande.....399

Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Fumus comissi delicti e periculum libertatis Alegação de ilegalidade pela ausência de audiência de custódia. E uso indevido de algemas. Regulamentação Portaria do TJMS e Recomendação 62 CNJ. Período de pandemia. Ordem denegada

Habeas Corpus Criminal n.º 1402644-86.2021.8.12.0000 - Itaquiraí.....410

Autoincriminação. Dever de advertência para exercer o direito do silêncio. Denúncia com base no depoimento como testemunha. Art. 5º, inciso LXIII, da CF. Art. 8º, inciso 2, "G", do Pacto de São José de Costa Rica. Art. 55, 1, "a", do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Art. 186 do Código de Processo Penal. Inexistência do direito ao silêncio. Ilegalidade. Ordem concedida.

Habeas Corpus Criminal n.º 1402266-33.2021.8.12.0000 - Campo Grande 486

Pedido de revogação. Oferecimento de bebida alcoólica e droga a criança ou adolescente. Eventualmente. Sem objetivo de lucro. Uso conjunto. Liberdade provisória concedida pela juíza plantonista após audiência de custódia. Sem fato novo. Revogado benefício pelo juiz titular. Impossibilidade. Competência dos magistrados em grau idêntico de jurisdição. Reserva de revogação dessa natureza cabe ao Tribunal de Justiça. Ordem concedida.

Habeas Corpus Criminal n.º 1402347-79.2021.8.12.0000 - Inocência.....496

Réu pronunciado. Ausência de fundamentação. Nulidade da decisão. Ausência de defesa técnica. Preso preventivamente. Competência do juiz de primeiro grau reanalisar a prisão. Ordem concedida parcialmente.

Habeas Corpus Criminal n.º 1404779-71.2021.8.12.0000 - Inocência.....501

Tráfico interestadual de entorpecente. Inexistência de excesso de prazo ou morosidade. Segregação preventiva ante a gravidade do delito. Ausência de peremptoriedade no prazo do art. 316, parágrafo único, do CPP. Ordem denegada.

Habeas Corpus Criminal n.º 1402642-19.2021.8.12.0000 - Ponta Porã.....531

Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Gravidade concreta da conduta. Pedido de substituição da segregação por medidas cautelares diversas. Pandemia. Inviabilidade. Não comprovação de debilidade extrema por doença grave. Ordem denegada.

Habeas Corpus Criminal n.º 1402843-11.2021.8.12.0000 - Nova Andradina.....282

Tráfico de Drogas. Flagrante convertido em preventiva. Gravidade concreta. Impossibilidade de prisão domiciliar. Impossibilidade de substituição da custódia preventiva por qualquer outra medida. Ordem denegada.

Habeas Corpus Criminal n.º 1403136-78.2021.8.12.0000 - Nova Alvorada do Sul 293

Tribunal do Júri. Fase do art. 422 do CPP. Juntada de documentos estrangeiros. Impossibilidade. Videoconferência para interrogatório do paciente, preso cautelarmente em outra cidade. Pandemia. Ordem denegada.

Habeas Corpus Criminal n.º 1407316-40.2021.8.12.0000 - Corumbá 322

Mandado de Segurança Criminal

Recurso Ministerial. Lei n.º 13.964/2019. Art. 28-A do CPP. Acordo de não persecução penal. Proposta não oferecida pelo Ministério Público. Inobservância do rito processual. Descumprimento de Previsão legal. Falta de anuência em designação de audiência. Ordem concedida.

Mandado de Segurança Criminal n.º 1406549-36.2020.8.12.0000 - Campo Grande.....373