

REVISTA GOIANA DE JURISPRUDÊNCIA

REVISTA GOIANA DE JURISPRUDÊNCIA

Órgão oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

DIRETORIA

Desembargador **Itaney Francisco Campos**

Desembargador **Luiz Cláudio Veiga Braga**

Revisão:

Jane Regina Alves

Nickolas de Castro Rios Mendes

Correspondências e colaborações devem ser remetidas para o diretor da Revista.

Rua 19, Quadra A8, Lote 6 - Setor Oeste

Goiânia - Goiás

CEP.: 74.120/020

REVISTA GOIANA DE JURISPRUDÊNCIA
Órgão oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

2023
I – Jurisprudência

SUMÁRIO

Assunto	Página
Composição atual do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás	4
JURISPRUDÊNCIA	
Jurisprudência Cível.....	9
Jurisprudência Criminal	255
ÍNDICES	
Alfabético Cível	343
Alfabético Criminal	346
Numérico Cível	348
Numérico Criminal	349

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

PRESIDENTE

Desembargador **Carlos Alberto França**

VICE-PRESIDENTE

Desembargador **Amaral Wilson de Oliveira**

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador **Leandro Crispim**

OUVIDOR DO PODER JUDICIÁRIO

Desembargador **Jeová Sardinha de Moraes**

TRIBUNAL PLENO

Desembargadora **Beatriz Figueiredo Franco**

Desembargador **Leobino Valente Chaves**

Desembargador **Gilberto Marques Filho**

Desembargadora **Nelma Branco Ferreira Perilo**

Desembargador **Carlos Hipólito Escher**

Desembargador **Kisleu Dias Maciel Filho**

Desembargador **Zacarias Neves Coelho**

Desembargador **Luiz Eduardo de Sousa**

Desembargador **Leandro Crispim** (Corregedor-Geral da Justiça)

Desembargador **Itaney Francisco Campos**

Desembargadora **Amélia Martins de Araújo**

Desembargador **Luiz Cláudio Veiga Braga**

Desembargador **Ivo Fávoro**

Desembargador **Jeová Sardinha de Moraes** (Ouvidor do Poder Judiciário)

Desembargador **Carlos Alberto França** (Presidente)

Desembargador **Amaral Wilson de Oliveira** (Vice-Presidente)

Desembargador **José Paganucci Júnior**

Desembargadora **Maria das Graças C. Requi**

Desembargadora **Elizabeth Maria da Silva**

Desembargador **Gerson Santana Cintra**

Desembargadora **Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira**

Desembargador **Edison Miguel da Silva Júnior**

Desembargador **Nicomedes Domingos Borges**

Desembargador **Itamar de Lima**

Desembargadora **Sandra Regina Teodoro Reis**
Desembargador **Guilherme Gutemberg Isac Pinto**
Desembargador **José Carlos de Oliveira**
Desembargador **Carlos Roberto Fávaro**
Desembargador **Delintro Belo de Almeida Filho**
Desembargador **Jairo Ferreira Junior**
Desembargador **Marcus da Costa Ferreira**
Desembargador **Anderson Máximo de Holanda**
Desembargador **Maurício Porfírio Rosa**
Desembargador **Fernando de Castro Mesquita**
Desembargador **Wilson Safatle Faiad**
Desembargador **Fabio Cristóvão de Campos Faria**
Desembargador **Eudécio Machado Fagundes**
Desembargador **Sérgio Mendonça de Araújo**
Desembargadora **Doraci Lamar Rosa da Silva Andrade**
Desembargadora **Lília Mônica de Castro Borges Escher**
Desembargador **Roberto Horácio de Rezende**
Desembargadora **Ana Cristina Ribeiro Peternella França**
Desembargador **Sebastião Luiz Fleury**
Desembargador **Reinaldo Alves Ferreira**
Desembargadora **Camila Nina Erbeta Nascimento**
Desembargador **Jeronymo Pedro Villas Boas**
Desembargador **Fabiano Abel de Aragão Fernandes**
Desembargador **Vicente Lopes da Rocha Junior**
Desembargador **Silvânio Divino de Alvarenga**
Desembargador **Eliseu José Taveira Vieira**
Desembargador **Adegmar José Ferreira**
Desembargador **José Proto de Oliveira**
Desembargador **Wilton Müller Salomão**
Desembargadora **Juliana Pereira Diniz Prudente**
Desembargador **Aureliano Albuquerque Amorim**
Desembargador **Sival Guerra Pires**
Desembargador **José Carlos Duarte**
Desembargador **Adriano Roberto Linhares Camargo**
Desembargador **Breno Boss Cachapuz Caiado**
Desembargador **Rodrigo de Silveira**
Desembargador **Altamiro Garcia Filho**
Desembargador **Paulo César Alves das Neves**
Desembargadora **Alice Teles de Oliveira**
Desembargador **Eduardo Abdon Moura**

Desembargador **Wilson da Silva Dias**
Desembargador **José Ricardo Marcos Machado**
Desembargador **Átila Naves Amaral**
Desembargador **Ronnie Paes Sandre**
Desembargador **Fernando Braga Viggiano**
Desembargadora **Mônica Cezar Moreno Senhorelo**
Desembargador **Wid Afonso Ogawa**
Desembargador **Algomiro Carvalho Neto**
Desembargador **Fernando de Mello Xavier**
Desembargador **Alexandre de Moraes Kafuri**
Desembargador **Altair Guerra da Costa**
Desembargador **William Costa Mello**
Desembargador **Donizete Martins de Oliveira**
Desembargador **Héber Carlos de Oliveira**

ORGÃO ESPECIAL

Desembargador **Carlos Alberto França** (Presidente)
Desembargadora **Beatriz Figueiredo Franco**
Desembargador **Leobino Valente Chaves**
Desembargador **Gilberto Marques Filho**
Desembargadora **Nelma Branco Ferreira Perilo**
Desembargador **Carlos Escher**
Desembargador **Kisleu Dias Maciel Filho**
Desembargador **Zacarias Neves Coelho**
Desembargador **Luiz Eduardo de Sousa**
Desembargador **Leandro Crispim** (Corregedor-Geral)
Desembargador **Itaney Francisco Campos**
Desembargador **Jeová Sardinha de Moraes** (Ouvidor)
Desembargador **Amaral Wilson de Oliveira** (Vice-Presidente)
Desembargador **José Paganucci Júnior**
Desembargador **Nicomedes Domingos Borges**
Desembargador **Guilherme Gutemberg Isac Pinto**
Desembargador **Delintro Belo de Almeida Filho**
Desembargador **Anderson Máximo de Holanda**
Desembargador **Maurício Porfírio Rosa**
Desembargador **Wilson Safatle Faiad**
Desembargador **Sebastião Luiz Fleury**
Desembargador **Reinaldo Alves Ferreira**
Desembargadora **Camila Nina Erbeta Nascimento**

Desembargador **Fabiano Abel de Aragão Fernandes**

CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA

Desembargador **Carlos Alberto França** (Presidente)

Desembargador **Leandro Crispim** (Corregedor-Geral)

Desembargador **Amaral Wilson de Oliveira** (Vice-Presidente)

Desembargadora **Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira**

Desembargador **Sérgio Mendonça de Araújo**

Desembargadora **Lília Mônica de Castro Borges Escher**

Desembargador **Vicente Lopes da Rocha Junior**

Desembargador **Silvânio Divino de Alvarenga**

Desembargador **Altamiro Garcia Filho**

Desembargador **Altair Guerra da Costa**

COMISSÃO DE REGIMENTO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Desembargador **Leobino Valente Chaves** (Presidente)

Desembargador **Carlos Hipólito Escher**

Desembargador **Kisleu Dias Maciel Filho**

Desembargadora **Elizabeth Maria da Silva**

Desembargador **Nicomedes Domingos Borges**

Desembargador **Reinaldo Alves Ferreira**

Desembargadora **Camila Nina Erbetta Nascimento**

COMISSÃO DE SELEÇÃO E TREINAMENTO

Desembargadora **Beatriz Figueiredo Franco** (Presidente)

Desembargador **Gilberto Marques Filho**

Desembargador **Itaney Francisco Campos**

Desembargadora **Elizabeth Maria da Silva**

Desembargador **Gerson Santana Cintra**

Desembargador **Anderson Máximo de Holanda**

Desembargador **Maurício Porfírio Rosa**

COMISSÃO DE INFORMATIZAÇÃO

Desembargadora **Amélia Martins de Araújo** (Presidente)

Desembargador **Marcus da Costa Ferreira**

Desembargador **Anderson Máximo de Holanda**
Desembargador **Fábio Cristóvão de Campos Faria**
Desembargadora **Doraci Lamar Rosa da Silva Andrade**
Desembargador **Fabiano Abel de Aragão Fernandes**
Desembargador **Roberto Horário de Rezende**

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO

Desembargadora **Nelma Branco Ferreira Perillo** (Presidente)
Desembargador **José Paganucci Júnior**
Desembargadora **Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira**
Desembargador **Edison Miguel da Silva Junior**
Desembargador **Guilherme Gutemberg Isaac Pinto**
Desembargador **José Carlos de Oliveira**
Desembargador **Marcus da Costa Ferreira**

COMISSÃO DE DISTRIBUIÇÃO E COORDENAÇÃO

Desembargador **Carlos Alberto França** (Presidente)
Desembargadora **Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira**
Desembargador **Vicente Lopes da Rocha Júnior**

REVISTA GOIANA DE JURISPRUDÊNCIA

Desembargador **Itaney Francisco Campos** (Diretor)
Desembargador **Luiz Cláudio Veiga Braga**

ESCOLA JUDICIAL

Desembargador **Jeronymo Pedro Vilas Boas** (Diretor)
Desembargador **Edison Miguel da Silva Júnior** (Vice-Diretor)

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação Rescisória nº 5603830.76.2021.8.09.0000

Comarca de Goiânia

Autor: Maurílio Volpato

Ré: Fleurípedes Maria de Carvalho Azambuja

Relator: Des. Leobino Valente Chaves

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE COBRANÇA. NOTA PROMISSÓRIA. ACÓRDÃO. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO À LITERALIDADE DA LEI, PROVA FALSA, DOCUMENTO NOVO E ERRO DE FATO. ART. 966, V, VI, VII E VIII DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO.

I - A procedência do pleito rescisório em razão de texto normativo violado advém da inobservância frontal e clarividente de seus comandos, de modo que evidencie abstração ao ordenamento jurídico disciplinador da matéria, não se revelando, como tal, a sua aplicação segundo a valoração dos fatos e provas constantes nos autos, e que, neste caso, aliás, tomou direcionamento diverso daquele em que o autor entende ter sido inobservado. É que o acórdão rescindendo considerou que o objeto da cobrança foi uma nota promissória, isoladamente, e na Rescisória defende-se a impossibilidade de novação em razão da nulidade, por rasura, da outra nota promissória antecedente e primitiva.

II - Desarrazoada a afirmação de ter o acórdão rescindendo baseado em prova falsa, uma vez que a nota promissória em que se alega a rasura não influenciou no desfecho do feito.

III - Improcede o fundamento atinente à existência de documentos novos, pois, a certidão cartorária relativa a uma suposta dação de um imóvel à ré como parte da quitação da dívida e os aventados comprovantes de pagamentos trazidos nesta ação, não se encaixam na sua respectiva definição porque eram perfeitamente acessíveis ao autor ao tempo da ação matriz.

IV - Vã a tentativa de encaixe da pretensa rescisão a um possível erro de fato, pois, este não é sinônimo de julgamento equivocado ou injusto, sendo defesa a ação como mero meio de aperfeiçoamento ou revisor.

AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ação Rescisória nº 5603830-76.2021.8.09.0000, acordam os componentes da 1ª Seção Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em julgar improcedente o pedido, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores Gilberto Marques Filho, Zacarias Neves Coelho, Luiz Eduardo de Sousa, Amélia Martins de Araújo, Gérson Santana Cintra, José Carlos de Oliveira, Carlo Roberto Fávaro, Anderson Máximo de Holanda, Wilson Safatle Faiad, Fernando de Castro Mesquita, Sebastião Luiz Fleury, Reinaldo Alves Ferreira, Sérgio Mendonça W Araújo, Ana Cristina Ribeiro Peternella França, Fabiano Abel de Aragão Fernandes, Átila Naves Amaral (substituto do Desembargador Amaral Wilson de Oliveira) e José Ricardo M. Machado (substituto da Desembargadora Maria das Graças Carneiro Requi). Impedida, a Desembargadora Doraci Lamar Rosa da Silva Andrade.

Presidiu a sessão o Desembargador Gerson Santana Cintra.

Fizeram sustentações orais o Dr. Alessandro de Lima Lago, pelo autor, e o Dr. Paulo Júnior Salgado de Moraes, pela ré.

Fez-se presente, como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, a Dr. Altamir Rodrigues Vieira Júnior.

Goiânia, 21 de junho de 2023.

Des. Leobino Valente Chaves - Relator

VOTO

Trata-se de ação Rescisória ajuizada por Maurílio Volpato do acórdão proferido pela Quinta Turma Julgadora da Sexta Câmara Cível desse Tribunal de Justiça, sob a relatoria da então Juíza Substituta em Segundo Grau, Dr^a. Doraci Lamar Rosa da Silva Andrade, na ação de Cobrança de nº 0414499.02.2014.8.09.0132, ajuizada por Fleurípedes Maria de Carvalho Azambuja, cujo pedido foi julgado procedente.

Verifico que os pressupostos peculiares quanto ao pleito rescisório foram observados, tendo sido realizado o depósito prévio e o trânsito em julgado do acórdão rescindendo ocorrido em 30.01.2020 (certidão no movimento 01 – arquivo 25), ou seja, há menos de dois anos do ajuizamento da ação.

De antemão vejo que nenhuma das razões apontadas pelo autor amparam sua pretensão.

Destaco, e o faço porque a ressalva servirá de norte para a presente decisão, o caráter excepcional da ação Rescisória por revestir-se como instrumento processual intrincado e complexo, justamente pela sua capacidade de mitigar a segurança jurídica resultante da coisa julgada, necessária à não perpetuação da lide e verdadeiro alicerce para o apaziguamento social.

É cediço que a ação rescisória constitui demanda autônoma de impugnação de decisão judicial transitada em julgado, que tem por objetivo rescindir o conteúdo decisório e, eventualmente, obter um novo julgamento, gerando, dessa forma, o que se costuma denominar de **iudicium rescindens** (juízo de rescisão) e o **iudicium rescissorium** (juízo de rejuízo).

Partindo de tal premissa, o requerente, num primeiro flanco, enquadra seu pedido no inciso V do art. 966 do CPC, ou seja, na violação de literal disposição de lei pelo julgado que se busca rescindir.

É consabido que quando se busca através dos lindes preestabelecidos, específicos e estreitos da ação Rescisória, rescindir ato judicial nos casos de violação à norma jurídica, esta deve estar clara e inequívoca, sendo pacífico o entendimento doutrinário neste sentido.

Resulta dessa exegese que somente se configura **sententia contra litteram** quando ocorre afronta no sentido unívoco e incontroverso do preceito legal, impondo-se, ainda, que tal ocorrência seja apurável de modo cabal, mediante simples exame dos autos nos quais foi proferido o ato judicial atacado, vedando-se ao Tribunal, por ocasião do julgamento da Rescisória, valer-se de provas que somente nela viessem a ser produzidas.

Em resumo, configura violação à literal disposição de lei, enquanto pressuposto, a ofensa ao texto legal ou à repercussão de seu conteúdo na sua aplicação ou abstração, o que não se confunde com a interpretação jurídica da norma pelo julgador, de forma contrária ao entendimento da parte.

O ex-professor e jurista de escol Humberto Theodoro Júnior, ao comentar o dispositivo legal citado, esclarece o seu alcance, nos seguintes termos:

“Violação manifesta, referida pelo art. 966, V, do novo Código exprime bem a que se apresenta frontal e evidente à norma, e não a que decorre apenas de sua interpretação diante da incidência, sobre determinado quadro fático.” (in Curso de Direito Processual Civil, 50ª Edição, Editora Forense, p. 858).

Os preceptivos indicados como violados foram os arts. 166, II e III e 367, ambos do Código Civil, a saber:

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

Art. 367. Salvo as obrigações simplesmente anuláveis, não podem ser objeto de novação obrigações nulas ou extintas.”

Deflui de suas previsões que o malferimento estaria no não reconhecimento da nulidade da dívida primitiva, estampada na nota promissória emitida no valor de R\$467.937,00 (quatrocentos e sessenta e sete mil e novecentos e trinta e sete reais), por ter sido oriunda de agiotagem, bem como por ter sido rasurada grotescamente na aposição da data de vencimento, sendo, assim, impossível de ser novada para surgir a outra nota promissória, no valor de R\$600.000,00 (seiscentos mil reais).

Ocorre que a agiotagem não foi sequer discutida na ação de Cobrança em tela, e bem assim, o acórdão entendeu, examinando os fatos e o arcabouço probatório, que o objeto do pleito não foi resultante de novação mediante emissões de títulos sucessivos e encadeados, e sim de negócios estanques, em que restava em aberto apenas a nota promissória emitida por último.

Aliás, o próprio autor, ao apresentar alegações finais na ação de Cobrança, afirmou que as notas promissórias advieram de negócios apartados com a ré, tendo assim expressado, em literais termos:

“Referidas alegações deixam claro que a nota promissória acima, não guarda qualquer relação com a nota promissória de R\$600.000,00, com data de emissão em 15.07.2011 e vencimento em 30.10.2011.

(...)

Pela venda da semente, a autora se responsabilizou pelo pagamento da importância de R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) a ser paga da seguinte forma: a)

R\$600.000,00 (seiscentos mil reais) no ato da assinatura do presente instrumento e b) R\$600.000,00 (seiscentos mil reais) na data da entrega do produto.

O réu recebeu a primeira parcela na data do contrato, ou seja recebeu de Fleuripedes, o valor de R\$600.000,00 e por causa de problemas na produção não foi possível a entrega da semente na data combinada.

Diante disto e justificando a necessidade de ter uma garantia de pagamento feito, quando da assinatura do contrato, a Senhora Fleuripedes, representada sempre pelo seu marido Sr. Carmo, exigiu do réu uma nota promissória de igual valor, no que foi atendido prontamente.

Note-se que o vencimento do contrato foi em 15.07.2011, e a emissão da nota promissória de R\$600.000,00 (seiscentos mil reais) foi exatamente na mesma data.

Referida nota promissória deveria ser resgatada quanto da entrega da semente comprada. Entre os dias 24.09 e 03.10 de 2011, 50% da semente, ou seja 10.000.000 de pontos de pureza de semente, foi entregue par a autora, sendo indicado como destinatário a empresa Sementes Santa Fé Ltda., estabelecida em Goiânia, podendo ser comprovado pelas notas fiscais juntado as fls. 14 até 20 dos autos em anexo.

Os 50% da semente faltantes não foram entregues, razão pela qual o valor de R\$600.000,00, que deveriam ter sido pagos ao réu, também não foram pagos.

Concluindo a nota promissória R\$600.000,00 (seiscentos mil reais), quer era vinculada a um contrato, foi totalmente resolvida, e por má-fé do marido da autora, referida nota não foi devolvida para o réu.”

Firmada essa premissa, fiz a devida incursão no acórdão rescindendo, donde pude colher os fundamentos que lhe deram suporte, notadamente o fragmento que apreciou os fatos, a prova e o conteúdo ao qual referi:

“Inicialmente, destaca-se que o crédito buscado nesta demanda trata-se da Nota Promissória no valor de R\$600.000,00 (seiscentos mil reais) com vencimento em 15.07.2011, colacionada no evento 3, doc. 4, fl. 13, enquanto a Nota Promissória constante no evento 3, doc. 4, fl. 12, no valor de R\$476.937,00, com vencimento em 15.05.2007, refere-se ao título inadimplido, que ensejou a assinatura da nova Nota Promissória, inicialmente referida, objeto desta ação.

Conforme se vê do documento colacionado (evento 3, doc. 12, fl. 31), o título protestado em 14.10.2013, possui o valor de R\$600.000,00 (seiscentos mil reais), e constitui-se na nota promissória vencida em 15.07.2011, no valor de R\$600.000,00 (seiscentos mil reais), a qual apresenta as características necessárias a sua cobrança.

(...)

No tocante às alegações de rasuras, entendo que razão também não assiste ao primeiro apelante, de modo que a rasura constante no ano de vencimento da Nota Promissória com valor de R\$476.937,00, não possui o condão de anular o título inadimplido objeto desta ação.

(...)

Assim sendo, conquanto não se vislumbre vício de consentimento ou social, afigura-se comportável no caso em apreço a discussão acerca da **causa debendi** do título que alicerça a ação de cobrança, sendo permitido ao devedor pleitear o seu exame, cabendo a ele, todavia,

trazer provas com vistas à sua desconstituição (art. 373, II do CPC) – o que não ocorreu no caso em tela.

Nesse sentido, insta esclarecer que, à luz do contexto probatório dos autos, especialmente das declarações das partes, verifica-se que foram realizados vários negócios entre as partes e um desses negócios trata-se de uma compra e venda de sementes, na qual o requerido/devedor se comprometeu a pagar R\$600.000,00 no ato da assinatura do contrato e a segunda parcela de R\$600.000,00 na safra.

(...)

Nesse cenário, não há elementos para se concluir que a Nota Promissória, de fato, foi emitida em caução, mesmo porque não foi demonstrada a existência ou inexistência da obrigação supostamente caucionada ou ainda que a nota Promissória foi emitida no vencimento da segunda prestação supostamente não paga pelo devedor.

Assim, há de prevalecer, no caso, a abstração do título, impondo-se reconhecer a validade para ser cobrado, que lhe é inerente, dada a ausência de vício capaz de nulificá-lo.”

Ora, o que se verifica, verdadeiramente, no caso dos autos, é uma tentativa de revisão, de rejugamento do que foi decidido, e nem mesmo pode-se dizer que seria para adequar ao anseio do autor, pois, que dele mesmo partiu a informação acerca da emissão distinta das notas promissões, sem que tivessem sido novadas, ou dissessem respeito a um mesmo negócio.

O vício que dá azo ao feito de cunho rescisório é aquele que atinge a sua literalidade, a sua própria disposição, e já reforço este conceito em repetição do que já disse anteriormente. É o ultraje, a desconsideração direta e irretorquível de suas prescrições. Não é este o caso amostrado nos autos.

A sentença espelha o posicionamento de seu prolator, resultante da compreensão da matéria que lhe foi posta a decidir. Por este caminho, o juízo realizado do compêndio processual, sob o ponto de vista do acerto, da boa e acertada apreciação, não rende ensejo à Rescisória.

Tal reavaliação somente é viável em sede recursal. Tal tarefa pela via rescindenda é defesa, de todo inoportuna. Ela não se constitui em mais um meio de impugnação de ato que encerrou julgamento contrário ao interesse e entendimento da parte, sob pena de eternização da lide e oportunização de recurso com prazo de dois anos.

A insatisfação acerca de posicionamento adotado, se justo ou injusto, se correto ou incorreto, se acertado ou não, como dito, revela-se desarrazoada ao pedido rescisório, que não se destina ao aperfeiçoamento de julgados.

Em assim sendo, transcrevo abaixo os seguintes julgados que calham perfeitamente à hipótese dos autos:

“Processual civil e previdenciário. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação rescisória. Alegação de erro de fato e de violação de norma jurídica. Não ocorrência. Inversão do julgado. Inviabilidade. Reexame fático-probatório. Súmula 7/STJ. Agravo interno não provido.1. Conforme a jurisprudência do STJ, a violação literal de disposição de lei que autoriza o manejo de ação rescisória ‘é a flagrante, tornando a decisão de tal modo teratológica a consubstanciar afronta ao sistema jurídico vigente’ (AgInt na AR 6.685/MS, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 09.06.2021, DJe de 15.06.2021). (...)

2. No caso, não houve negligência em relação às provas produzidas pela parte agravante na ação originária, tampouco violação direta da literalidade da norma jurídica. Ao revés, a decisão rescindenda analisou as provas materiais e testemunhais apresentadas, concluindo, ao final, pela ausência de comprovação da dependência econômica da parte autora em relação ao filho falecido. Assim, conforme corretamente asseverou o Tribunal de origem, a ação rescisória fora utilizada como verdadeiro sucedâneo recursal, com vistas a corrigir suposta injustiça na interpretação dos fatos, o que é inadmissível. 3. A adoção de entendimento diverso, conforme pretendido, implicaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância vedada pela Súmula 7 do STJ. 4. Agravo interno não provido.” (STJ, Primeira Turma, AgInt no AREsp nº 2.183.706/SP, Relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, DJ de 18.05.2023.)

“Processual civil. Ação rescisória. Erro de fato. Violação literal da lei. Inexistência. Direito administrativo sancionador. Novos benefícios. Aplicação retroativa. Impossibilidade. Respeito à coisa julgada. Tema 1.199 do STF. Observância. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, com o propósito de rediscutir o entendimento jurídico aplicado pelo acórdão rescindendo. 2. Eventual desacerto quanto à (não) aplicação de enunciado sumular ou de jurisprudência do STJ não se equivale a erro de fato, mas de direito (critério interpretativo do julgador sobre aplicação de fontes normativas secundárias ao caso concreto). 3. Hipótese em que a decisão não admitiu fato do processo (uma prova, por exemplo) inexistente ou considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido, diante desse quadro, 'a rescisória não é remédio próprio para verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial' (AgInt na AR nº 6.114/MT, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 20.09.2022, DJe de 22.09.2022). 4. O entendimento consolidado deste Tribunal Superior orienta-se no sentido de que a procedência da ação rescisória por violação de literal disposição de lei exige que a interpretação dada pelo juízo rescindendo deva ser clara e evidente, ou seja, que viole o dispositivo legal em sua literalidade. 5. (...).” (STJ, Primeira Seção, AR nº 6.826/MG, Relator Ministro Gurgel de Faria, DJ de 02.05.2023.)

Demais disso, é indisfarçável a tentativa, com a presente ação Rescisória, de invalidar o resultado da ação de Cobrança sob o entendimento do autor de injustiça, posto que, em trecho da inicial, brada que “...tal sentença traduz uma injustiça absurda conta o Autor, visto estar sendo cobrado por algo que já pagou!”

Num outro prisma, a presente ação Rescisória ancora-se no art. 966, VI do CPC, que prevê seu cabimento quando a decisão de mérito “...for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória”.

Até pela elucidação do caminho tomado no acórdão rescindendo, que não considerou a cobrança da nota promissória em que apontada a rasura como objeto da ação, é clara a não incursão nesta hipótese de rescisão. E tal não suscita maiores digressões.

Outrossim, o autor sustenta a viabilidade da via rescisória pela existência de documentos novos, que, pelo inciso VII do art. 966 do CPC, obteve “... 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 documentação reputada inovadora, vinda agora nesta ação, é a juntada de uma certidão cartorária que atesta a transferência de um imóvel, no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), em abatimento da dívida, bem como recibos acerca do pagamento de valores, realizados ao esposo da ré.

Sobreditos documentos não podem ser qualificados como novos, uma vez que já existiam ao tempo da ação de Cobrança, o autor, inclusive pelo conteúdo que encerram, já os conhecia, e não há indício de obstáculo que pudesse tê-lo impedido de utilizá-los anteriormente.

A propósito:

“Ação rescisória. Prova nova. Art. 966, VII do CPC. Ação anulatória de escritura pública de compra e venda de imóvel. Simulação. Documentos que não são novos. Precedentes STJ. 1. Conforme sedimentou o Superior Tribunal de Justiça ‘o documento novo, apto à rescisão, é aquele que já existia ao tempo da prolação do julgado rescindendo, mas que não foi apresentado em juízo por não ter o autor da rescisória conhecimento da existência do documento ao tempo do processo primitivo ou por não lhe ter sido possível juntá-lo aos autos em virtude de motivo estranho a sua vontade’ (AR 3.450/DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 25.03.2008). 2. Não se confunde prova nova com aquela que, por desídia ou negligência da parte, deixou de ser produzida em momento oportuno, cabendo ao autor da rescisória demonstrar, de forma inequívoca, que ignorava a existência da prova, ou dela não pôde fazer uso (RT 674/149, RJTJESP 97/416, JTA 100/206 - nota 32 ao art. 485 do CPC, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 42ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 573). 3. No caso dos autos, resta evidente que a documentação que instrui a rescisória não é nova, eis que não desconheciam sua existência ou não podiam fazer uso durante a instrução processual da lide originária, não podendo prestigiar a **máxima dormientibus non succurrit ius**. Ação rescisória julgada improcedente.” (TJGO, Primeira Seção Cível, AR 5002148-09.2019.8.09.0000, Relator Desembargador José Carlos de Oliveira, DJ de 03.02.2022).

Incursionando por outra senda, o autor realizou uma tentativa de imputar erro de fato ao acórdão repudiado, decorrente de conclusões nele expostas diferentemente daquelas vistas na sentença, no modo previsto no art. 966, VIII, do CPC, ao apresentar suas razões finais, em clara releitura da inicial por si aduzida.

Nesse sentido, o § 1º do citado art. 966, estabelece, **verbis**:

“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.”

Como transcrito, o erro de fato não corresponde a julgamento errado pela má avaliação, aquilatação das provas existentes frente ao cenário fático delineado. Nesta hipótese acomoda-se a pretensão do autor, mesmo porque o fato indicado como relegado (quitação da primeira nota promissória) foi tratado e decidido, ainda que entenda ter sido de maneira equivocada.

Ademais:

“Se o tema foi discutido no processo cujo acórdão se quer rescindir, não há erro de fato, nada importando que o julgado tenha se omitido a respeito” (RSTJ 146/247). Grifei.

“Não é rescindível a sentença em que o juiz, ainda quando errando na apreciação da prova, declarou expressamente que decidia como o fez porque determinado fato ocorrera” (RTJ 98/972).

Sendo assim, por qualquer ângulo que se esquadrinhe os fundamentos deduzidos na ação Rescisória, não se verifica êxito ou razoabilidade capaz de fazer ruir o acórdão focalizado.

Para encerrar, do Superior Tribunal de Justiça colho o seguinte precedente:

“Agravo interno na ação rescisória. Direito civil e processual civil. Alegação da existência de violação manifesta a normas jurídicas e erro de fato. Art. 966, V e VIII, § 2º, II, do CPC. Não ocorrência. Utilização como mero sucedâneo recursal. Impossibilidade. Pedidos julgados improcedentes. Decisão agravada mantida. (...) 2. A manifesta violação da norma jurídica que propicia o ajuizamento da ação rescisória, na forma do art. 966, V, do CPC, pressupõe que o conteúdo normativo tenha sido ofendido de maneira evidente e flagrante, tornando a decisão de tal modo teratológica a consubstanciar afronta ao sistema jurídico vigente, o que não ocorreu no caso dos autos. 3. No âmbito de ação rescisória, o erro de fato se configura quando o julgado que se pretende rescindir admita 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, o que inócorre na espécie. 4. Não configura erro de fato a alegação de equívoco interpretativo ou na qualificação jurídica dos fatos. (...) 6. A ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, sendo cabível, excepcionalmente, apenas nas hipóteses previstas em lei. 7. Não se pode admitir que o mero descontentamento com o resultado do julgamento sirva de fundamento para o ajuizamento da presente ação rescisória, ainda mais quando a parte se limita a reiterar argumentos já rechaçados quando do julgamento do recurso especial interposto na demanda originária. 8. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos. 9. Agravo interno desprovido.” (STJ, Segunda Seção, AgInt na AR nº 7.087/DF, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 18.03.2022).

E desse Órgão Fracionário:

“Ação rescisória. Processual civil. Reapreciação do julgado. Impossibilidade. Acervo probatório. Sucadâneo recursal. Precedentes do STJ. Inadmissibilidade. Carência de ação. 1. A via rescisória utilizada sob o fundamento de violação literal a disposição de lei só é admitida quando a transgressão ao dispositivo apontado for flagrante, não sendo admitida como sucedâneo de recurso, ainda que adotada interpretação desfavorável à parte. 2. Denota-se que a presente pretensão rescisória é rediscutir a matéria decidida, tornando a ação rescisória em um recurso de prazo dilatado. (...) 3. Observando que a demanda possui nítida intenção de reavaliar as provas realizadas, ou que deveriam ter sido produzidas, para nova valoração, há de ser extinto o feito, sem resolução do mérito, por ausência de uma das condições da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido rescisório pela inadequação da via eleita. Rescisória improcedente”. (TJGO, 1ª Seção Cível, AR nº 5536441-45.2019.8.09.0000, Relator Desembargador Gerson Santana Cintra, DJ de 04.06.2020).

Acerca da fixação dos honorários advocatícios de sucumbência: "... A base de cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais na ação rescisória deve seguir a regra geral do art. 85, § 2º, do CPC/2015, que tem como referência o valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou, caso não for possível mensurá-lo, a base de cálculo sobre o valor atualizado da causa; também por se tratar de atividade cognitiva que o juízo exerce sobretudo à luz dos elementos da nova demanda proveniente de ação rescisória, a fixação dos honorários de sucumbência deve seguir os parâmetros da demanda rescindenda, e não da ação originária; por fim, tudo isso sempre respeitando as teses fixadas no julgamento do Tema 1.076/STJ, notadamente, quando houver a participação fazendária, como no caso em análise - o arbitramento da sucumbência seguirá o previsto no 3º do art. 85 do CPC/2015, admitindo apenas o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo...". (STJ, Primeira Turma, EDcl no AgInt no REsp 1872357 / AM, Relator Ministro Manoel Erhardt - Desembargador Convocado do TRF5 -, DJ de 01.06.2022).

Pelo exposto, julgo improcedente a presente Ação Rescisória, condenando o autor nos ônus da sucumbência, cujos honorários advocatícios fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. Reverso em favor da ré o depósito inicial, conforme o parágrafo único do art. 974 do CPC.

É como voto.

Goiânia, 21 de junho de 2023.

Des. Leobino Valente Chaves - Relator

Agravo de Instrumento nº 5590640.53.2022.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Agravante: André Zanata Gritti

Agravada: Camilla Pinto Brasileiro

Relator: Des. Sérgio Mendonça de Araújo

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E VISITAS DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA ENTRE EX-CÔNJUGES. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DO ANIMAL.

I - O Código Civil traçou a natureza jurídica dos animais, tendo sido tipificados como coisas, ou seja, objetos de propriedade, não sendo dotados de personalidade jurídica e não podendo ser tidos como sujeitos de direitos.

II - Em razão do crescimento exponencial do número de animais de estimação no âmbito das famílias, sendo tratados como verdadeiros "membros da

família”; da resignificação contemporânea do apreço do animal de estimação dentro do núcleo familiar; e da singularidade do afeto estabelecido entre os donos e o animal, não se mostra suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, a disputa familiar de guarda desse animais, como se tratasse de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

III - Para a definição acerca da custódia dos animais, deve-se levar em conta o fato de que são seres sencientes – dotados de sensibilidade – e que, portanto, deve-se considerar o seu bem-estar, bem como o vínculo afetivo do dono com o animal, em cada caso concreto.

IV - Levando em consideração as variáveis do litígio vertente, desdome-se, a partir de uma cognição sumária, que ambos os proprietários do animal estabeleceram com ele vínculo afetivo, sendo responsáveis pelos cuidados, não se podendo ignorar a importância que o cachorro detém para o casal, razão pela qual deve ser permitido a ambos terem consigo a companhia da cadela e exercerem sua guarda de forma compartilhada, a fim de atender o melhor interesse dos donos e do próprio animal.

AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Agravo de Instrumento nº 5590640-53.2022.8.09.0051 da Comarca de Goiânia em que figura como Agravante André Zanata Gritti e como Agravada Camilla Pinto Brasileiro.

Acordam os integrantes da Terceira Turma Julgadora da 7ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, em conhecer e prover o recurso, nos termos do voto do relator.

A sessão foi presidida pelo Desembargador Sebastião Luiz Fleury.

Presente a Procuradoria-Geral de Justiça apresentada nos termos da lei e registrado no extrato da ata.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Sérgio Mendonça de Araújo - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, interposto por André Zanata Gritti contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 15ª Vara Cível e Ambiental da comarca de Goiânia, Dr. Lucas de Mendonça Lagares, nos autos da ação de regulamentação de guarda e visita de animal de estimação, ajuizada por Camilla Pinto Brasileiro em desfavor do agravante, no bojo da qual o magistrado de origem deferiu o pedido liminar e concedeu à agravada a guarda provisória unilateral da cachorra “Amora”, com direito de visitas em favor do agravante.

Na decisão recorrida, o magistrado de primeira instância deferiu o pedido de urgência nos seguintes termos (evento nº 19 dos autos originários nº 5401530-35.2022.8.09.0051):

“(…) Com essas premissas, e, a considerar a prova documental contida nos autos, tenho que a parte autora logrou demonstrar, pelo menos a princípio, o elevado grau de afeto que possui pelo animal de estimação ganhado por ela e o requerido na constância do casamento que outrora mantiveram, bem como que o não deferimento da tutela de urgência pleiteada em sede exordial poderá causar-lhe prejuízos, especialmente sentimentos de angústia e aflição por se ver impedida de manter contato com o animal, caso o requerido venha a se mudar para Belo Horizonte, levando consigo o animal de estimação.

(…)

Assim colocado, forte nestas razões de decidir, satisfeitos os requisitos contidos no art. 300, **caput**, do Código de Processo Civil, DEFIRO a tutela de urgência ora vindicada para o fim de CONCEDER à autora a guarda unilateral de “Amora”, resguardando ao requerido, por meio de visitas, o direito de convivência com o animal de estimação. Para o exercício das visitas, poderá o requerido buscar o animal nas sextas-feiras, devolvendo o nos domingos seguintes, em finais de semana alternados ou a cada 15 (quinze) dias.”

Irresignado, o agravante interpôs o presente recurso e alegou, em síntese, o equívoco da decisão proferida na origem, ante a ausência da probabilidade do direito e do **periculum in mora**, requisitos essenciais para o deferimento da liminar.

Salientou que a agravada não juntou aos autos da ação quaisquer documentos que comprovassem que o agravante levaria o animal de estimação para outra cidade sem a sua anuência, tendo instruído a inicial tão somente com declarações de familiares sobre o animal, declaração de veterinária que não acompanha o cachorro e cartão de vacinas.

Argumentou que não há nos autos nenhuma prova das alegações da agravada e nenhum indício de perigo de dano que justifique a guarda unilateral em favor da agravada.

Aduziu que, em observância ao melhor interesse do animal, a guarda deveria permanecer com o agravante, já que “Amora” foi um presente dado ao casal na constância do casamento e, desde, então, está sob os cuidados do agravante, que garante a satisfação de todas as necessidades do animal.

Asseverou que, ao contrário do que fora narrado pela agravada, o animal, em 2021, foi diagnosticado com dermatite alérgica, razão pela qual necessita de cuidados especiais, tais como medicamento e ração específica, que sempre foram custeados pelo agravante, o que comprova ser ele o tutor do animal e o responsável pelos seus cuidados.

Reforçou que, embora tenha planejado mudar para a cidade de Nova Lima/MG, “sempre deixou claro à agravada que jamais levaria o animal sem o seu consentimento, o que evidencia, mais uma vez, a ausência do risco de dano”, tendo proposto inúmeras formas de acordo para manter a guarda compartilhada do animal, as quais foram sempre recusadas.

Informou, por fim, que vem sofrendo diariamente com a falta de convivência com o animal, além de se preocupar com a mudança abrupta de sua rotina de cuidados e do vínculo com o outro animal do agravante, razão pela qual pleiteou a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de conceder a guarda provisória do animal ao agravante ou, subsidiariamente, a concessão da guarda compartilhada, a fim de que as partes revezem na posse do animal a cada dois meses. No mérito, pede

o conhecimento e provimento do agravo, confirmando-se a tutela liminar deferida, conforme requestado.

Juntou documentos (evento nº 1).

Preparo devidamente recolhido.

Devidamente intimada, a agravada deixou de apresentar contrarrazões (mov. 9).

É o relatório. Peço a inclusão em pauta para julgamento.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Sérgio Mendonça de Araújo - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, conheço do agravo de instrumento.

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, interposto por André Zanata Gritti, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 15ª Vara Cível e Ambiental da comarca de Goiânia, Dr. Lucas de Mendonça Lagares, nos autos da ação de regulamentação de guarda e visita de animal de estimação, ajuizada por Camilla Pinto Brasileiro em desfavor do agravante, no bojo da qual o magistrado de origem deferiu o pedido liminar e concedeu à agravada a guarda provisória unilateral da cachorra “Amora”, com direito de visitas em favor do agravante.

Extrai-se dos autos que o julgador **a quo**, em decisão liminar, fixou a guarda provisória unilateral do animal de estimação em favor da agravada, com direito de visita pelo agravante, nos seguintes termos:

“(…) Com essas premissas, e, a considerar a prova documental contida nos autos, tenho que a parte autora logrou demonstrar, pelo menos a princípio, o elevado grau de afeto que possui pelo animal de estimação ganhado por ela e o requerido na constância do casamento que outrora mantiveram, bem como que o não deferimento da tutela de urgência pleiteada em sede exordial poderá causar-lhe prejuízos, especialmente sentimentos de angústia e aflição por se ver impedida de manter contato com o animal, caso o requerido venha a se mudar para Belo Horizonte, levando consigo o animal de estimação.

(…)

Assim colocado, forte nestas razões de decidir, satisfeitos os requisitos contidos no art. 300, **caput**, do Código de Processo Civil, defiro a tutela de urgência ora vindicada para o fim de conceder à autora a guarda unilateral de “Amora”, resguardando ao requerido, por meio de visitas, o direito de convivência com o animal de estimação. Para o exercício das visitas, poderá o requerido buscar o animal nas sextas-feiras, devolvendo-o nos domingos seguintes, em finais de semana alternados ou a cada 15 (quinze) dias. “Regularizar a guarda de fato até o julgamento final ação.”

Sob o argumento de que a alteração da guarda unilateral ou a guarda compartilhada entre os donos do animal atenderia o melhor interesse da cachorra “Amora”, o agravante pleiteia a reforma do

decisum, a fim de que a custódia da cadela permaneça com ele ou, subsidiariamente, que seja revezada a cada dois meses entre os donos.

Pois bem. É cediço que, no mundo da pós-modernidade, cada vez mais recorrente as questões envolvendo a afetividade entre o homem e o animal, sendo certo que a proteção desse último está prevista como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII, da CRFB).

Nesse contexto, coube ao Código Civil traçar a natureza jurídica dos animais, tendo sido tipificados como coisas, ou seja, objetos de propriedade, não sendo dotados de personalidade jurídica e não podendo ser tidos como sujeitos de direitos.

De fato, os animais, via de regra, enquadram-se na categoria de bens semoventes, isto é, "os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social" (art. 82).

Entretanto, nos dias atuais, em razão do crescimento exponencial do número de animais de estimação no âmbito das famílias, sendo tratados como verdadeiros "membros da família"; da ressignificação contemporânea do apreço do animal de estimação dentro do núcleo familiar; e da singularidade do afeto estabelecido entre os donos e o animal, não se mostra suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, a disputa familiar de guarda desse animais, como se tratasse de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

Isso porque, a despeito de animais, possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada.

Nesse ponto, bem assinala José Fernando Simão que:

A propriedade de animais não humanos passa por um filtro óbvio: os animais não humanos são coisas especiais, pois são seres dotados de sensibilidade e passíveis de sofrimento e dor. É por isso que o direito de propriedade sobre os animais, segundo interpretação sistemática do Código Civil, não pode ser exercido de maneira idêntica àquele que se exerce sobre as coisas inanimadas ou não dotadas de sensibilidade. (SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. Revista Jurídica Luso-brasileira, v. 4, ano 3, 2017, p. 899).

Nesse contexto, para a definição acerca da custódia desses animais, sem desvirtuar a natureza jurídica a eles atribuída, mas considerando a ideia de que não se está diante de uma "coisa inanimada", deve-se levar em conta o fato de que tais animais são seres sencientes – dotados de sensibilidade – e que, portanto, deve-se considerar o seu bem-estar, bem como o vínculo afetivo do dono com o animal, em cada caso concreto.

Nesse sentido:

Recurso especial. Direito civil. Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade, a depender do caso concreto. (...) 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente – dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que

haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (REsp nº 1.713.167/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19.06.2018, DJe de 09.10.2018.)

Ademais, a ausência de norma que discipline a matéria não pode ser impasse para que se dê solução à lide, principalmente em casos desse jaez, os quais mostram-se cada vez mais comuns no âmbito do Poder Judiciário.

Com efeito, o próprio Enunciado 11 do IBDFAM, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, dispôs acerca do assunto da seguinte forma: "na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal".

Assim, necessário se faz encontrar a solução adequada para a questão posta em análise.

Fixadas tais premissas, na hipótese, verifica-se pelos documentos juntados aos autos, mormente pelas conversas pelo aplicativo WhatsApp, que a cadela "Amora" fora presenteada à agravada na constância da relação conjugal com o agravante, passando a ser de propriedade do casal, tanto que, após a dissolução da união, permaneceu sob a custódia do agravante.

Ademais, pelas fotos, comprovantes de vacinas, laudos médicos veterinários, comprovantes de compras de medicamentos e ração, exames e fotos juntados aos autos (mov. 1), percebe-se que a cadela convivia de modo permanente com o agravante, sendo por ele mantida, passando determinados períodos na casa da agravada, que também dispensava cuidados ao animal.

Desse modo, levando em consideração as variáveis do litígio vertente, dессome-se, a partir de uma cognição sumária, que ambos os proprietários do animal estabeleceram com ele vínculo afetivo, sendo responsáveis pelos cuidados da "Amora", não se podendo ignorar a importância que o cachorro detém para o casal, razão pela qual deve ser permitido a ambos terem consigo a companhia da cadela e exercerem sua guarda de forma compartilhada, a fim de atender o melhor interesse dos donos e do próprio animal.

Nesse passo, a fim de tornar viável a custódia compartilhada, considerando que o agravante reside no Estado de Minas Gerais e a agravada no Estado de Goiás, necessária a fixação de prazo maior para o revezamento na posse do cão, razão pela qual o prazo de dois meses com cada um dos donos atende às necessidades do animal e ao interesse das partes.

Ademais, durante o período de custódia, cada parte deverá arcar com as respectivas despesas (alimentação, remédios, transporte etc.), devendo, a cada término do prazo, ser entregue ao outro dono, sob pena de multa diária de R\$300,00 (trezentos reais) limitados a 10 (dez) dias.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de estabelecer a guarda compartilhada do animal a ambos os donos, nos moldes acima delineados.

Considerando que o animal está sob custódia da agravada desde o dia 15.08.2022, quando lhe foi deferida a guarda provisória unilateral, deve ser entregue ao agravante pelo prazo de dois meses, a partir da data em que intimada desta decisão.

É o voto.

Desde já e independente do trânsito em julgado, determino o arquivamento dos autos, com as respectivas baixas necessárias, retirando o feito do acervo desta relatoria.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Sérgio Mendonça de Araújo - Relator

Agravo de Instrumento nº 5702774.23.2022.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Agravante: Laura Lozi Chaves

Agravado: Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico

Relator: Des. Sérgio Mendonça de Araújo

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. DIABETES. BOMBA DE INSULINA. TUTELA DE URGÊNCIA INDEFERIDA. ART. 300 DO CPC. REQUISITOS PRESENTES.

I - O Agravo de Instrumento é recurso **secundum eventum litis**, isto é, limita-se a apreciação dos elementos que integralizaram o conhecimento do julgador ao instante da análise da decisão atacada, sendo vedado a instância revisora adentrar ao mérito da demanda originária, sob pena de supressão de instância.

II - Nos termos do art. 300 do CPC, a tutela de urgência tem como requisitos a probabilidade do direito e o perigo de dano ou receio da ineficácia do processo. **In casu**, verifica-se que restou comprovada a urgência do tratamento prescrito, tendo em vista o relatório da médica assistente o que comprova a condição peculiar da saúde da paciente, que demanda tratamento de urgência, e a cobertura deve ser suportada pelo plano de saúde contratado. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Agravo de Instrumento nº 5702774-23.2022.8.09.0051 da Comarca de Goiânia em que figura como agravante Laura Lozi Chaves e como agravada Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico.

Acordam os integrantes da Terceira Turma Julgadora da 7ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, em conhecer e prover o recurso, nos termos do voto do relator.

A sessão foi presidida pelo Desembargador Fabiano Abel de Aragão Fernandes.

Presente a Procuradoria-Geral de Justiça presentada nos termos da lei e registrado no extrato da ata.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Sérgio Mendonça de Araújo – Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de tutela antecipada recursal, interposto por Laura Lozi Chaves, em face da decisão prolatada pelo Senhor juiz de direito da 28ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, Sandro Cássio de Melo Fagundes, nos autos da ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, proposta pela Agravante em desfavor da Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico.

O agravo de instrumento é interposto em face da decisão (mov. 26 – autos originários) que indeferiu o pedido de tutela de urgência, nos seguintes termos:

(...) Segundo consta dos autos, a negativa da parte requerida se deu em conformidade com o art. 10, inciso VI, da Lei nº 9.656/98, que trata do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar.

A negativa da parte requerida se mostra, ao menos em juízo de cognição sumária, plausível e legítima.

Em primeiro lugar, porque os planos de saúde não estão obrigados ao fornecimento de medicamento de uso domiciliar, em consonância com a previsão contida no artigo 10 da Lei nº 9656/98, com exceção dos medicamentos antineoplásicos orais e para o controle de efeitos colaterais e adversos dos medicamentos antineoplásicos, bem como aqueles que constam do rol da ANS, que são de fornecimento obrigatório.

Em segundo lugar, porque embora a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, tenha sido recentemente alterada pela Lei nº 14.454 de 21.09.2022, que trouxe mudanças significativas no tocante ao rol de procedimentos e eventos em saúde, que passou a ser meramente exemplificativo, o caso dos autos não se enquadra nos requisitos previstos no art. 10, § 13, da Lei nº 9.656/98.

(...)

O Parecer Técnico da Câmara de Saúde do Poder Judiciário do Estado de Goiás coligido no evento nº 24 informa que o sistema de infusão contínua de insulina não consta do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS e que “não existem ainda estudos de desfecho a longo prazo que confirmem superioridade inequívoca de um tratamento sobre o outro”.

Com a simples leitura do parecer, é possível concluir que, não obstante a existência de discretas vantagens na utilização do sistema de infusão em relação a redução da hipoglicemia e variabilidade glicêmica, ainda não há comprovação científica quanto a superioridade do referido

sistema em relação aos tratamentos convencionais.

A contratação de plano de saúde não gera, por si só, o dever de compelir o(a) requerido(a) a arcar com todas as despesas médicas/hospitalares solicitadas, eis que não é ilegal ou abusivo limitar algumas coberturas, desde que atenda as disposições legais que regem a matéria.

Cumpra salientar que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da Constituição Federal), de modo que a contratação de plano de saúde privado não transfere à operadora do plano de saúde/seguradora a obrigação do poder público de garantir a saúde.

Há também no parecer a informação de que a doença que acomete a requerente não se enquadra nas definições de urgência e emergência.

Desse modo, não se pode compelir a requerida a arcar com o tratamento ora pretendido.

Como se vê, não se vislumbra a presença da probabilidade do direito do(a) autor(a).

Desnecessária a análise do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, eis que a concessão da medida exige a coexistência destes dois requisitos.

Forte nessas considerações, indefiro o pedido de concessão de tutela de urgência antecipada formulado na petição inicial.

Nas razões recursais, a Agravante narrou que propôs a ação de obrigação de fazer em face da Ré, ora Agravada, em razão da negativa de cobertura de tratamento médico para controle glicêmico da Agravante, que possui Diabetes Mellitus Tipo 1. Discorreu sobre a gravidade da doença e apontou o risco de morte.

Afirmou que há 18 (dezoito) anos faz controle glicêmico e já realizou vários tratamentos, os quais se mostraram ineficazes. Apontou que a médica endocrinologista receitou a Bomba de Insulina Meditronic MiniMed780, que faz liberação automática de insulina no organismo da Agravante e mede a glicemia de forma contínua, diminuindo consideravelmente os quadros hiperglicêmicos e hipoglicêmicos.

Informou que o valor médio mensal dos insumos e equipamentos é de R\$5.785,70 (cinco mil, setecentos e oitenta e cinco reais e setenta centavos) e que não possui condições financeiras de arcar com o tratamento.

Aduziu que a negativa administrativa da Agravada se deu sob o fundamento de que não fornece materiais e/ou medicamentos de uso domiciliar.

Dissertou sobre a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida e à saúde.

Sustentou a aplicação do Código de Defesa ao Consumidor e alegou abusividade na cláusula contratual que exclui o fornecimento de medicamento domiciliar. Colacionou julgados para amparar a tese defendida. Pontuou a cobertura obrigatória para as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde, estando a diabetes entre elas. Argumentou que o plano de saúde pode se limitar a cobrir as doenças da CID, mas não o tratamento designado pelo médico assistente.

Por fim, pugnou pela concessão da antecipação da tutela, para determinar que a Agravada forneça a Bomba de Insulina MiniMed 780 e seus insumos. Ao final, pleiteou o provimento do recurso, para confirmar a medida liminar.

Ausente o preparo, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Em decisão de evento 09, o pedido de tutela de urgência foi concedido.

O agravado apresentou contrarrazões, oportunidade em que requereu o desprovemento do recurso (evento 14).

É o relatório. Peço dia para julgamento.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Sérgio Mendonça de Araújo - Relator

VOTO

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento, com pedido de tutela antecipada recursal, interposto por Laura Lozi Chaves, em face da decisão prolatada pelo Senhor juiz de direito da 28ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, Sandro Cássio de Melo Fagundes, nos autos da ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, proposta pela Agravante em desfavor da Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico.

O agravo de instrumento é interposto em face da decisão (mov. 26 – autos originários) que indeferiu o pedido de tutela de urgência, nos seguintes termos:

(...) Segundo consta dos autos, a negativa da parte requerida se deu em conformidade com o art. 10, inciso VI, da Lei nº 9.656/98, que trata do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar.

A negativa da parte requerida se mostra, ao menos em juízo de cognição sumária, plausível e legítima.

Em primeiro lugar, porque os planos de saúde não estão obrigados ao fornecimento de medicamento de uso domiciliar, em consonância com a previsão contida no artigo 10 da Lei nº 9656/98, com exceção dos medicamentos antineoplásicos orais e para o controle de efeitos colaterais e adversos dos medicamentos antineoplásicos, bem como aqueles que constam do rol da ANS, que são de fornecimento obrigatório.

Em segundo lugar, porque embora a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, tenha sido recentemente alterada pela Lei nº 14.454 de 21.09.2022, que trouxe mudanças significativas no tocante ao rol de procedimentos e eventos em saúde, que passou a ser meramente exemplificativo, o caso dos autos não se enquadra nos requisitos previstos no art. 10, § 13, da Lei nº 9.656/98.

(...)

O Parecer Técnico da Câmara de Saúde do Poder Judiciário do Estado de Goiás coligido no evento nº 24 informa que o sistema de infusão contínua de insulina não consta do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS e que “não existem ainda estudos de desfecho a longo prazo que confirmem superioridade inequívoca de um tratamento sobre o outro”.

Com a simples leitura do parecer, é possível concluir que, não obstante a existência de discretas vantagens na utilização do sistema de infusão em relação a redução da hipoglicemia e variabilidade glicêmica, ainda não há comprovação científica quanto a superioridade do referido sistema em relação aos tratamentos convencionais.

A contratação de plano de saúde não gera, por si só, o dever de compelir o(a) requerido(a) a arcar com todas as despesas médicas/hospitalares solicitadas, eis que não é ilegal ou abusivo limitar algumas coberturas, desde que atenda as disposições legais que regem a matéria.

Cumpre salientar que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da Constituição Federal), de modo que a contratação de plano de saúde privado não transfere à operadora do plano de saúde/seguradora a obrigação do poder público de garantir a saúde.

Há também no parecer a informação de que a doença que acomete a requerente não se enquadra nas definições de urgência e emergência.

Desse modo, não se pode compelir a requerida a arcar com o tratamento ora pretendido.

Como se vê, não se vislumbra a presença da probabilidade do direito do(a) autor(a).

Desnecessária a análise do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, eis que a concessão da medida exige a coexistência destes dois requisitos.

Forte nessas considerações, indefiro o pedido de concessão de tutela de urgência antecipada formulado na petição inicial.

Nas razões recursais, a Agravante narrou que propôs a ação de obrigação de fazer em face da Ré, ora Agravada, em razão da negativa de cobertura de tratamento médico para controle glicêmico da Agravante, que possui Diabetes Mellitus Tipo 1. Discorreu sobre a gravidade da doença e apontou o risco de morte.

Afirmou que há 18 (dezoito) anos faz controle glicêmico e já realizou vários tratamentos, os quais se mostraram ineficazes. Apontou que a médica endocrinologista receitou a Bomba de Insulina Meditronic MiniMed780, que faz liberação automática de insulina no organismo da Agravante e mede a glicemia de forma contínua, diminuindo consideravelmente os quadros hiperglicêmicos e hipoglicêmicos.

Informou que o valor médio mensal dos insumos e equipamentos é de R\$5.785,70 (cinco mil, setecentos e oitenta e cinco reais e setenta centavos) e que não possui condições financeiras de arcar com o tratamento.

Aduziu que a negativa administrativa da Agravada se deu sob o fundamento de que não fornece materiais e/ou medicamentos de uso domiciliar.

Dissertou sobre a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida e à saúde.

Sustentou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e alegou abusividade na cláusula contratual que exclui o fornecimento de medicamento domiciliar. Colacionou julgados para amparar a tese defendida. Pontuou a cobertura obrigatória para as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde, estando a diabetes entre elas. Argumentou que o plano de saúde pode se limitar a cobrir as doenças da CID, mas não o tratamento designado pelo médico assistente.

Por fim, pugnou pela concessão da antecipação da tutela, para determinar que a Agravada forneça a Bomba de Insulina MiniMed 780 e seus insumos. Ao final, pleiteou o provimento do recurso, para confirmar a medida liminar.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso interposto, dele conhece-se.

A despeito do posicionamento anteriormente adotado, refluo dele em virtude das

particularidades do caso concreto.

Inicialmente, ressalta-se que o Agravo de Instrumento é um recurso **secundum eventus litis**, razão pela qual, em seu estreito âmbito, limita-se o Tribunal de Justiça a analisar as questões que foram objeto da decisão agravada, ou seja, o pronunciamento restringe-se tão somente acerca do acerto ou desacerto do ato atacado.

Para a concessão da tutela antecipada recursal, impõe-se que fiquem demonstrados os pressupostos delineados no art. 300 da Norma Processual Civil, consubstanciados na probabilidade do direito e no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Nesses termos, dispõe o art. 300 do CPC:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Analisados os autos, observa-se que a agravante comprovou a urgência da medida pleiteada.

Extrai-se dos autos que a recorrente é portadora de Diabetes Mellitus tipo 1, e lhe foi prescrito, por sua médica assistente, a bomba de insulina MiniMed 780 e insumos para controle da doença.

Verifica-se que após o insucesso de outras formas de tratamento, a profissional que a assiste prescreveu terapia com o sistema de infusão contínua, com o uso da Bomba MiniMed 780.

Após uma análise perfunctória dos autos, que a fase processual permite, a princípio, a gravidade do caso narrado justifica a terapia com a bomba prescrita, uma vez que eventual demora pode acarretar danos irreversíveis à saúde da paciente.

Ademais, embora o magistrado singular tenha utilizado o parecer do NATJUS (mov. 24 – autos originários) para indeferir a tutela vindicada, verifica-se que o parecer é inconclusivo e, até mesmo, sugere certa vantagem na redução da hipoglicemia e variabilidade glicêmica no tratamento recomendado pela médica assistente.

A propósito, colaciona-se julgado desta Corte:

(...) 1. Comprovado - por documento médico - a necessidade de fornecimento de equipamentos e insumos tendentes ao tratamento da doença que acomete o recorrente (Diabetes Melitus tipo 1), a concessão da tutela de urgência é medida que se impõe, máxime quando já foram intentados outros métodos curativos sem sucesso. 2. Demonstrados os requisitos ensejadores da concessão da tutela de urgência (art. 300, **caput**, do CPC), indubitável a necessidade de reforma da decisão agravada, fazendo jus a parte recorrente à imediata dispensação do tratamento prescrito pelo corpo médico que lhe assiste. 3. Agravo de instrumento conhecido e provido. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Agravos. Agravo de Instrumento 5447914-56.2022.8.09.0051, Relator Desembargador Guilherme Gutemberg Isac Pinto, 5ª Câmara Cível, julgado em 03.11.2022, DJe de 03.11.2022) grifos acrescidos.

Com efeito, é entendimento pacífico do STJ e deste Tribunal, de que as operadoras de plano de saúde podem estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura do paciente, extraindo-se dos autos que, como visto, a médica que acompanha a recorrente prescreveu o aludido equipamento como tratamento necessário e imperativo para a doença de diabetes mellitus tipo I (CID E10) que a acomete.

Nesse sentido, veja-se o seguinte aresto:

Processual civil. Contratos. Agravo interno no recurso especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Hemodiálise e oxigenoterapia. Abuso. (...) Decisão Mantida. (...) 5. "O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura. Desse modo, entende-se ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, medicamento ou procedimento imprescindível, prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário" (AgInt no AREsp nº 1.577.124/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20.04.2020, DJe de 04.05.2020). (...) Incidência da Súmula 7 do STJ" (AgInt no AREsp 1.722.400/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15.12.2020, DJe 17.12.2020). 7. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp nº 1.963.072/SP, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 29.08.2022, DJe de 31.08.2022.)

A propósito, segue ementa deste Tribunal:

Ementa: agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Tutela de urgência. Plano de saúde. Criança (7 anos) com **diabetes mellitus**, tipo 1, desde os 2 anos. Bomba de insulina e insumos prescritos por médica especialista. Taxatividade do rol da ANS. Possibilidade de flexibilização. Necessidade de instrução. Orientação jurisprudencial. Requisitos previstos. Desprovisionamento. 1. Diante da recente orientação jurisprudencial advinda da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.889.704/SP, DJ de 03.08.2022, é possível a flexibilização da taxatividade do rol da ANS segundo a verificação das situações peculiares de cada paciente ali especificadas. 2. Considerando que se trata de tutela de urgência, calçada em documentação médica hábil, a princípio, tenho como comprovada a necessidade do uso da Bomba de Insulina e insumos prescritos à agravada, ficando, outrossim, caracterizada a urgência do tratamento, de modo que, preenchidos restaram os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil, ficando, outrossim, para a instrução da causa, quando, então, se aportar elementos probatórios, e o julgamento do mérito, para a certa definição do dever de cobertura pela agravante. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TJGO, processo cível e do trabalho. Recursos. Agravos. Agravo de Instrumento 5264610-87.2022.8.09.0137, Relator Desembargador Leobino Valente Chaves, 2ª Câmara Cível, julgado em 21.11.2022, DJe de 21.11.2022) grifos acrescidos.

Dessarte, resta evidenciada a probabilidade do direito e o perigo da demora, consubstanciado na inércia da agravada em fornecer o equipamento e os insumos pretendidos.

Diante do exposto, conheço do agravo de instrumento e dou-lhe provimento, para reformar a decisão recorrida e determinar que a agravada forneça à agravante Bomba de Insulina MiniMed 780 e insumos, conforme relatório médico.

É o voto.

Desde já e independente do trânsito em julgado, determino o arquivamento dos autos, com as respectivas baixas necessárias, retirando o feito do acervo desta relatoria.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Sérgio Mendonça de Araújo - Relator

Apelação Cível nº 5611564.27.2018.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: Matheus Rodrigues de Matos

Apelado: Estado de Goiás

Relatora: Des^a. Amélia Martins de Araújo

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO CAUTELAR. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE E PRÁTICA DE TORTURA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. DANO EXTRAPATRIMONIAL.

I - Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a responsabilidade estatal, em regra, é objetiva e baseia-se na teoria do risco administrativo, respondendo as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadores de serviço público, pelos prejuízos que seus agentes causarem a terceiros, desde que demonstrados: a) a ocorrência do dano, b) a existência de ato comissivo ou omissivo (omissão genérica), c) a existência de nexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa, e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

II - A prisão cautelar, quando determinada por autoridade competente e cumprida com observância aos requisitos legais, não dá ensejo a ressarcimento civil, pois a investigação criminal constitui atribuição inerente ao Estado.

III - Diante da inexistência de comprovação da conduta ilícita praticada pelos agentes públicos (prisão ilegal e tortura), descabe falar em dano extrapatrimonial a ser ressarcido. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 5611564-27.2018.8.09.0051, da comarca de Goiânia, em que figuram como apelante Matheus Rodrigues de Matos e como apelado Estado de Goiás.

Acorda o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes da 2ª Turma Julgadora de sua 1ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer da Apelação Cível e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Votaram com a Relatora a Desembargadora Maria das Graças Carneiro Requi e o Desembargador Carlos Roberto Favaro.

Procuradoria-Geral de Justiça representada conforme extrato de ata.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador Fernando de Castro Mesquita.

Goiânia, 22 de maio de 2023.

Desª. Amélia Martins de Araújo - Relatora

(Assinado digitalmente conforme Resolução nº 59/2016)

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Matheus Rodrigues de Matos em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia, Dr. Gustavo Dalul Faria, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais, proposta em desfavor do Estado de Goiás, com o intento de obter a sua reforma.

Infere-se dos autos que o autor, ora apelante, ajuizou a presente ação objetivando a condenação do requerido/apelado ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais no importe de R\$300.000,00 (trezentos mil reais).

Pleiteou o ressarcimento pelos danos extrapatrimoniais supostamente sofridos em razão de ato ilícito praticado pelo Poder Público, consubstanciado na prisão provisória injusta do autor pelos agentes de segurança pública, ocorrida na madrugada do dia 30.12.2015, com o emprego de tortura para a obtenção de confissão.

Argumentou que os policiais civis adentraram em sua residência e forjaram um flagrante delito pela morte do Delegado de Polícia, Sr. Célio Cassimiro Tristão.

Salientou que, embora fosse inocente de tal acusação, teve a prisão em flagrante convertida em preventiva, permanecendo por 45 (quarenta e cinco) dias preso cautelarmente na Casa de Prisão Provisória de Aparecida de Goiânia, tendo, inclusive, seu nome e imagem vinculados pela mídia (TVs, rádios e sites de notícias) à autoria do crime de latrocínio do referido Delegado de Polícia.

Explicou que, apenas após a prisão do verdadeiro autor do crime, sua prisão processual ilegal foi, enfim, revogada.

Advertiu que não haviam indícios mínimos que autorizassem sua prisão provisória, bem como que o ocorrido acarretou no demandante fortes e sérias consequências psicológicas.

Devidamente citado, o Estado de Goiás, ora apelado, apresentou petição de contestação ao mov. 16 argumentando acerca da impossibilidade de sua condenação ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais, ante a ausência de ato ilícito praticado pelo ente público estadual, haja vista que a prisão em flagrante do autor/apelante foi convertida em preventiva por força de decisão judicial devidamente fundamentada.

Após o regular processamento do feito, foi prolatada a sentença fustigada (mov. 69), nos seguintes termos:

“(…) Como já salientado anteriormente, para a responsabilização extracontratual da Administração Pública, há a necessidade da presença de três requisitos: a conduta do agente estatal, o dano causado por ela e o nexo de causalidade.

(…)

Traçadas essas balizas para a solução da demanda, imperioso destacar que no presente caso estamos diante de uma prisão em flagrante, convertida em preventiva e, após encontrado o verdadeiro autor do delito, o demandante teve sua prisão revogada.

Pois bem. A indenização por erro judiciário é preceito insculpido na Constituição Federal:

(…)

Todavia, é de se ressaltar que, no caso de prisão em flagrante ou preventiva, em razão da natureza cautelar, o direito à indenização somente é reconhecido caso haja erro manifesto dos agentes do Estado.

(…)

Dito isso, conforme já explanado, o Requerente busca o reconhecimento do direito de se ver indenizado moralmente, em razão de prisão em flagrante.

Pois bem, é cediço que caso existam circunstâncias autorizadoras que justifiquem a prisão em flagrante ou preventiva, não há ilegalidade, pois essa segregação cautelar, ainda que gravosa, é medida expressamente prevista em nossa legislação processual penal, cabendo ao agente público que a realiza, no exercício regular de direito, aferir o contexto fático existente no momento.

In casu, a prisão só aconteceu porque, havia indícios que justificavam a constrição da liberdade do Requerente, mesmo que posteriormente tenha havido revogação da prisão/absolvição.

Para imputar ao Estado a obrigação indenizatória seria necessária prova inequívoca de dolo ou culpa dos agentes públicos envolvidos no ato questionado, porquanto a teoria do risco administrativo, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, só seria aplicável caso configurado abuso de poder, excesso ou desvio na execução da prisão em flagrante, hipóteses não comprovadas no caso em análise.

Ademais, os agentes públicos que efetuaram a prisão do Requerente agiram no estrito cumprimento do dever legal, situação que afasta o pleito indenizatório.

(…)

Assim, não obstante as alegações do demandante de que o seu encarceramento foi ilegal, verifica-se que pela análise do conjunto fático probatório não recai nenhuma prova a demonstrar a imprescindível ilicitude do ato judicial praticado.

Pelo que se constata do processado, no momento da decretação da prisão, haviam elementos suficientes acerca da prática de ilícito penal e indícios do envolvimento do autor nos fatos delituosos, pelo que, a cautela se impunha.

Destarte, não comprovada a prática de ato ilícito, por ação ou omissão dos agentes públicos que efetuaram a prisão e onexo causal, resta afastada qualquer responsabilidade civil e, conseqüentemente, o dever de reparação pelos danos morais buscados pelo autor.

Quanto ao argumento lançado pelo autor das agressões físicas sofridas, entendo que a prova dos autos não permite concluir pela existência da aludida violência.

É que não há qualquer laudo médico legal atestando os supostos sofrimentos, estando a prova totalmente amparada no depoimento das informantes (sogra e amiga) inquiridas.

Tal prova até seria suficiente para demonstrar a existência das agressões.

Todavia, as informantes inquiridas alegam agressões das quais ouviram falar ter o autor sofrido. A prova, assim se mostra frágil, não sendo capaz de afastar a presunção da legalidade e legitimidade dos atos administrativos exercidos pelos policiais civis.

Posto isso, com base no art. 487, I, do CPC, julgo improcedente o pedido contido na inicial, condenando o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que, à luz do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, arbitro 10% do valor da causa, ficando, porém, suspensa a sua exigibilidade pelo prazo de 5 (cinco) anos, posto que litigam sob o pálio da gratuidade da justiça, nos moldes do artigo 98, § 3º do CPC. (...)“

Inconformado, Matheus Rodrigues de Matos interpôs recurso de apelação cível **sub judice**.

Em suas razões (mov. 74), após breve síntese processual, afirma que a sentença fustigada merece reforma, uma vez que o único objetivo de sua prisão cautelar foi o de *“levar ao lixo imagem, honra e a dignidade”* (sic) do apelante.

Assinala que *em nenhum momento o recorrente foi reconhecido pelas testemunhas como sendo partícipe do fato criminoso*, bem como que *sempre que passa por alguma blitz policial sofre graves constrangimentos, por ter seu nome vinculado nos registros policiais à ocorrência da morte de um Delegado de Polícia, inclusive sofrendo agressões, chegando até a ser demitido do serviço após seu patrão descobrir o envolvimento do seu nome no referido evento* (sic).

Aponta que *as sequelas das sessões de tortura provocaram no apelante fortes e sérias consequências psicológicas, sociais e profissionais* (sic).

Defende que a prova testemunhal produzida nos autos comprova o dano e onexo causal havido entre a conduta lesiva (prisão e tortura) atribuída ao Estado e o dano extrapatrimonial e material sofridos.

Adverte que, no caso, não foi realizado o devido reconhecimento do recorrente, enquanto possível investigado antes da realização da prisão em flagrante, mesmo havendo testemunhas oculares que estavam presentes no momento do disparo e que visualizaram com nitidez o rosto, corpo (tamanho, altura, etc.), cor e cabelo do verdadeiro criminoso.

Salienta que a carreira de jogador de futebol profissional foi interrompida em razão da prisão cautelar e da exposição midiática que se seguiu.

Diante de tais argumentos, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de reformar a sentença recorrida e, por conseguinte, julgar procedente o pedido formulado na petição inicial para condenar o apelado ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais na monta de R\$300.000,00 (trezentos mil reais).

Preparo dispensado, uma vez que a gratuidade da justiça foi concedida ao apelante na origem.

Embora instado (mov. 79), o Estado de Goiás optou por não apresentar petição de contrarrazões ao recurso de apelação cível (mov. 80).

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Des^a. Amélia Martins de Araújo - Relatora

(Assinado digitalmente conforme Resolução 59/2016)

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Conforme relatado, o presente feito cuida-se de recurso de Apelação Cível interposto por Matheus Rodrigues de Matos contra a sentença de improcedência proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais proposta por ele em desfavor do Estado de Goiás, com o intento de obter a sua reforma.

Em suas razões recursais, o recorrente aduz que a sentença atacada merece reforma, porquanto restou demonstrado nos autos os atos ilícitos praticados pelos agentes públicos, consubstanciado na prática de tortura e na ilegalidade da prisão cautelar (flagrante convertido em preventiva), assim como, os danos psicológicos sofridos e o nexo de causalidade havido entre a conduta estatal e a violação à dignidade física e psicológica do apelante.

Segundo defende o insurgente, além da prova testemunhal produzida comprovar a existência do dano e do nexo de causalidade, evidencia-se que, no feito criminal, não foi realizado o devido reconhecimento do recorrente, enquanto possível investigado, antes da realização da prisão em flagrante, mesmo havendo testemunhas oculares que estavam presentes no momento do disparo e que visualizaram com nitidez o rosto, corpo (tamanho, altura, etc.), cor e cabelo do verdadeiro criminoso.

Pois bem. Sobre o tema em análise, cumpre ressaltar, de plano, que o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, dispõe que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Infere-se do indigitado artigo, que a responsabilidade estatal, em regra, é objetiva e baseia-se na teoria do risco administrativo, ou seja, o Estado responde pelos prejuízos que seus agentes

causarem a terceiros, desde que demonstrado onexo causal entre o fato lesivo e o dano, independentemente de dolo ou culpa.

Em tais casos, para a configuração do dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) ocorrência do dano, b) ato comissivo ou omissivo (omissão genérica) do ente público, c) existência denexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa, e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

A esse respeito:

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Adulteração/remarcação numérica de motor. Vistoria regularmente aprovada. Autorização de transferência pelo Detran. Posterior apreensão do veículo por adulteração de caracteres de motor. Dano moral caracterizado. Responsabilidade da administração pública. I - Em casos de danos decorrentes de conduta comissiva dos agentes de Estado ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, é objetiva a responsabilidade civil extracontratual, nos termos definidos pelo § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal. II - Para configuração do dever de indenizar por parte das entidades estatais e prestadoras de serviço público, é dispensável a demonstração do elemento culpa, impondo-se, no entanto, a demonstração pelo ofendido dos demais requisitos da reparação: conduta lesiva, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo sofrido pela vítima. III - (...). Apelação cível conhecida e parcialmente provida. (TJGO, Apelação Cível 5163015-71.2019.8.09.0130, Relator Desembargador Sérgio Mendonça de Araújo, 7ª Câmara Cível, julgado em 23.01.2023, DJe de 23.01.2023) (Grifei)

Contudo, quando o dano ocorrido, entretanto, decorre de uma omissão específica do Estado, deve-se reconhecer uma exceção à regra, aplicando-se a teoria da responsabilidade subjetiva ou da culpa do serviço (teoria da falta do serviço ou **faute du service**). Esse não é o caso dos autos, uma vez que o que ensejou a propositura da ação foi a suposta conduta comissiva do apelado, consubstanciada na prática de tortura pelos agentes de segurança pública, bem como na efetivação da injusta prisão cautelar do apelante pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, em razão da conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Destarte, imperioso ressaltar a incidência, no caso vertente, da teoria do risco administrativo. Em razão disso, como visto, o dever de indenizar do ente público decorre da comprovação da ocorrência do ato comissivo atribuído ao Estado, bem assim do dano suportado pelo recorrente e da existência de nexo de causalidade entre o referido dano e a ação administrativa, independentemente da demonstração de dolo ou culpa do agente público.

Partindo dessa premissa, colhe-se que a pretensão ressarcitória do recorrente repousa na alegativa da prática de duas condutas comissivas distintas atribuídas ao ente estatal, quais sejam: a) a ilegalidade da prisão cautelar e; b) a prática de tortura. Tais condutas serão analisadas individualmente.

a) DA ILEGALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR. ATO ILÍCITO NÃO COMPROVADO.

De acordo com o recorrente, em que pese fosse inocente, foi recolhido ao cárcere de modo injusto, haja vista que o único objetivo de sua indevida prisão cautelar foi o de *“levar ao lixo sua imagem, honra e dignidade”* (sic).

A esse respeito, importa destacar que, atualmente, no Brasil existem duas espécies de prisão: i) prisão cautelar ou provisória, também chamada de prisão processual (que tem a função de assegurar o trâmite do processo penal), na qual se enquadram a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva; e ii) prisão pena, que tem função de punição, em razão da condenação do acusado pela prática de crime.

Ademais, cabe ressaltar ainda que a regra é que o acusado responda ao processo em liberdade, mas a prisão cautelar é possível, excepcionalmente, nos casos em que os requisitos legais para sua decretação estejam presentes.

Assim, em se tratando de prisão indevida de particular por erro do ente estatal, especificamente por parte do Poder Judiciário, a Constituição Federal garantiu a possibilidade de o particular pleitear a indenização pelos danos sofridos.

Ocorre que, no caso em exame, ao contrário do que sustenta o apelante, nota-se, pelas provas constantes dos autos, bem como da análise das peças processuais extraídas dos autos dos processos criminais nº 201504627827 e 201504628114, que a prisão efetivada em caráter acautelatório do insurgente foi determinada por autoridade competente e observados, quando do seu cumprimento, todos os requisitos legais.

Em verdade, **in casu**, não foi demonstrada a existência de nenhuma ilegalidade praticada pelos agentes estatais ou excesso no cumprimento da prisão do apelante, inicialmente em razão do flagrante delito e, posteriormente, com sua conversão em preventiva, a justificar a pretensão ressarcitória em evidência.

Extrai-se dos autos que, naquele momento, haviam indícios suficientes da participação do recorrente e do Sr. José Gabriel Pereira de Faria Santos na prática do crime de associação criminosa e de latrocínio, bem assim do perigo gerado pelo estado de liberdade dos imputados, quando da conversão da prisão em flagrante em preventiva pelo juízo plantonista, nos moldes do art. 312 do CPP.

Outrossim, nota-se que a própria decisão que revogou a prisão preventiva do recorrente, assinalou a presença do indicativo de participação deste investigado na conduta criminosa, senão vejamos (mov. 01, arquivo nº 06):

“(…) Outrossim, embora haja indicativo da participação de ambos os investigados no crime de latrocínio, não há indícios bastantes, tendo em vista que somente emergem dos autos a informação de que tais foram encontrados na posse do veículo subtraído, o que, por si só, sem a complementação que advirá das diligências em curso, representa substrato probatório apenas para outro tipo penal, menos grave.

(…)

Entendo que ainda que se considerasse a prática do outro crime, que não aqueles pelos quais houve o indiciamento, - e neste caso estaria presente o **fumus comissi delicti** analisando a certidão de antecedentes criminais de Matheus, conclui-se, ante a sua primariedade, que não há **periculum libertatis**, mormente ao se considerar que, ao que tudo indica, não foi ele o autor da subtração do carro da vítima e do disparo que a atingiu e levou a morte. (...)” (Grifei)

Além disso, colhe-se que as fundadas suspeitas da prática da conduta criminosa foram reforçadas pelas imagens das câmeras de segurança e a mudança das versões dos fatos apresentadas pelo recorrente quando indagado perante a autoridade policial, observe (mov. 01, arquivo nº 08):

“(…) O Delegado de Polícia Klayter Camilo de Resende Farinha contou que, no dia dos fatos, recebeu a comunicação sobre um latrocínio ocorrido na Rua 14, Residencial Alvarema.

Detalhou que a vítima possuía um lote na citada rua, ao lado de uma residência em construção, onde estava negociando com Wellington a limpeza e construção do muro no local. Afirmou que Wellington e a vítima estavam conversando na frente do lote quando foram abordados por um indivíduo, que determinou a entrega da chave do veículo Cobalt, que estava parado na frente do lote.

Declarou que a vítima mentiu e informou que a chave do veículo estava na construção ao lado para onde se dirigiu junto com o assaltante. Informou que não foi apurado o que ocorreu no interior da construção. Afirmou que a vítima foi atingida na cabeça e, em seguida, o autor empreendeu fuga no veículo dela. Revelou que, durante a realização das perícias, uma equipe da Rotam e da Delegacia de Furtos e Roubos encontraram o veículo da vítima em um lavajato na região do Setor Itatiaia. Afirmou que o menor Iago e José Gabriel trabalhavam no lavajato e estavam no local no momento da apreensão do veículo.

Narrou que, na Delegacia de Polícia, Iago e José Gabriel negaram conhecimento dos fatos e informaram que o veículo havia sido levado para o lavajato por apenas um indivíduo.

Acrescentou que, após levantamento das câmeras de segurança de uma distribuidora de bebidas, localizada ao lado do lavajato, foi apurado que o veículo Cobalt havia sido deixado no local cerca de trinta minutos após o assalto. Contou que nas filmagens é possível ver Iago acompanhando dois indivíduos até o portão do lavajato, após a entrada do veículo Cobalt.

Revelou que Iago identificou que o segundo indivíduo, que estava acompanhando o que deixou o veículo no local, se tratava de Mateus, à época namorado de uma prima de José Gabriel.

Relatou que algumas equipes localizaram Mateus, que negou conhecimento sobre os fatos. Esclareceu que, reanalisando as imagens das câmeras de segurança, constatou que Mateus chega ao lavajato de bicicleta, logo em seguida sai, vai até uma Lotérica, localizada próximo ao lavajato, e depois permanece fora dessa região por aproximadamente três horas.

Acrescentou que Mateus não conseguiu esclarecer onde esteve nesse período e mudava as suas versões a todo momento. Detalhou que Mateus informou que estava na casa de Sandrinho, o qual foi ouvido na Delegacia de Polícia e desmentiu essa informação. (…)

Ademais, importa assinalar que tão logo se afiguraram afastados os requisitos autorizadores da prisão preventiva o insurgente foi colocado em liberdade, inexistindo, portanto, excesso de prisão cautelar no caso em testilha.

Nesse diapasão, considerando que a prisão provisória do apelante foi determinada por autoridade competente e decretada com a observância dos requisitos legais ao longo da persecução processual penal, não vejo motivos para reforma da sentença vergastada.

Nesse sentido:

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Prisão cautelar para de suposta participação do autor em crime. Inexistência de ilegalidade. Investigação do estado. Dano moral não configurado. 1. Para a configuração da responsabilidade do Estado, necessário se faz a comprovação do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade. 2. A prisão cautelar, quando determinada por autoridade competente e cumprida com observância aos requisitos legais, não dá ensejo à reparação civil, pois a investigação criminal constitui atribuição inerente ao Estado. 3. Na hipótese, em que não foi demonstrada qualquer conduta ilícita praticada pelo requerido, conclui-se pela ausência dos elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil do Estado. Apelação cível conhecida e desprovida. (TJGO, Apelação Cível 5360567-42.2020.8.09.0087, Relator Desembargador Carlos Roberto Favaro, 1ª Câmara Cível, julgado em 25.01.2023, DJe de 25.01.2023) (Grifei)

Duplo grau de jurisdição. Não conhecimento. Ação indenizatória por danos morais. Apelação cível. Prisão. Ilegalidade não configurada. Ausente dever de indenizar. Recurso adesivo. Dano moral. Majoração. Prejudicado. 1. O direito controvertido na presente demanda não alcança o patamar estabelecido no inciso II do § 3º do artigo 496 do Código de Processo Civil, uma vez que se revela inferior a 500 (quinhentos) salários-mínimos, razão para o não conhecimento do reexame necessário. 2. Da análise da documentação acostada aos autos, em que consta o auto de prisão em flagrante, com os depoimentos dos policiais, bem como a denúncia e as decisões de conversão e de revogação da prisão preventiva, não se constata qualquer ilegalidade, tampouco excesso por parte dos agentes públicos, que agiram no exercício do cumprimento do dever legal, não havendo falar em ato ilícito a ser indenizado. 3. Quando a reforma da sentença conduzir à improcedência dos pedidos iniciais, resta prejudicado o recurso adesivo, cuja pretensão se limitava à majoração do dano moral anteriormente fixado. 4. Ônus sucumbencial invertido. Remessa necessária não conhecida. Apelação cível provida. Recurso adesivo prejudicado. Sentença reformada. (TJGO, Apelação / Remessa Necessária 0399696-63.2014.8.09.0051, Relatora Juíza Substituta em Segundo Grau, Drª. Camila Nina Erbeta Nascimento, 6ª Câmara Cível, julgado em 23.08.2021, DJe de 23.08.2021) (Grifei)

Ação indenizatória por danos materiais e morais. Questão fática. Prisão preventiva. Fundadas suspeitas de autoria de estupros. Reconhecimento pelas vítimas. Uso de documentos de identidade por terceiro. Dever de o estado reagir ao crime. Legitimidade da persecução penal. Prova posterior. Inocência. Revogação da prisão cautelar. Período não superior ao permitido na segregação temporária. Ausência de dano moral. Exposição pública da imagem. Matérias jornalísticas. Publicidade da prisão e sigilo das investigações. Serviço público e jurisdição penal. Ausência de abuso, dolo ou fraude. Inocorrência de erro judiciário. I - Questão fática. Iniciada a persecução penal, decorrente da notícia de crimes de estupros, havendo indícios de autoria e comprovação da materialidade dos ilícitos, é permitido a autoridade polícia representar pela prisão preventiva da pessoa identificada pelas vítimas como suposto autor dos crimes, cabendo ao juiz natural decidir sobre a possibilidade da prisão. Apresentados, após a prisão, elementos de que o preso não seria o verdadeiro autor dos fatos, mas outra pessoa que se utilizou de seus documentos pessoais, a autoridade policial tem o dever de confirmar tais

alegações através de diligências investigativas. Colhido depoimento do policial que realizou prisão anterior, realizados exames grafotécnicos e de confronto de material genético, constatando-se que, embora, com semelhanças físicas, outro era o autor dos crimes investigados, sendo imediatamente revogada a prisão preventiva, que perdurou por pouco mais de 3 (três) dias, não se configura abuso, dolo ou fraude no procedimento investigativo. II - Prisão preventiva. Fundadas suspeitas de autoria de estupros. Reconhecimento pelas vítimas. Uso de documentos pessoais por terceiro. Erro invencível. Existindo fundadas suspeitas de autoria de prática criminal, que redundam em representação pela prisão preventiva no curso da investigação com fundamento no reconhecimento realizado pelas vítimas e uso da identificação civil, que posteriormente se constatou pertencer a terceiro, não se demonstrou ser possível a superação do erro, sem que se realizasse as diligências necessárias à investigação, principalmente o confronto do material genético encontrado no corpo das vítimas com o do suposto autor do fato. III - Dever de o estado reagir ao crime. Legitimidade da persecução penal. Prova posterior. Inocência. Revogação da prisão cautelar. Período não superior ao permitido na segregação temporária. Ausência de dano moral. O Estado tem o dever de reagir contra o crime dentro dos parâmetros da legalidade e eficiência, encontrando-se legitimado para agir quando evidenciadas as circunstâncias fáticas que demonstrem a existência de crime previsto em lei anterior ao fato investigado, porquanto, como previsto na Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX). Surgindo provas posteriores da inocência do investigado, cuja prisão ocorreu no contexto da investigação e contribuiu para a elucidação dos crimes, advindo a imediata revogação da prisão cautelar, que não perdurou por mais de 4 (quatro) dias, lapso inferior ao permitido no caso de prisão temporária, resta descaracterizada a possibilidade de dano moral em razão do uso legítimo de instrumento persecutório por parte do Estado. IV - Exposição pública da imagem. Matéria jornalísticas. Publicidade da prisão e sigilo das investigações. Repercutindo o crime nos meios de imprensa e havendo a exposição da imagem do preso por meio de veículos de mídia, a responsabilidade por tal veiculação não pode ser imputada ao Estado, mesmo porque o ordenamento jurídico veda prisões sigilosas ou a incomunicabilidade do preso. Distingue-se o sigilo das investigações como regra que visa restringir o acesso a elementos do inquérito policial do sigilo da prisão que é por natureza instrumento público de cautela. V - Serviço público e jurisdição penal. Ausência de abuso, dolo ou fraude. Inocorrência de erro judiciário. Precedentes do STJ. Não se confunde o serviço público, como atividade administrativa direta ou indireta de execução da lei, com o exercício do poder jurisdicional, que, segundo Chiovenda, “tem por escopo a vontade da lei, por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva”. O dever de indenizar, por erro judiciário, somente surge quando comprovado o abuso de poder, o excesso ou o desvio na sua execução, conforme precedentes do STJ. Reexame necessário e 2ª Apelação Cível conhecidos e providos. 1º Apelação Cível prejudicada. Sentença reformada. (TJGO, Apelação / Remessa

Necessária 0460108-90.2014.8.09.0137, Relator Desembargador Jeronymo Pedro Villas Boas, 1ª Câmara Cível, julgado em 15.07.2021, DJe de 15.07.2021) (Grifei)

Desta feita, assim como o magistrado primevo, reputo, na espécie, descaracterizada a possibilidade de dano extrapatrimonial em razão do uso legítimo de instrumento persecutório por parte do Estado.

b) DA PRÁTICA DE TORTURA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS.

Noutro vértice, assevera o apelante que foi vítima de atos de tortura praticados pelos agentes de segurança pública quando de sua prisão em flagrante delito, a fim de que confessasse a prática do crime.

Salienta o recorrente que a prática deste ato ilícito pelos agentes públicos acarretou-lhe danos físicos e psicológicos, passíveis de ressarcidos pelo apelado.

Ocorre que, apesar da teoria do risco administrativo impor a responsabilidade objetiva do Estado em virtude da prática de ato ilícito praticado por seus prepostos, cabia ao recorrente, nos moldes do art. 373, inciso I, do CPC, o ônus processual em comprovar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, a prática de tortura praticada pelos policiais no momento de sua prisão, bem como ao longo de seu encarceramento, o que não ocorreu na espécie.

A esse respeito:

Ementa: apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Condenação eleitoral. Prisão. Posterior absolvição. Abuso não configurado. Danos material e moral inexistentes. 1. Para a configuração da responsabilidade do Estado, necessário se faz a comprovação do dano, do ato ilícito e do nexos de causalidade. 2. Não havendo demonstrado qualquer conduta ilícita que possa ser imputada ao requerido, conclui-se pela ausência dos elementos necessários para a configuração da responsabilidade do Estado, restando afastado, assim, o dever de indenizar." (TJGO, Apelação (CPC) 0382467-56.2015.8.09.0051, Relator Desembargador Leobino Valente Chaves, 2ª Câmara Cível, julgado em 31.08.2020, DJe de 31.08.2020) (Grifei)

Apelação cível. Ação de indenização por dano moral. Responsabilidade civil do estado. Detenção. Tortura. Não comprovação. Improcedência do pedido. Verificando que a parte autora não se desincumbiu do seu ônus probatório, nos termos do que dispõe o inciso I, do artigo 333, do Código de Processo Civil e, ante a ausência de comprovação de procedimento ilegal, doloso ou fraudulento dos agentes da atividade estatal, impõe-se a improcedência do pedido de reparação por danos morais. Apelo conhecido e desprovido. Sentença mantida. (TJGO, Apelação Cível 436847-60.2008.8.09.0023, Relator Desembargador Alan S. de Sena Conceição, 5ª Câmara Cível, julgado em 21.08.2014, DJe 1616 de 28.08.2014) (Grifei)

Ao voltar os olhos para o caderno processual em evidência, constata-se que em nenhum momento o apelante se preocupou em demonstrar que foi vítima de tortura. Não há evidências documentais nesse sentido, não há laudo apontando a existência de lesões no momento de sua prisão ou apontamento de alegações de sua parte, relativas a tais lesões, nas decisões proferidas pelo juízo criminal.

Diante dessas circunstâncias, a meu ver, o apelante não logrou comprovar a prática do ato ilícito (tortura), razão pela qual reputo que, na espécie, não restaram demonstrados os requisitos necessários à compensação por danos extrapatrimoniais.

Logo, nesta extensão, não verifico reparos a serem procedidos no édito sentencial guerreado.

Ante o exposto, conheço do recurso de Apelação Cível, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença vergastada nos limites da matéria recursal.

Ainda, em obediência ao disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios de sucumbência, fixando-os no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, exigíveis nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

É como voto.

Goiânia, 22 de maio de 2023.

Des^a. Amélia Martins de Araújo - Relatora

(Assinado digitalmente conforme Resolução 59/2016)

Apelação Cível nº 5294425.33.2021.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelantes: Alisson David Ribeiro e outros

Apelado: Sérgio de Souza Naves

Relator: Aureliano Albuquerque Amorim - Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau

EMENTA: Apelação cível. Ação de Prestação de Contas cumulada com Restituição de Quantia.

I – Legitimidade ativa dos herdeiros. A ação de prestação de contas ajuizada por herdeiros, como no caso em análise, objetiva a defesa do acervo hereditário, o que é um direito assegurado a qualquer um dos sucessores, haja vista a natureza universal e indivisível da herança.

II – Interesse de agir. Perda superveniente. Extrai-se dos autos eletrônicos em apenso que as contas foram prestadas e os apelantes/autores habilitados como terceiros interessados, tendo sido as contas prestadas e realizada perícia. Assim, não há utilidade na perpetuação desta relação processual, devendo as questões relativas à prestação de contas serem dirimidas naquele processo.

III – Verbas sucumbenciais. Princípio da causalidade. No caso de extinção do feito por perda superveniente do objeto, arcará com a verba do advogado aquele que deu causa à ação, segundo o princípio da causalidade, ou seja, a parte que ocasionou a instauração da lide. Tendo o requerido atrasado na

prestação de contas, acabou por justificar a apresentação da ação, devendo arcar com a sucumbência.

Apelação Cível conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 5294425-33.2021.8.09.0051, acordam os componentes da Primeira Turma Julgadora da 5ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, o Desembargador Alan Sebastião de Sena Conceição e Desembargador Marcus da Costa Ferreira.

Presidiu o julgamento o Desembargador Maurício Porfírio Rosa.

Presente à sessão representante da Procuradoria-Geral de Justiça, Osvaldo Nascente Borges. Goiânia, 20 de abril de 2023.

Aureliano Albuquerque Amorim - Relator

Juiz Substituto em Segundo Grau

VOTO

Conforme relatado, cuida-se de recurso de apelação cível interposto por Alisson David Ribeiro e outros contra sentença proferida pela Juíza de Direito em auxílio na 6ª Vara de Família da Comarca de Goiânia, Drª. Patrícia Dias Bretas, no âmbito da “Ação de Prestação de Contas cumulada com Restituição de Quantia” ajuizada pelos apelantes em desfavor de Sérgio de Souza Naves, ora apelado.

A sentença fustigada restou assim redigida em sua parte dispositiva (mov. nº 29):

“(…) Ante o exposto, reconheço a falta de interesse de agir da parte autora, ao tempo em que declaro extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil, para que produza seus efeitos jurídicos e legais.

Consectário lógico, condeno a parte autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$600,00 (seiscentos reais), consoante o disposto no artigo 85, § 8º, do Estatuto Processual Civil.

Os honorários advocatícios foram fixados considerando o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo procurador e o tempo exigido para o serviço, nos termos do artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, certifique-se e archive-se com as baixas e cautelas de estilo.

Cumpra-se.”

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados por meio da decisão de movimentação nº 48.

Inconformados, os autores interpõem recurso de apelação cível (mov. nº 54). Argumentam, em síntese, que possuem interesse de agir, visto que o apelado/réu nunca prestou contas de seu exercício, desde sua nomeação como curador especial de seu pai, Sr. Manoel David de Souza, em 21.05.2019, contrariamente à previsão dos arts. 1.781 e seguintes do Código Civil.

Defendem a necessidade de remessa das contas ao perito contábil, com objetivo de auferir a validade dos cálculos e a pertinência dos gastos despendidos pelo apelado/réu.

Requerem, ao final, o conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da sentença no sentido da procedência dos pedidos iniciais e reversão dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Pois bem.

Inicialmente, ressalto que a ação de prestação de contas ajuizada por herdeiros, como no caso em análise, objetiva a defesa do acervo hereditário, o que é um direito assegurado a qualquer um dos sucessores, haja vista a natureza universal e indivisível da herança. Sobre o assunto, veja-se:

“(…) Depois de aberta a sucessão e até a finalização da partilha, o patrimônio deixado pelo autor da herança forma uma universalidade de fato indivisível, da qual os herdeiros são considerados condôminos e, assim, possuem legitimidade para intentarem ações fundadas na posse ou no domínio da coisa comum, em sua defesa. Precedentes do STJ.” (TJGO, Apelação 0118662-58.2009.8.09.0105, Relator Orloff Neves Rocha, 1ª Câmara Cível, julgado em 13.06.2019, DJe de 13.06.2019).

“Apelação cível. Ação de exigir contas. Primeira fase. Apelo recebido como agravo de instrumento. Fungibilidade recursal. Ilegitimidade ativa afastada. Cerceamento de defesa não configurado. Dever de prestar contas. 1. A primeira fase da ação de exigir contas se encerra por decisão interlocutória, que julga procedente o pedido e determina à parte que preste as contas devidas, sendo recorrível por meio de agravo de instrumento. Entretanto, deve ser afastada a existência de erro grosseiro, conforme reconhecido pelo STJ, sendo plenamente aplicável, ao caso em tela, o princípio da fungibilidade recursal, recebendo-se o recurso de apelação como agravo de instrumento. 2. A ação de prestação de contas ajuizada por herdeiros, como no caso em análise, objetiva a defesa do acervo hereditário, o qual é um direito assegurado a qualquer um dos sucessores, haja vista a natureza universal e indivisível da herança, não havendo falar-se em ilegitimidade ativa. 3. inexistente cerceamento de defesa, quando o juiz, destinatário final do conjunto probatório, procede ao julgamento antecipado da lide, por entender não ser necessária a produção de provas, para o deslinde da causa, aplicando a regra inserta no artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil/2015. Recurso de Apelação Cível Conhecido Como Agravo de Instrumento e Desprovido.” (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5338985-16.2018.8.09.0035, Relator Desembargador Mauricio Porfirio Rosa, Assessoria para Assunto de Recursos Constitucionais, julgado em 28.10.2021, DJe de 28.10.2021)

Nesse toar, os apelantes/autores são legitimados ativos à propositura da ação de exigir contas em face do curador de seu avô.

A respeito do interesse de agir, impende trazer à baila a clássica sistematização proposta Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, **in verbis**:

“(…) Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual.” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 532).

E, também, Daniel Amorim Assumpção Neves:

“A ideia de interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associada à utilidade de prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será suficiente para justificar o tempo, energia e dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda. (...) Por adequação se entende que o pedido formulado pelo autor deve ser apto a resolver o conflito de interesses apresentado na petição inicial.” (Manual de Direito Processual Civil, 2ª Ed, Editora Método, 2010, p. 87).

Como visto, o interesse de agir consubstancia-se na necessidade e na utilidade do processo, no que se refere à obtenção, pela indispensável intervenção judicial, da satisfação do alegado direito. Devem restar comprovados tanto o interesse processual, quanto a eleição da via adequada.

No caso em testilha, embora existisse interesse de agir quando da propositura da ação na origem, em 14.06.2021, é certo que o ajuizamento da ação de prestação de contas nº 5550605-85 pelo apelado/réu, em 21.10.2021, implica a perda do objeto. Explico.

A curatela é o encargo imposto a alguém para reger e proteger a pessoa que, por causa transitória ou permanente, não possa exprimir a sua vontade e administrar os seus bens. O curador deverá ter sempre em conta a natureza assistencial e o viés de inclusão da pessoa curatelada, permitindo que possua certa autonomia e liberdade, além de manter seu direito à convivência familiar e comunitária, sem jamais deixá-la às margens da sociedade.

Escolhido o curador, nos termos do art. 755, § 1º, do CPC, assim como na tutela, deverá haver a prestação de contas de sua administração, haja vista estar ele na posse de bens do incapaz (arts. 1.755, 1.774 e 1.781, do CC).

Dispõe o art. 1.756, do Código Civil que a nomeação do curador importa no dever de prestar contas anualmente. No caso concreto, a nomeação se deu em 21.05.2019, devendo, portanto, as primeiras contas serem prestadas ao final daquele ano e, após, a cada dois anos.

Na linha do parecer da douta Procuradoria de Justiça “(...) o apelado, na condição de curador, deverá prestar contas a partir do dia em que assumiu os múnus da curatela, **in casu**, inclusive e a partir da curatela provisória, não podendo haver lacuna de período de prestação de contas, mesmo que não tenha constado expressamente da sentença que decretou a interdição e a curatela do curatelado e nomeou o curador esta obrigação legal.”

Desse modo, inicialmente, havia interesse de agir, porquanto não apresentadas as contas atempadamente pelo curador. Contudo, extrai-se dos autos eletrônicos nº 5550605-85 que as contas

foram prestadas e os apelantes/autores habilitados como terceiros interessados (decisão de mov. nº 47). Aliás, o processo encontra-se em estágio avançado, tendo sido as contas prestadas e realizada perícia.

A propósito, confira o disposto no artigo 157 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

“Art. 157. Julgar-se-á prejudicada a pretensão quando houver cessado sua causa determinante ou já tiver sido plenamente alcançada em outra via, judicial ou não.

Parágrafo único. A pretensão será julgada sem objeto, se esta houver desaparecido ou perecido.”

Assim, não há utilidade na perpetuação desta relação processual, devendo as questões relativas à prestação de contas serem dirimidas nos autos eletrônicos em apenso.

Finalmente, no caso de extinção do feito por perda superveniente do objeto, arcará com a verba do advogado aquele que deu causa à ação, segundo o princípio da causalidade, ou seja, a parte que ocasionou a instauração da lide. Veja-se:

“Apelação cível. Tutela cautelar antecedente. Pedido de reconhecimento de união estável. Suspensão. Ação de inventário. Desnecessidade. Perda do objeto. Dilapidação de bens. Inovação recursal. Honorários. I - Nos termos do artigo 628 do Código de Processo Civil, havendo suposta sucessora preterida no inventário, se não for possível a solução incidental de sua admissão, o magistrado mandará reservar o quinhão da herdeira excluída até que se decida o litígio relativo à sua qualidade de sucessora, sem necessidade de suspensão da Ação de Inventário. II - Esgotado o interesse para o exercício do direito subjetivo e abstrato, a presente ação há de ser julgada prejudicada, extinguindo-se o processo, sem resolução de mérito, por perda superveniente de interesse processual, consoante os artigos, 493, caput, e 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, combinado com o 195, do Regimento Interno deste Tribunal. III - É incabível o enfrentamento por esta Corte de Justiça da matéria não abordada no juízo de origem, sob pena de supressão de instância. IV - Em virtude do princípio da causalidade, aquele que deu causa a ação deve ser condenado no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Apelação cível parcialmente conhecida, e nesta parte, desprovida. Sentença mantida.” (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 0018390-12.2017.8.09.0029, Relator Desembargador Jeova Sardinha de Moraes, 6ª Câmara Cível, julgado em 07.11.2022, DJe de 07.11.2022).

No caso em exame, o apelado deu causa ao ajuizamento da ação, em virtude do não cumprimento de seu múnus como curador especial, o que importa no dever do apelado/réu de arcar com os ônus sucumbenciais.

Acerca do tema, importa dizer que, por tratar-se de matéria de ordem pública, mostra-se admissível sua alteração de ofício por este órgão revisor, de modo que tal ato não configura violação ao princípio da **non reformatio in pejus**. De qualquer forma, houve requerimento de reversão dos honorários em sede de recurso apelatório, podendo-se reconhecer a possibilidade do apelado arcar com a sucumbência.

A condenação deve observar a regra do art. 85, § 8º, do CPC, posto que o valor atribuído à causa é muito baixo (R\$1.000,00) e sua adoção como parâmetro resultaria em uma verba advocatícia de, no máximo, R\$200,00 (duzentos reais), o que, por certo, não remunera adequadamente o serviço prestado pelo advogado dos autores.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação cível e dou-lhe parcial provimento apenas para impor a sucumbência fixada a cargo do apelado.

É como voto.

Goiânia, 20 de abril de 2023.

Aureliano Albuquerque Amorim - Relator

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau

Apelação Cível nº 0010795.02.2015.8.09.0103

Apelante: Adriana Aparecida Damaceno Bueno

Apelado: Elenice Barbosa Soares

Relator: Des. Carlos Escher

Câmara: 4ª Cível

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO E PETIÇÃO DE HERANÇA. FILIAÇÃO RECONHECIDA NOS AUTOS PELAS PARTES E COMPROVADA POR DNA. PRETENSÃO RECURSAL DE QUITAÇÃO DO DIREITO DA INVESTIGANTE QUANTO AOS DIREITOS HEREDITÁRIOS, TENDO EM VISTA A OCORRÊNCIA DE ACORDO EXTRAJUDICIAL FEITO DURANTE A TRAMITAÇÃO FEITO, SEM A PRESENÇA DOS ADVOGADOS DA PARTE AUTORA.

I - O Código Civil em seu art. 1.808 veda, expressamente, a parcial renúncia da herança.

II - Não havendo a indicação de pessoas determinadas para a cessão do direito hereditário, a parcial renúncia ao acervo, evidenciada pela discrepância entre o valor ofertado e a totalidade do acervo hereditário materializam renúncia abdicativa de parte do espólio, não admissível legalmente.

III - A sentença na qual o julgador comina honorários advocatícios de ofício não é considerada **extra petita** porque tal verba honorária é consectário legal da sucumbência, por manifesto direito reconhecido no **caput** do art. 85 do CPC.

IV - Desprovido o recurso, devem ser majorados os honorários do advogado, estabelecidos na sentença, conforme dispõe o § 11 do art. 85 do CPC.
APELO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as supra indicadas.

Acordam os componentes da Terceira Turma Julgadora da 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator. Fizeram sustentações orais os Drs. Jonne Carlos de Souza Oliveira e Gustavo Fraga, em favor do apelante e da apelada, respectivamente.

Votaram com o Relator, a Desembargadora Elizabeth Maria da Silva e o Desembargador Delintro Belo de Almeida Filho.

Presidiu a sessão a Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.

Presente o ilustre Procurador de Justiça Dr. José Carlos Mendonça.

Goiânia, 25 de maio de 2023.

Des. Carlos Escher - Relator

RELATÓRIO

Trata de recurso apelatório, interposto por Adriana Aparecida Damaceno Bueno, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Minaçu, Dr. Eduardo Tavares dos Reis, nos autos da ação de reconhecimento de paternidade c/c anulação de registro civil de nascimento e petição de herança movida em seu desfavor e em desfavor de José dos Reis Soares de Abreu, bem como do espólio de Antônio Dias Damaceno, representado pelas herdeiras Alessandra de Fátima Daniaceno Silva, Alzirene Maria Damacena Oliveira e Adriana Aparecida Damaceno Bueno por Elenice Barbosa Soares, todos qualificados e representadas nos autos.

No juízo de primeiro grau a apelada ajuizou ação buscando fosse anulado registro civil de nascimento feito pelo marido de sua genitora, José dos Reis Soares de Abreu, e reconhecida a verdadeira paternidade com relação ao falecido pai, Antônio Dias Damaceno, pleiteando também o recebimento de herança deste, havida por suas irmãs biológicas, requeridas.

Transcorrido os trâmites regulares do feito e apresentado em juízo pela parte requerida o acordo extrajudicial entabulado após o ajuizamento desta ação, acerca da herança, a autora/apelada pediu ao ilustre dirigente do feito que desconsiderasse referida composição amigável, feita no ano de 2016, alegando ter sido ludibriada, e que fora coagida a assinar tal pacto extremamente desvantajoso, sem a presença de seus advogados, já constituídos nos autos desde 2015.

Em decisão interlocutória, o ilustre magistrado de primeiro grau não homologou o acordo em questão quanto à aceitação, por parte da autora, dos bens da herança (sob o argumento de que ela pediu essa não admissão de referido pacto). Desta feita, foi convalidado o negócio extrajudicial apenas

quanto à sua filiação, ali reconhecida pelas filhas havidas no casamento do falecido e atestada por DNA nos autos.

Uma vez proferida sentença (mov. 59), com a procedência dos pedidos iniciais, houve o reconhecimento da paternidade, o direito à herança e a nulidade do registro civil indevido.

Na mov. nº 85 Adriana Aparecida Damaceno Bueno, uma das requeridas, interpõe recurso apelatório.

Alega a apelante, em suma, que o acordo havido entre as partes deve prevalecer para ser considerada totalmente quitada a entrega da cota hereditária da apelada.

Afirma, também, ter o ilustre dirigente processual extrapolado os limites do pedido feito na inicial, ao decidir, uma vez que “não há qualquer alegações partes, que mencione que caso os bens recebidos pela Apelada, as quais estavam em nome de terceiro, caso fosse inviável sua transferência, os mesmos deveriam ser devolvidos”. (sic).

Sustenta não haver dúvida de que no acordo em questão a autora deu integral quitação quanto ao recebimento de sua parte no espólio, por ter recebido os bens ofertados, tendo inclusive já vendido a motocicleta, acrescentando que tais bens não deveriam ser considerados apenas como adiantamento da herança.

Também, alega não ter esclarecido o ilustre dirigente do feito o momento que seria considerado para avaliação das propriedades rurais: o de liquidação da sentença, ou aquele em que a apelada recebeu bens da apelante e das outras irmãs no acordo noticiado no processo.

Apona ainda julgamento **extra petita**, no fato de ter sido condenada as partes requeridas em honorários de sucumbência, quando não constou tal pedido na inicial, inclusive porque houve o referido pacto homologado parcialmente em juízo, não mais restando litígio que justificasse tal condenação.

Ao final, com lastro em tais argumentos, pediu o provimento do recurso, para que seja reconhecido “como integralmente quita a cota parte da herança recebida pela Apelada em 2016, ou seja, correspondente aos seus 12,5% do Espólio.”

Em caso de entendimento diverso, posicionando este tribunal no sentido de que “o Acordo de Fls. 118/120, não dera quitação integral a cota parte da herança da Apelada, deve este Juízo determinar que os valores dos Bens recebidos pela Apelada, bem como os valores da propriedade rural objeto do espólio, sejam aqueles discriminados na Acordo de fls. 118/120, e não avaliação judicial determinada pelo Juízo ‘a quo’, junto ao Evento 50;”, pleiteando, ainda, o afastamento da sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, pelos motivos expostos.

O recurso foi preparado (mov.85).

Em suas contrarrazões ao apelo, a parte recorrida pediu, em suma, o desprovimento do recurso (mov.93).

É, em síntese, o relatório.

Peço dia para julgamento.

Documento datado e assinado digitalmente.

Des. Carlos Escher - Relator

VOTO

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade. Dele conheço.

No mérito, no entanto, deve ser desprovido o apelo, pelos motivos a seguir alinhavados.

Antes de qualquer argumentação a respeito do mérito recursal, observo que a questão da paternidade encontra-se superada, porque admitida pelas partes e comprovada por meio de exame de DNA, bem como também se encontra desnecessária qualquer discussão sobre o fato de que a recorrente faz jus a 12,5% da herança do falecido A.D.D., também admitida pelas partes.

Resta como ponto de discórdia recursal a alegação da apelante (uma das irmãs requeridas) no sentido de que deve prevalecer o acordo entabulado com a apelada (também filha do falecido, mas só recentemente reconhecida como tal), no qual esta última aceitou ficar com determinada parte do acervo hereditário e, em seguida, se afirmando se sentir ludibriada, pediu que o ilustre dirigente processual não homologasse tal composição extrajudicial, o que por ele foi aceito quanto ao acerto da herança.

Portanto, o que se pleiteia neste apelo é que se reconheça como quitada a parte devida à recorrida no espólio.

Necessário esclarecer que em primeiro grau, antes de proferida a sentença de mérito, a então dirigente do feito atendeu ao pedido da autora/apelada (mov. nº 03, fls. 129 dos autos físicos), e não homologou o acordo quanto à aceitação de determinada parte da herança pela mesma.

Mais tarde, na sentença, o ilustre magistrado condutor do processo ratificou o posicionamento da ilustre julgadora que o antecedeu, não acolhendo à partilha, mas considerando-o acordo no tocante ao reconhecimento da paternidade, mesmo porque, conforme sentenciado, a filiação fora atestada por exame de DNA, contido nos autos.

Portanto, resta perquirir, neste recurso apelatório, se o pacto extrajudicial havido entre apelante e apelada, não homologado pelo ilustre magistrado de primeira instância, deve ou não prevalecer, sujeitando a esta última a obtenção de menos bens do que poderia obter do acervo hereditário.

Antes de qualquer imersão na matéria de mérito, deve se ter em mente que, doutrinariamente são expostos dois tipos de renúncia à herança. A primeira modalidade é a renúncia em favor do monte, que é a renúncia abdicativa, considerada pelos estudiosos do direito como a única renúncia verdadeira. A segunda espécie é a renúncia translativa, que é impropriamente assim denominada, por ser, em sua substância, apenas um negócio jurídico comum, de cessão de direito, embora feito por um herdeiro ou sucessor.

Incidindo a mera translação do bem, não ocorre, propriamente, uma renúncia à herança, mas um negócio jurídico banal. É uma cessão de direito, em que uma parte cede seu quinhão ou parte dele a determinado herdeiro. Somente nesse tipo de negociação (renúncia translativa) se admite a entrega apenas de uma parcela do direito hereditário do cedente. Maiores digressão a respeito da renúncia meramente translativa não são necessárias nesta oportunidade, porque se trata de hipótese que não incidiu no caso em comento.

De fato, neste caso concreto, houve pacto celebrado entre as partes, no qual não se nomeou nenhum herdeiro em particular, que seria beneficiado pela cessão (ainda que tácita) de determinados

bens por parte da herdeira apelada/autora. Assim sendo, não se caracterizou o que se denomina de renúncia translativa.

Na verdade, tentou-se materializar a verdadeira renúncia, denominada renúncia abdicativa.

Na renúncia abdicativa, que é a modalidade incidente nos autos, conforme já dito, o herdeiro abre mão de seu direito em favor não de determinada ou de específicas pessoas, mas em favor do monte mor (que é a totalidade do acervo hereditário).

Dessa forma, os bens dos quais abdicou serão distribuídos entre todos os herdeiros que estão em posição hereditária idêntica à sua, não havendo deferência a alguém, em particular.

Corroborando a conclusão de que se tentou realizar renúncia abdicativa, o fato de que no apelo se pretende que seja reconhecida a total abdicção dos bens da herança, pela apelada e ainda, a oitiva das mídias da audiência de instrução e julgamento, inseridas nas movs. 44/45, nas quais os depoimentos da apelante e de sua irmã, é no sentido de que procuraram a autora para, alegadamente, atribuir àquela o quinhão hereditário que lhe pertencia.

Interessa sobremaneira à solução do caso em exame, que nessa renúncia pura (renúncia abdicativa), o herdeiro somente poderia renunciar à totalidade da herança. Nela, ou ele se abstém de tudo, ou não abdica de nada. É o que expressamente prevê o Código Civil, senão vejamos:

“Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo.”
(não destacado no original).

Tendo em vista que a herdeira apelada efetuou composição na qual não apontou algum ou alguns beneficiados em particular, não sendo, por isso, caso de cessão de direitos, e ainda considerando que no acordo foi convencida a aceitar bens em quantidade menor do que haveria de lhe tocar no espólio (conforme adiante demonstrado), não se tornou a recorrida, evidentemente, totalmente estranha à sucessão. Então, materializou-se uma renúncia parcial (já que ficou com parcela de valores que lhe tocavam). E essa renúncia apenas de parte do legado, conforme dicção do art. 1.808 (dantes compilado) sem sombra de dúvidas é defesa pela referida lei civil.

Em interpretação ao mencionado dispositivo legal, quanto à impossibilidade de parcial renúncia ao acervo hereditário, e abonando o posicionamento ora adotado, pode ser mencionado o seguinte julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. Sucessão. Renúncia à herança. Ato formal e solene. Escritura pública. Ato não sujeito à condição ou termo. Efeito da renúncia: renunciantes considerados como não existentes. 1. A qualidade de herdeiro legítimo ou testamentário não pode ser compulsoriamente imposta, garantindo-se ao titular da vocação hereditária o direito de abdicar ou declinar da herança por meio da renúncia expressa, preferindo conservar-se completamente estranho à sucessão. 2. Ao contrário da informalidade do ato de aceitação da herança, a renúncia exige forma expressa, cuja solenidade deve constar de instrumento público ou por termos nos autos (art. 1807), ocorrendo a sucessão como se o renunciante nunca tivesse existido, acrescendo-se sua porção hereditária à dos outros herdeiros da mesma classe. 3. A renúncia e a aceitação à herança são atos jurídicos puros não sujeitos a elementos acidentais. Essa a regra estabelecida no **caput** do art. 1808 do Código Civil, segundo o qual não se pode aceitar ou renunciar a herança em partes, sob condição (evento futuro incerto) ou termo (evento

futuro e certo). 4. No caso dos autos, a renúncia operada pelos recorrentes realizou-se nos termos da legislação de regência, produzindo todos os seus efeitos: a) ocorreu após a abertura da sucessão, antes que os herdeiros aceitassem a herança, mesmo que presumidamente, nos termos do art. 1807, do CC/2002; b) observou-se a forma por escritura pública, c) por agentes capazes, havendo de se considerar que os efeitos advindos do ato se verificaram. 5. Nessa linha, perfeita a renúncia, considerasse como se nunca tivessem existido os renunciantes, não remanescendo nenhum direito sobre o bem objeto do negócio acusado de nulo, nem sobre bem algum do patrimônio. 6. Recurso especial não provido. (REsp nº 1.433.650/GO, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19.11.2019, DJe de 04.02.2020.)

E ainda, no mesmo sentido, vejamos o entendimento, tanto do Tribunal de Justiça do Paraná, quanto do Rio Grande do Sul:

“Apelação cível. Direito das sucessões. Inventário. Síntese fática. Homologação de partilha, com renúncia parcial de herança. Recurso do ministério público pela vedação de renúncia parcial e prejuízo a herdeira menor. Contrarrazões. Dialeiticidade recursal. Violação. Inocorrência. Parte que atende ao artigo 1010, inciso II, do Código de Processo Civil. Apelação renúncia. Vedação à renúncia parcial. Inteligência do artigo 1.808 do código civil. Bens de titularidade da **de cujus** não integrantes da partilha. Herdeira menor. Evidente prejuízo. Retificação do plano de partilha com a inclusão de todos os bens do acervo patrimonial. Decisão anulada recurso conhecido e provido para anular a sentença homologatória e determinar a inclusão de todos os bens que compõem o acervo patrimonial da **de cujus**. (TJPR-11ª C. Cível-XXXXX-21.2019.8.16.0160, Relatora Desembargadora Lenice Bodstein – julgado em 12.07.2021) (grifei)

“Não é possível juridicamente aceitar ou renunciar parcialmente a herança ou quinhão hereditário, pois é expressamente vedado pelo art. 1.808 do C. Recurso desprovido (TJ-RS, AC 70069735892, 7ª Câmara Cível, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 28.09.2016).

Portanto, embora o ilustre julgador de primeiro grau na decisão que consta da mov. nº 03 (penúltimo evento, sem numeração lógica), não tenha homologado o acordo extrajudicial em questão somente por causa da discordância manifestada pela apelada, que se disse ludibriada, e não representada por advogado naquele ato (argumentos contidos na sentença), o referido posicionamento judicial deve ser admitido nesta instância, não somente por estes, mas também por outros fundamentos estritamente jurídicos, ora apresentados, porque o pacto em questão, ainda que celebrado por pessoa capaz, não pode ser convalidado, mesmo sem que a parte tenha recorrido à ação judicial específica para desconstituí-lo, porque realizado de maneira manifestamente contrária à lei que rege a matéria, conforme acima explicitado.

A título de esclarecimento, pode ser dito que, conforme expressamente admitido no apelo, a apelada ficaria, por força do acordo extrajudicial já mencionado, feito no ano de 2016, com uma motocicleta marca Honda, de 150 “cc”, ano e modelo 2014, bem como um terreno e respectiva edificação na cidade interiorana de Minaçu (com área total de 157,55m²), além de um jogo de quarto.

Ainda que sem considerar o fato de que o imóvel mencionado está registrado em nome de terceiros, conforme documentação nos autos, o fato é que sua dimensão de 157,55m², bem como o provável valor de uma motocicleta de potência modesta e o jogo de quarto referidos não podem se comparar às metragens das propriedades rurais e quantidade de semoventes mencionados na “escritura pública de inventário e partilha dos bens que compõem o espólio de Antônio Dias Damaceno”, juntada nos autos na mov. 49. Ali se destaca: a) um imóvel com área de 74,15,44 hectares; b) outra gleba de terras de 85,43 hectares; c) e porção de terras com 84,83,3 hectares; e d) 170 semoventes (bovinos), e zero a 36 meses de idade.

Destarte, pela descrição da escritura de inventário, mesmo que deva ser desconsiderada da herança a meação da viúva, e possíveis dívidas, ainda assim se observa relevante disparidade entre os bens inventariados e aqueles assumidamente entregues à apelada/autora. Discrepância que materializa renúncia parcial e não total da herança, e ainda, em favor do monte mor.

Dessa forma, não pode ser considerado o pacto válido, por conter renúncia parcial à herança, defesa no já mencionado art. 1.808 do Código Civil.

Ainda, vista a questão do ponto de vista material, a desproporção entre o que foi entregue e o acervo hereditário comprovado na aludida escritura também desautoriza a admissão de que tenha ocorrido quitação integral do direito de herança.

Portanto, por estes argumentos, e pelo fato de que o acordo em questão, juntado aos autos para ser homologado, foi feito no ano de 2016, após o ajuizamento desta ação, no ano de 2015, sem a presença dos já constituídos advogados da autora/apelada, se justifica plenamente a sentença na parte em que não reconheceu a aludida quitação e repudiou o acordo, do qual a autora se arrependeu, antes de sua homologação.

De igual modo, não houve sentença **extra petita**, ou qualquer vício de adstrição, no fato de ter o ilustre julgador afirmado que, se o terreno urbano atribuído à apelada estiver em nome de terceiros, deve ser desconsiderada a sua entrega como parte do acervo, primeiro porque, ao contrário do que apregoa a recorrente, a ação foi intitulada como “de reconhecimento de paternidade c/c anulação de registro civil de nascimento c/c petição de herança” (grifo ora inserido), contendo pedido expresso na petição inicial de que “seja declarada a Autora com direito de sua cota parte na partilha dos bens deixados pelo Espólio”. (pág. 04 da peça vestibular).

Ainda, na pág. 05 do mesmo documento inaugural do feito se assentou que “a Requerente deverá ser incluída na condição de filha herdeira dos bens deixados pelo suposto pai”.

O pedido relativo à herança resta tão cristalino na inicial que, inclusive, foi pleiteada pela autora também a indisponibilidade de tal patrimônio, para resguardar seus direitos, senão vejamos

“(…) no sentido de assegurar a cota parte na herança pertencente à Requerente, por prevenção requer com previsão no artigo 273 do Código de Processo Civil, considerando o fundado receio que os bens sejam alienados e possa causar prejuízos irreparáveis à autora, como também havendo a possibilidade de a qualquer tempo ser a medida revogada, requer a Vossa Excelência que seja determinada a indisponibilidade dos bens deixados pelo suposto pai, isso até o limite da cota parte da Autora”. (pág. 06 da inicial).

Portanto, não existe julgamento fora do pedido quando o ilustre dirigente do feito não considera quitada a entrega da parte da herança que cabe à autora/recorrida, e atribui seu direito hereditário, bem como admite a compensação das coisas recebidas com os valores que ainda estão por receber, caso o terreno não esteja em nome de terceiros, mesmo porque esta última conclusão é alicerçada diante de fato documentado nos autos e não refutado pela apelante, de que o lote ofertado àquela está em nome de terceiros.

Desta forma, a quitação não pode ser tida como integral, como quer a recorrente, se foram ofertados bens de menor valor do que faz jus a herdeira, em igualdade de condições com as irmãs.

De outro turno, relativamente ao momento da avaliação das propriedades rurais, mencionadas no inventário, nada obsta a que seja considerado o momento da liquidação de sentença para tanto, e caso aproveite à autora/apelada o terreno que se alega em nome de terceiros, a sua valia deve ser estabelecida também no mesmo momento, para possível abatimento deste valor, do montante devido, havendo que ser aquilatado também para o mesmo fim, o valor da motocicleta. Relativamente a este veículo, considerando que no momento da dação ela era de ano e fabricação de 2014, portanto anterior a dois anos do pacto (celebrado em 2016), tendo em vista a sua ausência, deve ser considerado o valor de uma da mesma marca (Honda), mesma potência (cilindradas) e modelo similar, igualmente com dois anos de fabricação, no momento da liquidação de sentença.

Relativamente ao valor do jogo de quarto, se possível sua avaliação, deve ser considerado o valor no momento da composição extrajudicial, com a incidência da correção monetária pelo INPC, tendo em vista a ausência de indexador específico, neste caso.

Quanto ao alegado fato de ter havido valorização de imóvel rural de propriedade das requeridas, pela atuação da viúva, sua mãe, que teria ali realizado pastagens, cercas e outras benfeitorias, tal não está comprovado nos autos, não merecendo consideração, mormente porque alegados acréscimos não existiriam se fosse atribuído à parte autora o direito devido no tempo oportuno, não havendo que se beneficiar aquelas de sua própria torpeza, conforme proclama a célebre máxima jurídica. Deve se acrescentar a tal respeito, ainda, que não há que se falar em prejuízo para a cônjuge supérstite, porque o acerto patrimonial deve incidir apenas sobre o patrimônio das irmãs da autora/apelada, ou sobre as suas cotas nesses bens, ficando intacta a meação daquela.

Por fim, engana-se a apelante ao afirmar ter sido ofendida pelo digno juiz sentenciante o art. 141 ou 492 da lei processual civil, já que não houve julgamento além dos limites da lide, pelos motivos já mencionados, raciocínio que vale também com relação aos honorários advocatícios, que são devidos pela parte que deu causa ao ajuizamento da ação, mesmo em caso de composição amigável. Ainda, eles não precisam ser pleiteados, posto que merecidos por imposição do **caput** do art. 85 da lei processual civil e se traduzem em consectários lógicos da sucumbência, sendo, portanto, passíveis de fixação **ex officio**.

Corroboram este posicionamento os recentes julgados proferidos no Superior Tribunal de Justiça, em seguida compilados:

“Tributário. Processual civil. União. Polo passivo. Exclusão. Recurso. Inexistência. Preclusão. Honorários. Condenação. Cabimento. 1. ‘Não havendo a parte ora agravante repellido oportunamente o reconhecimento, pelo Tribunal de origem, da ilegitimidade passiva **ad**

causam da União, ocorreu o fenômeno processual da preclusão, sendo vedado o exame do tema por este Tribunal Superior” (AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp nº 1.822.944/MT, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 22.09.2020). 2. A fixação de honorários advocatícios é consectário lógico da sucumbência, sendo de rigor sua reanálise no caso de provimento do recurso da parte ex adversa. Nesse sentido:

EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no Resp nº 1.194.631/SC, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 17.08.2015. 3. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl nos Edcl no AgInt no REsp nº 1.673.466/RS, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 24.10.2022, DJe de 27.10.2022). (grifo nosso).

“Nos termos da jurisprudência dessa Corte, firmada em sede de recurso repetitivo, “a condenação nas verbas de sucumbência decorre do fato objetivo da derrota no processo, cabendo ao juiz condenar, de ofício, a parte vencida, independentemente de provocação expressa do autor, porquanto trata-se de pedido implícito, cujo exame decorre da lei processual civil”. (STJ -trecho extraído do inteiro teor d AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.643.408 – RJ (2019/0381652-0) relatado pelo Ministro Raul Araújo, data de julgamento: 16.08.2022).

Processual civil. Agravo interno no agravo interno no agravo em recurso especial. Decisão monocrática de relator que reconsidera decisão anterior para conhecer do recurso especial e dar parcial provimento. Nulidade. Inexistência. Não incidência da Súmula 7/STJ. Reenquadramento jurídico dos fatos estabelecidos no acórdão recorrido. Possibilidade. Ação de cobrança de prestação de serviços advocatícios. Procedência do pedido. Honorários contratuais **ad exitum**. Renúncia ao mandato no curso da ação. Cobrança antecipada admitida pelo tribunal de origem. Impossibilidade. Condição suspensiva não implementada. Redistribuição dos ônus sucumbenciais agravo desprovido. 1. O Relator está autorizado a dar provimento a recurso por decisão monocrática quando o acórdão recorrido estiver em confronto com a jurisprudência dominante do STJ acerca do tema (RISTJ, art. 253, parágrafo único, II, c). A possibilidade de julgamento monocrático não foi eliminada com o advento do Código de Processo Civil de 2015, conforme se verifica no art. 932, III, IV e V. Não há ofensa ao princípio da colegialidade, tendo em vista a possibilidade de interposição de recurso próprio, inclusive com sustentação oral, nos termos do previsto na Lei 14.365/2022. 2. A valoração jurídica dos fatos, baseada nas premissas estabelecidas pela Corte de origem, como ocorre no presente caso, não implica a incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, ‘Os honorários advocatícios pactuados com a cláusula de êxito são exigíveis apenas a partir do implemento da condição suspensiva, mesmo nos casos de revogação do mandato no curso da demanda.’ (AgInt no REsp 1.704.707/DF, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20.09.2021, DJe de 24.09.2021). 4. A redistribuição dos ônus sucumbenciais, com a alteração dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na origem, é mera consequência lógica do provimento parcial do recurso e do decaimento da autora em parte de seu pedido, não havendo que se falar em julgamento **extra petita**. 5. Agravo interno desprovido. (AgInt no AgInt no AREsp nº 1.997.699/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20.09.2022, DJe de 24.10.2022). (destaquei).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso apelatório, mantendo inalterada a sentença apelada, por estes e seus próprios fundamentos.

Em decorrência do desprovimento do apelo, majoro a verba advocatícia, estabelecida em primeiro grau em R\$5.000,00 (cinco mil reais) para R\$5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), de acordo com o § 11 do art. 85 da lei processual civil, na mesma forma solidária estabelecida naquele julgado.

É o voto.

Goiânia, 25 de maio de 2023.

Des. Carlos Escher - Relator

Apelação Cível nº 5604788.29.2022.8.09.0129

Comarca de Pontalina

4ª Câmara Cível

Apelante: Banco Hyundai Capital Brasil S/A

Apelada: Elizangela Márcia da Silva

Relator: Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CÉDULA DE CRÉDITO EMITIDA NA FORMA INTEGRALMENTE ELETRÔNICA. ART. 27-A DA LEI Nº 10.931/2004. INTIMAÇÃO PARA EMENDAR A INICIAL E DEPOSITAR EM CARTÓRIO O CONTRATO ORIGINAL NA FORMA FÍSICA. NÃO CUMPRIMENTO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. IRRAZOABILIDADE. EXIGÊNCIA TÃO SOMENTE QUANTO AOS TÍTULOS DE CRÉDITOS EMITIDOS NA FORMA DE CÁRTULA. PRECEDENTES DO COLENDO STJ E DESTA EG. CORTE.

I - A jurisprudência do STJ estabelece que, por ser a cédula de crédito bancário dotada do atributo da circularidade, mediante endosso, conforme previsão do art. 29, § 1º, da Lei 10.931/04, a apresentação do documento original faz-se necessária ao aparelhamento da ação de busca e apreensão, se não comprovado pelas instâncias ordinárias que o título não circulou.

II - Não obstante, a colenda corte superior ressalvou que tal entendimento somente será aplicável às cédulas de crédito bancário emitidas antes da data da vigência da Lei nº 13.986/2020, que inclui na Lei nº 10.931/2004, o art. 27-A, no qual preceitua que a Cédula de Crédito Bancário poderá ser emitida sob a forma escritural, por meio do lançamento em sistema eletrônico de escrituração.

III - Portanto, após a vigência da referida lei, somente será exigível a juntada do contrato original, em cartório, se o título exequendo for apresentado no formato cartular (físico).

IV - Na hipótese dos autos, a magistrada condutora do feito, malgrado a emissão da cédula de crédito na forma integralmente eletrônica, determinou a intimação do apelante/requerente para promover a juntada do contrato original (físico), em cartório, sob pena de indeferimento da inicial. Diante da impossibilidade do cumprimento da ordem judicial, a exordial foi indeferida.

V - Dessarte, à luz da legislação de regência, bem como o entendimento firmando na colenda Corte Superior, não há a necessidade de juntada do referido contrato na forma física. Assim, a reforma da sentença, a fim de afastar o indeferimento da inicial é medida que se impõe.

VI – Em razão do provimento do apelo, não há falar na majoração dos honorários advocatícios prevista no § 11, do art. 85, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 5604788-29.2022.8.09.0129 da Comarca de Pontalina, em que figura como apelante o Banco Hyundai Capital Brasil S/A e como apelada Elizangela Márcia da Silva.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Quinta Turma Julgadora de sua 4ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer da apelação cível e provê-la, nos termos do voto do Relator.

Presidiu a sessão de julgamento, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.

Presente o(a) ilustre representante da Procuradoria-Geral de Justiça.

Goiânia,

Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho - Relator

(Documento datado e assinado eletronicamente)

VOTO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Banco Hyundai Capital Brasil S/A, contra a sentença (mov. 32) proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara Cível da Comarca de Pontalina, Drª. Danila Cláudia Le Sueur Ramaldes, nos autos eletrônicos da Ação de Busca e Apreensão Pelo Decreto-Lei Nº 911/1969 ajuizada contra Elizangela Márcia da Silva, ora Apelada; que indeferiu a petição inicial.

Extrai-se dos autos que, em 15.06.2021, o apelante celebrou com a apelada um contrato de financiamento consubstanciada operação de crédito direto ao consumidor (CDC) nº 510868614, no valor de R\$63.401,32 (sessenta e três mil, quatrocentos e um reais e trinta e dois centavos), a ser pago

em 48 (quarenta e oito) parcelas no valor de R\$1.887,45 (mil oitocentos e oitenta e sete reais e quarenta e cinco centavos), cujo crédito foi destinado a aquisição do automóvel marca Hyundai, modelo: Creta Action 1.6, 16v Chassi: 9BHGA811BMP238924, ano/modelo 2021/2021, cor branca, placa QKV0J28, o qual ficou vinculado ao contrato em garantia de alienação fiduciária. (Mov. 25, doc. contrato.pdf, pg.88/91)

Em decorrência da inadimplência da contratante, houve uma renegociação contratual, na qual estipulou-se o valor contratado em R\$65.166,52 (sessenta e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e cinquenta e dois centavos), a ser pago em 60 (sessenta) parcelas mensais no valor de R\$1.463,28 (mil quatrocentos e sessenta e três reais e vinte e oito centavos), com vencimento da 1ª parcela em 10.08.2022, conforme aditivo de renegociação nº 563216042, juntado na mov. 01, doc. 5contrato.pdf.

A contratante não saldou nenhuma parcela do contrato, motivo pelo qual a instituição financeira ajuizou ação de busca e apreensão, com pedido liminar, a fim de obter a posse e o domínio do veículo supracitado.

Antes do despacho inicial, a Requerida se apresentou em juízo, espontaneamente, apresentou contestação (mov. 04), e suscitou preliminar de ausência de pressuposto processual.

A MMª. Magistrada **a quo** determinou a intimação do requerente para emenda da inicial a fim de juntar os autos originais em secretaria, visando impedir eventual circulação do título de crédito, sob pena de indeferimento da inicial (mov. 06), contudo, houve reiterados pedidos de dilação de prazo para o cumprimento da diligência, conforme movimentações 13 e 24).

Sobreveio a sentença terminativa, **verbis**:

“(...) Em análise aos autos verifica-se que a parte autora foi intimada por quatro vezes para que cumpra a emenda da inicial, contudo se limitou a apenas pugnar pela dilação do prazo.

A Emenda nos termos determinados constitui requisito essencial da petição inicial, conforme disposto no artigo 320, do Código de Processo Civil.

Logo, ao considerar que a parte requerente, oportunamente intimada para emendar a inicial, não cumpriu a determinação, imperioso se faz indeferir a peça de estreia (art. 321, parágrafo único1, CPC), isso porque inexistente fundamento legal que determine que o magistrado reitere o cumprimento de emendas à inicial.

(...)

Posto isso, aparada nas disposições dos artigos 321, parágrafo único e 330, inc. IV, do CPC, indefiro a petição inicial, ao passo que julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 485, inc. I, do CPC.” (Mov. 32)

Irresignado, o requerente interpôs este apelo e pugnou pelo seu provimento para reformar a sentença recorrida.

2. Admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, mormente, o cabimento, legitimidade, tempestividade, regularidade formal, preparo, inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer, conheço da apelação.

3. Mérito.

Busca o apelante a reforma da sentença para declarar a validade do contrato que instruiu a inicial, sob o argumento de que, na hipótese, cuida-se de contrato lavrado e assinado pelas partes de forma integralmente eletrônica, concluindo pela impossibilidade de juntada do contrato, na forma física.

4. Da juntada de cópia do contrato lavrado integralmente eletrônico

De início, impõe-se destacar o art. 10 e 11, da Lei nº 11.419/2006, que regula o processo eletrônico, **verbis**:

Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

(...)

§ 3º Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais.

Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

Extrai-se da norma supracitada que, os processos poderão ser protocolados, a partir da digitalização de documentos físicos ou documentos integralmente eletrônicos (cujo documento originário existirá na forma virtual).

Conforme se observa do art. 11, da lei supracitada, os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantida da origem e seu signatário, serão considerados originais para todos os efeitos.

No caso dos autos, o contrato de financiamento entabulado entre as partes foi lavrado e assinado pelas partes, na forma integralmente eletrônica, conforme se observa do documento juntado na mov. 25, doc. contrato.pdf.

A controvérsia, no presente caso, cinge-se na extinção do processo, ante a ausência do depósito, na Escrivania Judicial, do processo original.

A princípio a MMª. Magistrada **a quo** determinou a intimação do apelante/requerente para emendar a inicial e depositar em cartório a cópia do contrato original, sob os seguintes fundamentos, **verbis**:

“(...) Visando evitar eventual circulação indevida do título, e ainda quaisquer prejuízos a terceiros de boa-fé, entendo que deverá a parte autora depositar o título original junto à escritania processante competente, mediante recibo e certificação nos autos.

Para prosseguimento do processo executivo, faz-se necessário a existência de título líquido, certo e exigível.

O que confere essa certeza é o princípio da cartularidade o qual contempla que a posse do título é condição para o exercício nele incorporado, não obstante, a regra principiológica

destona acerca do impedimento de que alguém se apresente como credor do título, depois de ter negociado o crédito com terceiro, cedendo-o.

(...)

Outrossim, importante destacar que tão somente em face de títulos digitais, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em mitigação ao princípio da cartularidade e do desenvolvimento tecnológico, a execução destes sem que seja necessária a apresentação do documento original.

Prefacialmente, é necessário esclarecer algumas considerações acerca dos títulos de créditos eletrônicos. O Código de Processo Civil Brasileiro estabelece em seu artigo 887 que “O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.”

Não se pode olvidar que com o advento tecnológico, a modernização dos títulos eletrônicos deve ser admitida. No entanto, para que o feito executivo prossiga sem a apresentação do documento original, deverá este se adequar aos requisitos da lei.

Até porque há previsão legal acerca dos requisitos essenciais do título eletrônico, como é o caso da assinatura que deverá ser realizada por meio de criptografia assimétrica, ou de chave pública, caso não tenha sido acordado no contrato a aceitação de outros meios de assinatura.

(...)

Todavia, ainda que se trate de título de crédito escritural ou eletrônico há a possibilidade de transferência, a qual é operada junto à instituição registradora e têm os mesmos efeitos jurídicos do endosso, ou seja, responsabilidade solidária do endossante, salvo exclusão legal ou aposta no título e incidência do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais, conforme previsto no artigo 45, § 3º, da Lei nº 10.931/2004.

Ou seja, continua tratando-se de transmissão de direitos independentes e autônomos, com a segurança pela identificação dos envolvidos certificada por um conjunto de autoridades que compõem a chamada Infraestrutura de Chaves Públicas brasileira, a ICP-Brasil.” (Mov. 21)

Malgrado o brilhante tirocínio jurídico da magistrada condutora do feito, tal entendimento somente é aplicável quando o contrato é elaborado na forma cartular (física), e em cédulas de crédito bancário emitida antes do advento da Lei nº 13.986/2020.

A propósito, a lei federal supracitada incluiu o art. 27-A na Lei nº 10.931/2004:

Art. 27-A. A Cédula de Crédito Bancário poderá ser emitida sob a forma escritural, por meio do lançamento em sistema eletrônico de escrituração. (Incluído pela Lei nº 13.986, de 2020).

Parágrafo único. O sistema eletrônico de escrituração de que trata o **caput** deste artigo será mantido em instituição financeira ou em outra entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil a exercer a atividade de escrituração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 13.986, de 2020).

Ainda, sobre a Cédula de Crédito Bancário, a Lei nº 10.931/2004, regula:

Art. 29. A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:

I - a denominação "Cédula de Crédito Bancário";

II - a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a

promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

III – a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

IV – o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

V – a data e o lugar de sua emissão; e

VI – a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

§ 1º A Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula.

(...)

§ 4º A Cédula de Crédito Bancário pode ser aditada, retificada e ratificada mediante documento escrito, datado, com os requisitos previstos no **caput**, passando esse documento a integrar a Cédula para todos os fins.

§ 5º A assinatura de que trata o inciso VI do **caput** deste artigo poderá ocorrer sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário.

(Destaquei)

Cumprida destaca que o colendo STJ, ressaltou a hipótese da desnecessidade de depósito do contrato físico, nas hipóteses de contratos integralmente eletrônicos, veja-se:

Processual civil. Recurso especial. Ação de busca e apreensão. Inadimplemento de contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária. Cédula de crédito bancário. Determinada a emenda à inicial para a juntada do original do título. Inércia. Indeferimento da petição inicial. Extinção do processo sem resolução do mérito. 1. Ação de busca e apreensão, tendo em vista o inadimplemento de contrato de financiamento para aquisição de veículo com garantia de alienação fiduciária. 2. Ação ajuizada em 19.01.2016. Recurso especial concluso ao gabinete em 29.06.2021. Julgamento: CPC/2015. 3. O propósito recursal é definir a necessidade de juntada do original do título de crédito a fim de aparelhar ação de busca e apreensão, ajuizada em virtude do inadimplemento de contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária. 4. A juntada da via original do título executivo extrajudicial é, em princípio, requisito essencial à formação válida do processo de execução, visando a assegurar a autenticidade da cópia apresentada e a afastar a hipótese de ter o título circulado, sendo, em regra, nula a execução fundada em cópias dos títulos. 5. A execução pode, excepcionalmente, ser instruída por cópia reprográfica do título extrajudicial em que fundamentada, prescindindo da apresentação do documento original, principalmente quando não há dúvida quanto à existência do título e do débito e quando comprovado que o mesmo não circulou. 6. O documento representativo do crédito líquido, certo e exigível é requisito indispensável não só para a execução propriamente dita, mas, também, para demandas nas quais a pretensão esteja amparada no referido

instrumento representativo do crédito, mormente para a ação de busca e apreensão que, conforme regramento legal, pode ser convertida em ação de execução. 7. Por ser a cédula de crédito bancário dotada do atributo da circularidade, mediante endosso, conforme previsão do art. 29, § 1º, da Lei 10.931/04, a apresentação do documento original faz-se necessária ao aparelhamento da ação de busca e apreensão, se não comprovado pelas instâncias ordinárias que o título não circulou. 8. A parte recorrida, ademais, instada a promover a juntada do original do título, permaneceu-se inerte à determinação judicial, não apresentando justificava hábil a amparar a sua atitude de não apresentar a cédula de crédito bancário, motivo pelo qual mostra-se inviável afastar o indeferimento da petição inicial, com a consequente extinção do processo, sem resolução do mérito. 9. Ressalva-se que o referido entendimento é aplicável às hipóteses de emissão das CCBs em data anterior à vigência da Lei 13.986/20, tendo em vista que a referida legislação modificou substancialmente a forma de emissão destas cédulas, passando a admitir que a mesma se dê de forma cartular ou escritural (eletrônica). A partir de sua vigência, a apresentação da CCB original faz-se necessária ao aparelhamento da execução somente se o título exequendo for apresentado no formato cartular. 10. Recurso especial conhecido e provido. (REsp nº 1.946.423/MA, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09.11.2021, DJe de 12.11.2021.)

Assim, entendo que o contrato eletrônico juntado na mov. 25 é suficiente para instruir a ação de busca e apreensão, portanto a determinação de juntada do contrato, na forma física, na Escrivania judicial, além de desnecessária não é razoável, nos termos do art. 27-A da Lei nº 10.931/2004.

Nesse sentido, precedentes desta eg. Corte:

Ementa: agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. 1. Extinção do primeiro processo distribuído sem resolução de mérito. Litispendência. Não ocorrência. A litispendência se caracteriza quando se repete ação já existente. Se o processo foi extinto sem julgamento do mérito e transitado em julgado tal decisão, a nova ação proposta não caracteriza a litispendência. 2. Desnecessária a juntada do contrato original. É desnecessária a juntada do contrato original para instrução da ação de busca e apreensão, porquanto a lide tem fundamento em cédula de crédito bancário, que constitui título executivo extrajudicial sem circulação cambial. Agravo conhecido e desprovido. Decisão mantida. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Agravos. Agravo de Instrumento 5066098-96.2022.8.09.0093, Relator Desembargador Reinaldo Alves Ferreira, 2ª Câmara Cível, julgado em 10.05.2022, DJe de 10.05.2022) Destaquei.

Ementa: agravo de instrumento. Recurso **secundum eventum litis**. Apelação cível – busca e apreensão. Exigência de juntada de documentos desnecessidade - precedentes do STJ e desta corte. 1. O agravo de instrumento devolve à instância revisora apenas a matéria discutida na decisão combatida (**secundum eventum litis**), não podendo ser conhecida e analisada questão não apreciada pelo juízo de origem, sob pena de supressão de instância, mesmo que se trate de questão de ordem pública e cognoscível de ofício. 2. Logo, não se mostra razoável exigir a via original contrato sob alegação de tratar-se de documentação imprescindível, uma vez que não se tratando de execução de título cambial, mas cédula de crédito bancário, a

execução pode ser aparelhada mediante apresentação de cópia autenticada do instrumento contratual, pois a cédula de crédito ofertada pelo exequente presume-se verdadeira até demonstração em contrário. 3. No caso, por ser dispensável o formalismo exigido pela decisão recorrida, é de se reconhecer como devidamente instruída a petição inicial, tornando imperioso o provimento do recurso. Agravo de instrumento conhecido e provido. Decisão mantida. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Agravos. Agravo de Instrumento 5606819-55.2021.8.09.0000, Minha Relatoria, 4ª Câmara Cível, julgado em 14.03.2022, Dje de 14.03.2022)

Portanto, não foi a melhor medida adotada pela MM. Magistrada **a quo**, uma vez que, a exigência de juntada dos autos originais em cartório, somente será aplicada às cédulas de créditos emitidas na modalidade cártula; dessarte, a reforma da sentença é medida que se impõe, a fim de determinar o prosseguimento do feito.

5. Honorários recursais.

Em razão do provimento no recurso, não há falar na majoração dos honorários recursais, prevista no § 11, do art. 85, do CPC.

6. Dispositivo:

Ao teor do exposto, conheço da apelação cível e dou-lhe provimento, reformando-se a sentença recorrida para declarar a inexigibilidade do depósito em juízo do contrato original, uma vez que fora lavrado na forma integralmente eletrônica, nos moldes do art. 27-A, da Lei nº 10.931/2004, por conseguinte, afastar a extinção do processo e determinar regular prosseguimento do feito no i. Juízo de origem.

É como voto.

Goiânia,

Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho - Relator

(Documento datado e assinado eletronicamente)

Apelação Cível nº 5146146.42.2020.8.09.0051

Comarca de Goiânia

4ª Câmara Cível

Apelante: Atlético Clube Goianiense

Apelada: Federação das Associações de Atletas Profissionais - FAAP

Relator: Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. VÍCIO NÃO DEMONSTRADO. CONTRIBUIÇÃO DE

INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE) SOBRE SALÁRIOS DOS ATLETAS PREVISTA NA LEI PELÉ (ARTIGO 57, I, "A", DA LEI 9.615/98). CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NULIDADE DA COBRANÇA POR AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO NÃO ACOLHIDA. ATO QUE OCORRE POR HOMOLOGAÇÃO. DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO. NULIDADE DA COBRANÇA POR UTILIZAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO ALEATÓRIA NÃO RECEPCIONADA. BASE DE CÁLCULO EXPRESSAMENTE PREVISTA NA LEGISLAÇÃO EM VIGOR. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CONTRIBUIÇÃO DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. ATUALIZAÇÃO PELA TAXA SELIC. ÔNUS SUCUMBENCIAIS MANTIDOS. PARTE QUE DEU CAUSA AO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. HONORÁRIOS RECURSAIS.

I - Nota-se, no caso, que o apelo possui efeito suspensivo automático, não produzindo efeito até que o recurso seja julgado, notadamente ante a ausência de enquadramento do caso no § 1º do art. 1.012 do Código de Processo Civil. Desnecessário, pois, tal menção.

II - Constatado que o julgador manifestou-se de forma clara, fundamentada, apresentou a legislação aplicável e expressou-se acerca das provas dos autos, articulando suficientemente as razões de seu convencimento sobre o tema a ser decidido, afasta-se a tese de nulidade da sentença por vício de fundamentação.

III - Verifica-se que a Federação das Associações de Atletas Profissionais - FAAP é parte legítima para a cobrança de contribuição prevista no art. 57, I, da Lei nº 9.615/98, já que a discussão dos autos cinge-se à arrecadação de espécie tributária, delegável e transferível.

IV - Ademais, nos exatos termos do artigo 57, inciso I, da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), com a redação dada pela Lei nº 12.395/11, o percentual de 0,5 (zero vírgula) do valor correspondente à parcela que compõe o salário mensal de cada atleta registrado no clube deve ser recolhido diretamente à Federação das Associações de Atletas Profissionais.

V - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a contribuição prevista pelo art. 57 da Lei nº 9.615/98 se caracteriza como contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), que é dispensável a edição de lei complementar para a sua instituição e que a aplicação do mencionado dispositivo não enseja violação ao art. 149, da Constituição Federal, bem como pela desnecessidade de vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte.

VI - A alegação de que é nula a cobrança pela ausência de lançamento tributário não prospera, uma vez que o lançamento da contribuição em debate

é feito na modalidade homologação, cabendo ao apelante o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

VII - Não obstante, a nulidade pela ausência de processo administrativo e inobservância das exigências legais do art. 142 do CTN, também são infundadas.

VIII - Isso porque a apelada em questão é entidade privada beneficiária do tributo exigido, todavia, não tem competência para lavratura do auto de infração, já que esse ato é típico do Estado, não podendo ser delegado. Por essa razão, o agente arrecadador, que, no caso é a FAAP, ora apelada, promove a ação de conhecimento. Deste modo, a constituição do crédito tributário aqui discutido se dá com o ajuizamento da ação de conhecimento pelo beneficiado pela arrecadação.

IX - Para o fim de se chegar ao valor correspondente à base de cálculo determinada no artigo 57, inciso I, "a", da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), com a redação dada pela Lei nº 12.395/11, as entidades responsáveis pela arrecadação devem fornecer à FAAP todas as informações financeiras, cadastrais e de registro necessárias à verificação, controle e fiscalização das contribuições devidas, conforme determina o artigo 55, do Decreto nº 7.982/2013.

X - **In casu**, uma vez que o apelante não forneceu referidas informações à apelada, a FAAP valeu-se de informações prestadas pela entidade responsável pelo registro dos referidos contratos – Confederação Brasileira de Futebol – para a apuração do valor devido, que, posteriormente, enviou notificação extrajudicial ao apelante com o valor da contribuição.

XI - Da mesma forma, descabe a alegação de ofensa ao princípio da estrita legalidade, visto que a mencionada contribuição foi instituída pela Lei nº 9.615/98, em observância ao disposto no artigo 150 I, da Constituição da República.

XII - Tendo em vista que a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico possui natureza tributária e se trata de tributo federal, deve ser utilizado o índice previsto para esses casos, ou seja, a taxa SELIC.

XIII - Honorários sucumbenciais mantidos em desfavor do apelante, visto que deu causa ao ajuizamento da demanda.

XIV - Verba sucumbencial recursal fixada, em decorrência do resultado da apreciação da insurgência.

APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 5146146-42.2020.8.09.0051 da Comarca de Goiânia, em que figura como apelante Atlético Clube Goianiense e como apelada Federação das Associações de Atletas Profissionais - FAAP.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Quinta Turma Julgadora de sua 4ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer da apelação cível, mas desprovê-la, tudo nos termos do voto do Relator.

Presidiu a sessão de julgamento, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.

Presente o(a) ilustre representante da Procuradoria-Geral de Justiça.

Goiânia,

Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho - Relator

(Documento datado e assinado eletronicamente)

VOTO

Trata-se Apelação Cível interposta pelo Atlético Clube Goianiense, contra sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito da 11ª Vara Cível da comarca de Goiânia, Drª. Luciana Monteiro Amaral, no bojo da Ação Ordinária de Cobrança ajuizada pela Federação das Associações de Atletas Profissionais - FAAP, ora apelada.

Depreende-se dos autos, que a ação de cobrança ajuizada visa exigir cumprimento de “tributo” previsto no art. 57, I, “a”, da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), com a redação dada pela Lei nº 12.395/11, equivalente à aplicação da alíquota de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) do valor correspondente à parcela que compõe o salário mensal de cada atleta registrado no clube, cujos recursos são diretamente destinados para a Autora/Apelada, Federação das Associações de Atletas Profissionais–FAAP, no período de 24.03.2015 a 16.03.2020, atribuindo à causa o valor de R\$136.930,40 (Cento e trinta e seis mil, novecentos e trinta reais e quarenta centavos).

Após o trâmite regular do feito, sobreveio a sentença (mov. 51), julgando procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos, **verbis**:

“(…) Pelo exposto, julgo procedente o pedido de cobrança, com resolução do mérito, fazendo-o com base no art. 487, I do CPC, para o efeito de condenar o clube requerido ao pagamento da contribuição prevista no art. 57, I, alínea “a” da Lei nº 9.615/98, referente ao período de 24.03.2015 a 16.03.2020, cujo montante deverá ser apurado em fase de liquidação de sentença por arbitramento (art. 509, I, do CPC), a ser corrigido unicamente pela Taxa SELIC, desde o respectivo vencimento das obrigações.

Na apuração do débito, cuja base de cálculo é composta pelos salários efetivamente pagos pelo clube aos atletas, deverão ser excluídos dos pagamentos das contribuições vencidas após rescisão antecipada do contrato de trabalho, isto é, período em que, por inexistir vínculo contratual ativo entre o clube e o atleta, não houve incidência do pagamento mensal do salário,

de forma que, por óbvio, a contribuição não poderá incidir, valendo o mesmo raciocínio para os contratos suspensos temporariamente.

Para os atletas que foram transferidos ou emprestados para outros Clubes, deve ser apurado se o clube cedente permaneceu responsável pelo pagamento da integralidade, de parte de seu salário ou desvinculou-se do pagamento. Dessa forma, caso haja repasse pelo clube cedente de alguma parte do salário, permanecerá o Clube responsável pelo pagamento, observado o abatimento proporcional em relação ao valor efetivamente pago a título de salário.

Em atenção ao princípio da causalidade, condeno o requerido ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, ora fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.”

O Requerido Atlético Clube Goianiense interpôs Apelação Cível (mov. 65), defendendo, em síntese: a) nulidade da sentença por ausência de prestação jurisdicional; b) inconstitucionalidade da contribuição cobreada; c) não enquadramento como CIDE; d) impossibilidade de cobrança em face de entidade social sem fins lucrativos; e) ofensa ao princípio da destinação pública dos tributos; f) ausência de lançamento tributário; g) afronta ao princípio da estrita legalidade; h) limites indenizatórios; i) sucumbência recíproca; j) impossibilidade de utilização da taxa Selic como índice de correção monetária e alteração da data de início.

2. Da admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade da apelação cível, dela conheço.

3. Do efeito suspensivo

Quanto ao pleito relacionado ao pedido de concessão efeito suspensivo do apelo, fato é que tal efeito é automático, não produzindo efeitos até que o recurso seja julgado, notadamente ante a ausência de enquadramento do caso no § 1º do art. 1.012 do Código de Processo Civil.

4. Preliminar. Ausência de fundamentação

Inicialmente, cumpre analisar a preliminar de nulidade da decisão por ausência de fundamentação.

Alega o Atlético Clube Goianiense que a decisão deveria ser anulada por ausência de fundamentação, uma vez que o juízo **a quo** não se manifestou quanto a diversos argumentos tecidos em contestação e ao longo da postulação processual, tais como a respeito da inconstitucionalidade da cobrança, a natureza jurídica do valor cobrado e a ilegalidade do procedimento adotado pela Federação Apelada.

Tal tese não merece prosperar.

Consoante se observa, a sentença atacada encontra-se devidamente fundamentada, conforme exigência dos artigos 489, § 1º, IV, do CPC/15, e 93, IX, da Constituição Federal.

Apesar de não rebater ponto a ponto cada insurgência do devedor, é possível constatar que o d. juízo **a quo** julgou a lide com base em precedentes da Corte Suprema, da Corte Superior, bem como dos Tribunais Estaduais.

Impende salientar que o magistrado não é obrigado a discorrer exaustivamente acerca de todos os argumentos apresentados pelas partes, bastando para tanto que a conclusão lógica seja clara, objetiva e contenha as razões do convencimento do julgador.

Neste compasso, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se observa dos julgados a seguir transcritos:

“Ressalte-se, por relevância, que a decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, mas sendo prescindível que a mesma se funde na tese suscitada pela parte. Nesse sentido, AI-QO- RG 791.292, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13.08.2010. Deveras, a exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe que seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento.” (ARE 665015 / SC, monocrático, Relator Ministro Luiz Fux, j. 14.02.2012)

Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Oposição em 16.11.2020. Previdenciário. Emendas constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003. Tetos. Auxílio-acidente. Benefício em manutenção. Revisão da renda mensal inicial. Pretensão de aplicação dos mesmos índices utilizados para reajuste do salário de contribuição. Reexame de fatos e provas. Súmula 279 do STF. Precedentes. Inaplicabilidade do Tema 76 da repercussão geral. RE 564.354-RG. Omissão quanto ao enfrentamento da questão referente à alegada ausência de prestação jurisdicional e de fundamentação. Embargos acolhidos parcialmente. 1. Ao julgar o AI-QO-RG 791.292, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe de 13.08.2010, o Plenário desta Corte assentou a repercussão geral do tema 339 referente à negativa de prestação jurisdicional por ausência de fundamentação e reafirmou a jurisprudência segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 2. Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para prestar esclarecimentos quanto à alegada nulidade do acórdão proferido na origem por negativa de prestação jurisdicional e ausência de fundamentação, questão suscitada no recurso extraordinário, sem atribuir-lhes efeitos infringentes. (RE 1272548 AgR-ED, Relator Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 08.03.2021, Processo Eletrônico DJe-052 Divulg 17.03.2021 Public 18.03.2021) (grifei)

Nesse mesmo sentido, esta Câmara Cível assim já se posicionou:

Apelação cível. Ação de usucapião. Nulidade da sentença. Ausência de fundamentação. Vício não demonstrado. Requisitos da prescrição aquisitiva evidenciados. Ônus da prova. Ausência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Honorários advocatícios fixados em grau máximo. Sentença mantida. 1. Constatado que o julgador manifestou-se de forma clara, fundamentada, apresentou a legislação aplicável e expressou-se acerca das provas dos autos, articulando suficientemente as razões de seu convencimento sobre o tema a ser decidido, afasta-se a tese de nulidade da sentença por vício de fundamentação. (...) Apelação cível conhecida e desprovida. Sentença mantida. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho - Recursos - Apelação Cível 5260793-36.2019.8.09.0164, Relatora Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo, 4ª Câmara Cível, julgado em 10.11.2022, DJe de 10.11.2022)

Assim, considerando que a decisão guerreada observou a regra dos artigos 489, § 1º, IV, do CPC e 93, IX, da CF, afasto a nulidade apontada.

5. Da legitimação para exigir a contribuição prevista na Lei Pelé (artigo 57, inciso I, da Lei 9.615/98).

Extrai-se da exordial que a Federação das Associações de Atletas Profissionais - FAAP, entidade de assistência social e educacional, pretende receber do Atlético Clube Goianiense valor referente à contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) instituída pelo artigo 57, inciso I, alínea "a", da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), com a redação dada pela Lei nº 12.395/11, equivalente à aplicação da alíquota de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) do valor correspondente à parcela que compõe o salário mensal de cada atleta registrado no clube. Por tal motivo, propôs a presente ação, pretendendo a condenação do Réu ao pagamento do valor de 136.930,40 (Cento e trinta e seis mil, novecentos e trinta reais e quarenta centavos), referente ao período de 24.03.2015 a 16.03.2020.

Ab initio, verifica-se que a Federação das Associações de Atletas Profissionais - FAAP é parte legítima para a presente cobrança, já que a discussão dos autos cinge-se à arrecadação de espécie tributária, delegável e transferível.

Ademais, nos exatos termos do artigo 57, inciso I, da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), com a redação dada pela Lei nº 12.395/11, o percentual de 0,5 (zero vírgula) do valor correspondente à parcela que compõe o salário mensal de cada atleta registrado no clube deve ser recolhido diretamente à Federação das Associações de Atletas Profissionais, conforme clara dicção do dispositivo:

“Art. 57. Constituirão recursos para a assistência social e educacional aos atletas profissionais, aos ex-atletas e aos atletas em formação os recolhidos:

I - diretamente para a federação das associações de atletas profissionais - FAAP, equivalentes a:

a) 0,5% (cinco décimos por cento) do valor correspondente à parcela ou parcelas que compõem o salário mensal, nos termos do contrato do atleta profissional pertencente ao Sistema Brasileiro do Desporto, a serem pagos mensalmente pela entidade de prática desportiva contratante; e

b) 0,8% (oito décimos por cento) do valor correspondente às transferências nacionais e internacionais, a serem pagos pela entidade de prática desportiva cedente; e

(...)

§ 1º A entidade responsável pelo registro de transferências de atleta profissional de entidade de prática desportiva para outra deverá exigir, sob pena de sua não efetivação, além dos documentos necessários, o comprovante do recolhimento dos valores fixados neste artigo.

§ 2º Os recursos de que trata este artigo serão integralmente aplicados em conformidade com programa de assistência social e educacional, previamente aprovado pelas entidades de que tratam os incisos I e II deste artigo, nos termos dos seus estatutos.” (destaquei)

O art. 7º, do Código Tributário Nacional dispõe claramente sobre a possibilidade de delegação das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos:

Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

Indelegável, pois, é tão-somente a competência tributária, ou seja, a possibilidade de instituir tributos, o que não se confunde com a arrecadação ou fiscalização destes.

Ora, se a FAAP detém legitimidade para arrecadar e fiscalizar, a capacidade postulatória para cobrar é mera decorrência lógica, sendo desnecessário que conste expressamente do art. 55 do Decreto nº 7.984/2013.

Além disso, importante destacar o disposto no art. 54 do mesmo Decreto:

Art. 54. As contribuições devidas à FAAP e à FENAPAF, na forma do art. 57 da Lei nº 9.615, de 1998, se não recolhidas nos prazos fixados, sujeitam-se à cobrança administrativa e judicial, com atualização dos valores devidos até a data do efetivo recolhimento.

Logo, não há falar em ilegitimidade ativa da FAAP.

6. Da constitucionalidade do artigo 57, da Lei nº 9.615/98

Defende o apelante que a contribuição pretendida pela FAAP não possui característica de contribuição para intervenção no domínio econômico – CIDE.

A exação se refere à contribuição prevista no artigo 57, I, b, da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), de seguinte teor:

“Art. 57. Constituirão recursos para a assistência social e educacional aos atletas profissionais, aos ex-atletas e aos atletas em formação os recolhidos:

I - diretamente para a federação das associações de atletas profissionais - FAAP, equivalentes a:

a) 0,5% (cinco décimos por cento) do valor correspondente à parcela ou parcelas que compõem o salário mensal, nos termos do contrato do atleta profissional pertencente ao Sistema Brasileiro do Desporto, a serem pagos mensalmente pela entidade de prática desportiva contratante;

(...)”

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do dispositivo, por entender que se trata de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Veja-se: Direito tributário. Contribuição de intervenção no domínio econômico. Art. 57, I, da Lei 9.615/98. Instituição mediante lei ordinária. Possibilidade. Desnecessidade de vinculação direta entre o contribuinte e a destinação das receitas tributárias arrecadadas. Precedentes. Alegação de **bis in idem**. Afastamento na origem. Debate de âmbito infraconstitucional. Acórdão recorrido publicado em 25.11.2011. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de ser dispensável a edição de lei complementar para a instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico, bem como pela desnecessidade de vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte. O Tribunal **a quo** afastou a alegação da ocorrência de **bis in idem** com espeque na legislação infraconstitucional aplicável (art. 57, I, da Lei 9.615/98). Ademais, a aplicação de tal legislação ao caso concreto, consideradas as circunstâncias jurídico normativas da decisão recorrida, não enseja a apontada violação dos arts. 149 e 195, I, da Constituição da República. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF, Agravo

Regimental no Recurso Extraordinário nº 710.133/PR, Primeira Turma, j. 25.06.2014, Ministra Relatora Rosa Weber).

Confira-se, também, julgados de Tribunais pátrio:

Recurso de apelação ação de cobrança Contribuição prevista no art. 57, inciso I, da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé) Constitucionalidade do dispositivo e natureza tributária que já foram confirmadas pelo Supremo Tribunal Federal Possibilidade de cobrança pela Federação das Associações de Atletas Profissionais (FAAP), por meio de ação de cobrança Laudo pericial que demonstrou a existência de valores devidos Precedentes desta Corte de Justiça Redução do valor fixado a título de verba honorária Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1119928-89.2018.8.26.0100; Relator Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central Cível - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29.06.2021);

Apelação. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE. Lei Pelé. Art. 57, I, da Lei 9.615/98. Instituição da obrigação tributária. Lei ordinária. Possibilidade. Cobrança. Procedência do pedido mediato. CIDE. Causa de pedir informa que o clube de futebol fez a transferência de atleta sem recolher a contribuição devida. Legitimidade 'ad causam' para promover a cobrança da contribuição prevista no art. 57 da Lei Federal nº 9.615/98 (Lei Pelé). A contribuição tem natureza tributária, e pode ser criada por lei ordinária, segundo precedentes do STF. Precedentes anotam que não será necessária a criação ou o delineamento dos aspectos essenciais da hipótese de incidência por lei complementar. Não se exige o prévio lançamento tributário, cuja natureza é meramente declaratória, bastando, para a ação de cobrança, a existência da obrigação, caracterizada com todos os elementos essenciais, como é o caso. Sentença mantida. Sucumbência. A autora decaiu de parte do pedido porque calculou a contribuição pelo valor em euros, e não em dólares estadunidenses, como seria o correto. Redução de aproximadamente 13% do valor cobrado. Fixação proporcional dos ônus da sucumbência. Recurso provido neste ponto. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1066141-14.2019.8.26.0100; Relator José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central Cível - 41ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09.02.2021);

Apelação cível. Ação de cobrança. Contribuição prevista na Lei Pelé (artigo 57, I, da Lei 9.615/98). Pedido genérico. Possibilidade no caso de o valor da condenação depender de ato a ser praticado pelo réu. Obrigação de fornecimento de informações financeiras, cadastrais e de registro necessárias à verificação, controle e fiscalização das contribuições devidas. Existência da dívida comprovada. Apuração do valor devido em sede de liquidação. Contribuição de intervenção no domínio econômico e desnecessidade de vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte. Constitucionalidade reconhecida pelo supremo tribunal federal. Base de cálculo. Art. 149, § 2º, III, "A", da Constituição Federal. Rol não taxativo reconhecido no julgamento do Tema nº 325/STF, ao fixar a tese de que: "as contribuições devidas ao Sebrae, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001", no julgamento realizado pelo pleno na sessão do dia 23 de setembro de 2020. Excesso no valor da cobrança. Decaimento em relação a percentual baixo

em relação ao montante da dívida, mas de valor significativo. Sucumbência recíproca configurada. Redistribuição do ônus. Recurso de apelação parcialmente provido. (TJPR - 2ª Câmara Cível – 0012383-62.2018.8.16.0194 - Curitiba - Relator Desembargador Stewalt Camargo Filho - J. 10.12.2020)

Como visto, não há dúvida em que o Supremo Tribunal Federal reconhece que a contribuição prevista no art. 57, I, da Lei nº 9.615/98, se trata de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, e de que não há necessidade de existir vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte.

7. Ofensa ao princípio da destinação pública dos tributos

Passando-se adiante, tampouco comporta provimento a tese de que haveria violação ao princípio da destinação pública, haja vista que a questão já foi pacificada na Corte Suprema:

Direito tributário. Contribuição de intervenção no domínio econômico. Art. 57, I, da Lei 9.615/98. Instituição mediante lei ordinária. Possibilidade. Desnecessidade de vinculação direta entre o contribuinte e a destinação das receitas tributárias arrecadadas. Precedentes. Alegação de **bis in idem**. Afastamento na origem. Debate de âmbito infraconstitucional. Acórdão recorrido publicado em 25.11.2011. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de ser dispensável a edição de lei complementar para a instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico, bem como pela desnecessidade de vinculação direta entre os benefícios dela decorrentes e o contribuinte. O Tribunal **a quo** afastou a alegação da ocorrência de **bis in idem** com espeque na legislação infraconstitucional aplicável (art. 57, I, da Lei 9.615/98). Ademais, a aplicação de tal legislação ao caso concreto, consideradas as circunstâncias jurídico-normativas da decisão recorrida, não enseja a apontada violação dos arts. 149 e 195, I, da Constituição da República. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 710133 AgR, Relatora Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 25.06.2014, Acórdão Eletrônico DJe-155 Divulg 12.08.2014 Public 13.08.2014) (grifei)

8. Da ausência de lançamento tributário

Alega, o recorrente, que seria nula a cobrança do tributo por ausência de lançamento, por utilização de base de cálculo supostamente aleatória e por inconstitucionalidade da contribuição ante a ausência de natureza tributária.

Contudo, o lançamento do tributo em questão se dá por homologação, nos termos do disposto no artigo 150 do Código Tributário Nacional, **in verbis**:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.”

A respeito do lançamento por homologação, Eduardo Sabbag o define da seguinte forma:

“Lançamento por Homologação ou Autolancamento: é aquele em que o contribuinte auxilia ostensivamente o Fisco na atividade do lançamento, recolhendo o tributo, antes de qualquer

providência da Administração com base no montante que ele próprio mensura. (...) Posto isso, memorize: o lançamento por homologação é um procedimento constitutivo do crédito de iniciativa do contribuinte.” (Eduardo Sabbag, in Manual de Direito Tributário, 2009, pp. 712 e 716).

O lançamento da contribuição em debate é feito na modalidade homologação, cabendo ao apelante o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Não obstante, a nulidade pela ausência de processo administrativo e inobservância das exigências legais do art. 142 do CTN, também são infundadas.

Isso porque a apelada em questão é entidade privada beneficiária do tributo exigido, todavia, não tem competência para lavratura do auto de infração, já que esse ato é típico do Estado, não podendo ser delegado. Por essa razão, o agente arrecadador, que, no caso é a FAAP, ora apelada, promove a ação de conhecimento.

A propósito, cito o seguinte julgado:

“Tributário. Processual Civil. Ação de cobrança. Contribuições previstas no art. 57, I, da Lei 9.615/98 (Lei Pelé). Preliminar de incompetência material. Não conhecimento. Competência da Justiça Comum para conhecer e julgar o feito. Precedentes. Natureza Tributária. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. CIDE. Lançamento por homologação. Art. 150, CTN. Desnecessidade de lavratura de auto de infração. Entidade privilegiada que se utiliza da ação de conhecimento para cobrança do crédito. Possibilidade de instituição da contribuição por lei ordinária. Desnecessidade de vinculação direta entre o contribuinte e o beneficiado pela arrecadação. Precedentes STF. Violação ao princípio da anterioridade. Não verificação. Inexistência de “**bis in idem**” em relação à contribuição previdenciária. Fatos geradores específicos e destinações peculiares. Apelação cível não provida.” (TJPR – 1ª C. Cível - 0040455-95.2014.8.16.0001 - Curitiba – Relator Desembargador Salvatore Antonio Astuti - J. 28.08.2018).

Deste modo, a constituição do crédito tributário aqui discutido se dá com o ajuizamento da ação de conhecimento pelo beneficiado pela arrecadação. E cabe destacar que por meio do processo judicial a parte apelante teve garantido, de forma ainda mais ampla, o seu direito ao contraditório e à defesa.

Não há, assim, portanto, a alegada nulidade da cobrança, por ausência de lançamento, em relação ao período de 24.03.2015 a 16.03.2020, seja por não ter recebido qualquer documento, seja por vício na notificação tendente à constituição ou cobrança das contribuições.

Quanto à base de cálculo, dispõe a alínea ‘a’, do artigo 57, I, da Lei nº 9.615/98:

“a) 0,5% (cinco décimos por cento) do valor correspondente à parcela ou parcelas que compõem o salário mensal, nos termos do contrato do atleta profissional pertencente ao Sistema Brasileiro do Desporto, a serem pagos mensalmente pela entidade de prática desportiva contratante; e (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).”

Para o fim de se chegar ao valor correspondente à base de cálculo determinada no artigo supra, as entidades responsáveis pela arrecadação devem fornecer à FAAP todas as informações financeiras, cadastrais e de registro necessárias à verificação, controle e fiscalização das contribuições devidas, conforme determina o artigo 55, do Decreto nº 7.982/2013:

“Art. 55. As entidades de prática desportiva e de administração do desporto responsáveis pela arrecadação, pelo recolhimento dos valores referidos no art. 57 da Lei nº 9.615, de 1998, e pelo registro dos contratos desportivos deverão prestar à FAAP e à FENAPAF todas as informações financeiras, cadastrais e de registro necessárias à verificação, controle e fiscalização das contribuições devidas”

Todavia, uma vez que o apelante, Atlético Clube Goianiense, não forneceu referidas informações à apelada, a FAAP valeu-se de informações prestadas pela entidade responsável pelo registro dos referidos contratos – Confederação Brasileira de Futebol – para a apuração do valor devido.

Destaca-se trecho da notificação emitida pela Federação das Associações de Atletas Profissionais – FAAP, a saber: “caso conste no relatório em anexo qualquer divergência de valores, decorrentes das hipóteses de rescisões antecipadas e empréstimos de atletas, solicitamos que o notificado encaminhe à FAAP todas as informações financeiras, cadastrais e de registros referentes a tais contratos, informando os incidentes contratuais ora mencionados, com vistas a dar fiel cumprimento ao artigo 55 do Decreto nº 7.984 de 2013.”

Não há, assim, como mencionar que a produção do relatório foi unilateral, já que o recorrente poderia ter demonstrado fatos diversos, impeditivos, extintivos ou modificativos quanto às referidas contratações, o que, contudo, não se verificou.

Nesse sentido:

“Apelação cível. Ação de cobrança. Contribuição sobre os salários dos atletas profissionais destinada à FAAP (art. 57, INC. I, da Lei 9.615/98). Natureza tributária. Contribuição parafiscal. Demonstração do crédito por meio de relatório das contratações de atletas no período. Contratações não impugnadas. Comprovação de pagamento parcial. Necessidade de liquidação. Sentença alterada. Recurso parcialmente provido. Redistribuição do ônus da sucumbência. Honorários advocatícios. CPC, art. 85, § 4º, II. 1. É devida à Federação das Associações de Atletas Profissionais (FAAP) a contribuição prevista no art. 57, inciso I, da Lei 9.615/1998, à época de 1% (um por cento) sobre o valor de cada contrato de atleta profissional admitido pela respectiva entidade de prática esportiva. 2. A prática do futebol em caráter profissional pressupõe a celebração de "contrato especial de trabalho desportivo", a ser registrado na Confederação Brasileira de Futebol (art. 28, § 5º, da Lei 0.615/98), sendo este requisito para a participação do atleta em competições oficiais. 3. O relatório apresentado pela FAAP é suficiente para embasar a cobrança judicial das contribuições se o clube de futebol deixa de impugnar as contratações relacionadas e comprova o pagamento de parte dos débitos. 4. Fixação do **quantum debeatur** em sede de liquidação de sentença, com a dedução dos valores pagos pelo clube. Redistribuição do ônus da sucumbência.” (TJPR - 3ª C. Cível - AC - 1570046-8 - Curitiba - Rel.: Rodrigo Fernandes Lima Dalledone - Unânime - J. 10.04.2018) grifei

Destarte, tenho por comprovada a existência da dívida, e a apuração do efetivo valor devido, pode ser relegado à fase de liquidação, conforme disposto na sentença apelada.

9. Ofensa ao princípio da estrita legalidade

Da mesma forma, descabe a alegação de ofensa ao princípio da estrita legalidade, visto que a mencionada contribuição foi instituída pela Lei nº 9.615/98, em observância ao disposto no artigo 150 I, da Constituição da República.

Inexiste irregularidade quanto à composição da norma jurídica tributária, porquanto todos os seus elementos essenciais são aferíveis da simples leitura da regra inscrita no artigo 57, I, tanto em sua redação atual, quanto na anterior.

10. Limites indenizatórios

A respeito do assunto, o valor correspondente ao tributo deve ser apurado na liquidação de sentença, conforme mencionado na sentença, “para que, em caso de condenação, a base de cálculo fosse composta pelos salários efetivamente pagos pelo clube aos atletas, levando em consideração os casos em que houve a rescisão antecipada do contrato de trabalho, de suspensão, transferência e empréstimo do jogador profissional.”

11. Dos consectários legais

Tendo em vista que a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico possui natureza tributária e se trata de tributo federal, deve ser utilizado o índice previsto para esses casos, ou seja, a taxa SELIC.

Sobre o assunto, a Suprema Corte já se posicionou nesse sentido:

Extraordinário. Embargos recebidos como agravo interno. Parcelamento. Incidência da taxa Selic sobre o valor consolidado dos débitos tributários. Constitucionalidade. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 582.461-RG, Relator Ministro Gilmar Mendes, assentou o entendimento no sentido da constitucionalidade da incidência da Taxa Selic como índice de correção monetária do débito tributário. Precedentes. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 3. Embargos de declaração recebidos como agravo interno, a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (STF - Acórdão Re 934314 Ed / RS – Rio Grande do Sul, Relator Ministro Roberto Barroso, data de julgamento: 14.10.2016, data de publicação: 03.11.2016, 1ª Turma)

Na mesma linha, destaco julgados da egrégia Corte do Estado do Rio de Janeiro:

Apelação cível. Ação de cobrança. Contribuição art. 57, I, da Lei 9.615/98 (Lei Pelé). Federação das associações de atletas profissionais - FAAP. Botafogo de futebol e regatas. Preliminares que se rejeitam. Competência da justiça estadual, em razão do desinteresse manifestado pela união federal. Capacidade tributária ativa da FAAP para cobrar o pagamento da contribuição. Constitucionalidade da instituição da contribuição por lei ordinária e desnecessidade de vinculação direta entre o contribuinte do tributo e a finalidade da exação. Orientação do STF sobre o tema. Ausência de **bis in idem**. Sentença que se repara apenas no que tange à atualização monetária do débito, que deve se dar apenas com a incidência da taxa Selic. Parcial provimento do recurso. (Apelação Cível nº 0384155-64.2014.8.19.0001 / Desembargadora Flávia Romano de Rezende - Julgamento: 27.04.2021 - Décima Sétima Câmara Cível) grifei
Ação de cobrança. Direito tributário. Contribuição de intervenção no domínio econômico. Art. 57, I, da Lei 9.615/98 (Lei Pelé). Rejeição da alegação de incompetência da justiça estadual,

em razão do desinteresse manifestado pela união federal em processo idêntico. Constitucionalidade da instituição da contribuição por lei ordinária e desnecessidade de vinculação direta entre o contribuinte do tributo e a finalidade da exação. Orientação do STF sobre o tema. Ausência de **bis in idem**. Legitimidade da entidade desportiva para efetuar o recolhimento. Débito tributário sujeito à incidência da taxa Selic. Parcial provimento do apelo. (Apelação Cível nº 0167699-18.2017.8.19.0001 / Desembargador Andre Gustavo Correa de Andrade - julgamento: 06.02.2019 - Sétima Câmara Cível) (grifei)

Desse modo, deve-se manter a sentença neste ponto, que fixou como índice de atualização monetária do tributo em discussão a taxa Selic, a contar do respectivo vencimento das obrigações.

12. Dos ônus sucumbenciais

No que diz respeito ao ônus sucumbencial, não vislumbro razões para alterar a decisão de primeiro grau.

Com efeito, analisando-se os documentos juntados aos autos, se constatar diferença do débito apresentada pela entidade desportiva na liquidação de sentença, ocorrerá por sua culpa exclusiva, haja vista que, apesar de devidamente notificado para prestar informações financeiras, ficou-se inerte, sendo necessário o ajuizamento de ação de cobrança para se manifestar.

Impende salientar, que competia à entidade de prática desportiva prestar à FAAP as informações financeiras, cadastrais e de registro necessárias à verificação, controle e fiscalização das contribuições devidas e, ao deixar de cumprir com a sua obrigação, a autora se viu obrigada a ajuizar a ação atribuindo como valor da causa o montante que tinha conhecimento.

Desse modo, não há reparo a ser realizado na sentença proferida pelo juízo **a quo** a esse respeito.

13. Dos honorários recursais

Considerando o desprovimento da insurgência e tendo sido a parte recorrente condenada em primeira instância, enseja a majoração dos honorários nesta instância recursal, em obediência ao artigo 85, § 11º do CPC, sob a proporção de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da condenação, que deverão ser somados ao percentual fixado na sentença de primeiro grau (10%), perfazendo-se o total de 12% (doze por cento) sobre a aludida condenação.

14. Dispositivo

Ao teor do exposto, conheço da apelação cível e nego-lhe provimento, para manter a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

De consequência, majoro a verba honorária sob a proporção de 2% (dois por cento), que deverão ser somados ao percentual fixado na sentença de primeiro grau (10%), perfazendo-se o total de 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

15. É como voto.

Goiânia,

Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho - Relator

(Documento datado e assinado eletronicamente)

Apelação Cível nº 5533324.58.2020.8.09.0017

Comarca de Bela Vista De Goiás

4ª Câmara Cível

Apelante: Antônio Carlos da Silva Leão

Apelada: 7 Mais Imóveis Ltda.

Relatora: Desª. Elizabeth Maria da Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PRETENSÃO EXORDIAL BASEADA NA CADEIA NEGOCIAL DO BEM IMÓVEL. CESSÃO DOS DIREITOS CONTRATUAIS DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA FIRMADO COM A ENTÃO PROPRIETÁRIA. CONTRATO JÁ QUITADO. AQUISIÇÃO DERIVADA E, NÃO, ORIGINÁRIA, DA PROPRIEDADE. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO PARA REGULARIZAR A SITUAÇÃO REGISTRAL DO BEM. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO INICIAL DE USUCAPIÃO. SENTENÇA MANTIDA. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

I - O autor, ora apelante, possui toda a documentação necessária à obtenção da escritura definitiva do imóvel por ele adquirido, de forma que se utilizou da medida processual inadequada, já que deveria, em verdade, ter ingressado não com uma ação de usucapião, mas, sim, com uma ação de adjudicação, desde que, por óbvio, a empresa promitente vendedora se negue a fornecer-lhe os documentos necessários para tanto.

II - Muito embora seja possível o manejo de ação de usucapião com base em cessão de direitos de promessa de compra e venda, é certo que, no caso **sub examine**, em que possível o ajuizamento de ação de adjudicação, a procedência do pedido, em detrimento da utilização da medida processual adequada, importaria em verdadeiro abuso de direito, até porque não seriam recolhidos nem mesmo os tributos devidos na operação.

III - “A pretensão da parte recorrente não é adquirir a propriedade originária do imóvel, uma vez que já adquiriu de forma derivada (contrato de cessão de direitos), mas sim, a regularização do bem perante o Registro de Imóveis, com a transferência para seu nome, inviável a obtenção do pleito por meio da ação de usucapião” (TJGO, Apelação Cível nº 0349779-90.2015, Relator Desembargador Marcus da Costa Ferreira, 5ª Câmara Cível, DJe de 08.11.2021).

IV - A aquisição da propriedade, no caso vertente, se deu de forma derivada e, não originária, tanto assim que a documentação que ampara a peça exordial é composta, precisamente, da cadeia negocial do imóvel *usucapiendo*, revelando, de maneira muito clara, a inadequação do meio processual utilizado pelo autor/recorrente – ação de usucapião –, quando deveria ter manejado ação de adjudicação compulsória, ocasião em que lhe seria conferido o direito de escriturar sua aquisição, mediante, por óbvio, o pagamento dos tributos devidos.

V - Evidenciada a sucumbência recursal, é imperiosa a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência anteriormente fixados, consoante previsão do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

VI - APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 5533324-58.2020.8.09.0017, figurando como apelante Antônio Carlos da Silva Leão e apelada 7 Mais Imóveis Ltda.

Acordam os integrantes da Quarta Turma Julgadora da 4ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, na sessão virtual do dia 06 de fevereiro de 2023, por unanimidade de votos, conhecer da apelação cível, mas desprovê-la, nos termos do voto da Relatora.

O julgamento foi presidido pela Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.

Presente o representante do Ministério Público.

Des^a. Elizabeth Maria da Silva – Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível aviada pelo autor, Antônio Carlos da Silva Leão, devidamente qualificado e representado nos autos, contra a sentença registrada no evento nº 105, p. 246/250, proferida pelo excelentíssimo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Bela Vista de Goiás/GO, Dr. Paulo Afonso de Amorim Filho, que julgou improcedente o pedido exordial, figurando como ré/apelada a empresa 7 Mais Imóveis Ltda., também individualizada no feito.

Ação (evento nº 01, p. 02/06): cuida-se de ação de usucapião ajuizada por Antônio Carlos da Silva Leão em face da sociedade empresária 7 Mais Imóveis Ltda., objetivando, em síntese, que seja o demandante declarado proprietário do imóvel *usucapiendo*, registrando-se, por conseguinte, a aquisição originária no cartório de imóveis competente.

Narra que “são possuidores de um lote residencial de nº 15, da quadra 74, situado na Rua 47, no Loteamento Parque Las Vegas, neste município”, ressaltando que “o imóvel *usucapiendo* encontra-se todo fechado, possuindo um barracão, energia elétrica da Enel e água da SANEAGO, bem como árvores frutíferas trintenárias” (evento nº 01, p. 02).

Notícia, ainda, que, “quanto à posse do referido lote, somada a posse dos requerentes a de seus antecessores, soma mais de 35 anos, posse essa mansa, pacífica, pública, notória e ininterrupta, sem oposição ou contestação de quem quer que seja, a qual foi adquirida, inicialmente, no contrato de compromisso de compra e venda em 30 de outubro de 1984” (evento nº 01, p. 02).

Frisa que após este primeiro contrato, foram firmados sucessivos negócios jurídicos de cessão de direitos da avença originária, “sendo que em todos os contratos celebrados foi concedida a posse aos compradores no ato da sua assinatura, ficando, assim, documentalmente provado a posse dos requerentes contando atualmente mais de 35 anos” (evento nº 01, p. 02, *sic*).

Sentença (evento nº 105, p. 246/250): o magistrado **a quo** julgou improcedente o pleito inicial, nos seguintes termos, **in verbis**:

Desse modo, considerando que o bem objeto da lide foi adquirido por contrato com os titulares do domínio do bem, imperioso o reconhecimento da aquisição da propriedade de forma derivada.

Registre-se que o modo originário de aquisição da propriedade, somente se mostra possível quando o modo derivado não se mostra factível, a fim de evitar evasão fiscal. Isso porque, a propriedade quando adquirida de forma originária, como no caso da ação de usucapião, isenta o novo proprietário dos tributos que recaiam sobre o imóvel *usucapiendo*.

Nessa senda, caberia a parte autora promover o ajuizamento de adjudicação compulsória, que é o remédio jurídico próprio para a obtenção da tutela almejada.

(...)

Diante disso, considerando que os requerentes narram, na inicial, a cadeia de adquirentes do imóvel **sub iudice**, constato que via eleita mostra-se inadequada, devendo ingressar com a demanda correta, qual seja, ação de adjudicação compulsória.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Condeno os autores ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sob o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º do CPC. (evento nº 105, p. 248/250)

Apelação cível (evento nº 116, p. 261/273): inconformado, o demandante, Antônio Carlos da Silva Leão, aviou o presente recurso, narrando, **prima facie**, que “fundamentaram o pedido de usucapião resguardados pelo direito material e processual Civil e requereram que seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade do lote residencial *usucapiendo*” (evento nº 116, p. 262).

Alega que as provas produzidas “demonstraram que a posse arguida preenche os requisitos necessários ao reconhecimento da usucapião, pois exercem posse mansa, pacífica, pública, notória e ininterrupta, sem oposição ou contestação de quem quer que seja, com **animus domini**, sobre o imóvel *usucapiendo*, somadas à sua posse a posse dos seus antecessores, atualmente, por mais de 38 anos ininterruptos” (evento nº 116, p. 269).

Notícia que “o juiz monocrático julgou improcedente a usucapião, sob o entendimento de que via eleita mostra-se inadequada, devido a forma que se deram as aquisições mediante os contratos celebrados, entendendo como compra e venda, devendo os autores ingressar com a demanda correta, qual seja, ação de adjudicação compulsória” (evento nº 116, p. 271, *sic*).

Argumenta que, entretanto, “o entendimento do juiz monocrático encontra-se equivocado e dissociado do sedimentado entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que admite compromisso de compra e venda mesmo sem registro como justo título, documento apto para demandar a usucapião ordinária” (evento nº 116, p. 271/272).

Ressalta que a colenda Corte da Cidadania pacificou o entendimento na linha de “que o contrato de promessa de compra e venda constitui justo título apto a ensejar a aquisição da propriedade por usucapião, conforme redação da jurisprudência em teses nº 133” (evento nº 116, p. 273).

Defende que, assim sendo, “está a merecer reforma a sentença atacada, ora recorrida, pois, conforme razões retro, o contrato de promessa de compra e venda é apto a ensejar a aquisição da propriedade por usucapião” (evento nº 116, p. 273).

Assevera que, diante disso, “podendo somar à posse dos apelantes a posse de seus antecessores (art. 1.243 do Código Civil), atualmente com mais de 38 anos, tempo muito superior àquele previsto no artigo 1.238 do Código Civil, e ainda, neste caso, prescinde da existência de justo título e de boa-fé” (evento nº 116, p. 273).

Pugna, portanto, pelo conhecimento e provimento do apelo interposto, com a conseqüente reforma do édito sentencial recorrido, de forma que o pedido exordial seja julgado procedente, “declarando o domínio dos apelantes sobre a área **usucapienda**” (evento nº 116, p. 273).

Preparo: comprovado (evento nº 116, p. 274/275).

Contrarrazões (evento nº 119, p. 278/284): devidamente intimada, a empresa ré, ora recorrida, apresentou resposta ao apelo aviado, ocasião em que rebateu os fundamentos lançados no recurso, defendendo, assim, que este seja conhecido e desprovido.

É o relatório.

Nos termos do artigo 934 do Código de Processo Civil, encaminhem-se os autos para inclusão em pauta de sessão virtual.

Goiânia, 13 de dezembro de 2022.

Des^a. Elizabeth Maria da Silva - Relatora

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Consoante relatado, insurge-se o autor, ora recorrente, Antônio Carlos da Silva Leão, contra a sentença registrada no evento nº 105, p. 246/250, que julgou improcedente o pedido exordial formulado.

Adianto, desde logo, sem maiores delongas, que o inconformismo do autor/apelante não merece acolhida. Explico.

A questão é simples e não guarda maiores esforços. Ora, de início, tenho por bem salientar que é frágil a narrativa exordial, na linha de que seria de mais de 35 (trinta e cinco) anos a posse supostamente exercida pelo autor/apelante, somada com a de seus antecessores.

Isso, pois, os contratos que instruem a petição inicial não têm o condão, por si só, de comprovar que o promitente comprador ou os cessionários exerceram, de fato, posse ininterrupta do imóvel

usucapiendo desde as respectivas aquisições, sobretudo porque nenhum deles ali residiu de forma contínua.

É o que se infere, vale dizer, não apenas das fotografias do lote, donde se verifica que há, ali, apenas um barracão, mas, também, do teor dos depoimentos testemunhais tomados, que, apesar de frágeis e vacilantes, revelam a inexistência de efetiva posse ininterrupta do bem.

Nada obstante este fato – ausência de prova robusta de que os promitentes compradores e cessionários estiveram na posse do bem há mais de 30 (trinta) anos –, e não se olvidando que é questionável a existência de **animus domini** nas posses com amparo em contratos tratando da promessa de compra e venda do imóvel e/ou da cessão dos respectivos direitos, entendo que agiu em acerto o magistrado de origem ao julgar improcedente o pedido exordial também pelo motivo apontado no édito sentencial recorrido.

Isso, pois, analisando detidamente a documentação que instrui a peça inicial, o que se tem é que a proprietária originária, 7 Mais Imóveis Ltda., ora ré/recorrida, entabulou com Dimas Luiz Rosa um contrato de compromisso de compra e venda do imóvel objeto da presente lide (evento nº 01, p. 11/12).

O promitente comprador, por sua vez, cedeu os direitos deste contrato ao cessionário Luiz Fernando Moreira, tudo com anuência da promitente vendedora, 7 Mais Imóveis Ltda., sendo possível observar, ali, inclusive, que o contrato cedido já estava quitado (evento nº 01, p. 13).

Ato contínuo, o que se depreende é que Luiz Fernando Moreira, então cessionário, cedeu os direitos do supramencionado contrato de compra e venda para o autor/apelante, Antônio Carlos da Silva Leão, conforme se depreende do evento nº 01, p. 14, valendo ressaltar que a própria avença originária estipulou, em sua cláusula 12ª, que era livre tal transferência (evento nº 01, p. 12), sendo que, de mais a mais, o contrato já estava até mesmo quitado por ocasião da cessão.

Em outras palavras, o que se tem é que o ora recorrente possui toda a documentação necessária à obtenção da escritura definitiva do imóvel por ele adquirido, de forma que se utilizou da medida processual inadequada, já que deveria, em verdade, ter ingressado com uma ação de adjudicação compulsória, caso a empresa promitente vendedora se negue a fornecer-lhe os documentos necessários para tanto.

Com efeito, a despeito de ausentes os requisitos legais necessários à procedência do pedido de usucapião ora formulado, é certo que os documentos que instruem a presente lide revelam que o bem já fora quitado e, portanto, adquirido pelo autor/apelante, Antônio Carlos da Silva Leão, restando tão somente a escrituração respectiva na matrícula do imóvel.

Veja-se que, tal como assentou o magistrado de origem, muito embora seja possível o manejo de ação de usucapião com base em cessão de direitos de promessa de compra e venda, tenho que, no caso **sub examine**, a procedência do pedido, em detrimento da utilização da medida processual adequada, importaria em verdadeiro abuso de direito, eis que não seriam recolhidos os tributos incidentes. Nesta vertente, colaciono, por oportuno, os seguintes precedentes jurisprudenciais pátrios, **ad exemplum**:

Apelação cível. Usucapião. Bens imóveis. Ação de usucapião. - Usucapião. Cessão de direitos apta à adjudicação. A usucapião é meio de aquisição originária da propriedade pelo exercício

prolongado da posse com o ânimo de dono sem sê-lo. O cessionário de direitos do imóvel carece da via de aquisição originária quando exhibe documentos que habilitam à ação de adjudicação compulsória. A cessão de direitos de compra e venda somente é apta à usucapião, e por justo título, quando este não está apto ao registro imobiliário. Circunstância dos autos em que se impõe manter a sentença recorrida. Recurso desprovido. (TJRS, Apelação Cível 5000134-73.2018.8.21.0058, Relator Desembargador João Moreno Pomar, 18ª Câmara Cível, julgado em 17.02.2022)

Apelação – Ação de usucapião – Cessão de direitos de imóvel – Inadequação da via eleita – Falta de interesse de agir. A ação de usucapião não se presta a substituir ação de outorga de escritura e adjudicação compulsória. (TJMG, Apelação Cível 0822142-33.2007.8.13.0114, Relator Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, 21ª Câmara Cível Especializada, julgado em 04.05.2022, publicado em 04.05.2022, g.)

Apelação cível. Ação de usucapião ordinária. Pretendido reconhecimento do domínio sobre a área **usucapienda**. Sentença de extinção sem resolução de mérito. Recurso da parte autora. Alegado desacerto da decisão objurgada. Aventado exercício de posse mansa e pacífica há mais de dez anos. Ausência de transferência derivada da posse, porquanto não realizado o registro. Insubistência. Aquisição da área diretamente do proprietário registral. Ausência de aquisição originária. Inviabilidade de reconhecimento da pretensão usucapiante. Inadequação da via eleita. Autores que possuem condições de obter a propriedade do bem mediante ação de adjudicação. Manutenção da sentença. Fixação de honorários recursais. Recurso desprovido. (TJSC, Apelação Cível 0305956-27.2018.8.24.0008, Relator Desembargador Marcos Fey Probst, 6ª Câmara de Direito Civil, julgado em 13.09.2022)

Apelação. Usucapião. Ausência de interesse processual. Inadequação da via eleita. Existência de celebração prévia de compromisso de compra e venda entre terceira e o proprietário (réu). Posterior cessão do contrato pela terceira aos pais dos autores (herdeiros), com a participação do réu. No caso de adimplemento integral do contrato, a via processual adequada será a adjudicação compulsória. Caso inadimplidas as prestações contratadas, a posse do promitente-comprador passará a ser injusta, tornando-se, assim, precária, desde o inadimplemento ao menos até a prescrição da pretensão de cobrança. Posse injusta não pode ser utilizada para fins de usucapião. Precedentes. Caso concreto em que houve adimplemento do compromisso. Inadequação da via eleita. Aquisição da propriedade que deve se dar de modo derivado e não originariamente. Erro de procedimento evidenciado. Sentença que analisou o mérito de demanda que não estava apta a tanto. Sentença cassada. Recurso prejudicado. Extinção do feito sem resolução do mérito (art. 485, IV, do CPC) que é de rigor e aqui se faz de ofício, após oportunizada a manifestação das partes (art. 10 e 933 do CPC). Os autores são carecedores de interesse na modalidade inadequação da via eleita, visto que a usucapião (em qualquer de suas modalidades) não é a via adequada para a transmissão da propriedade ao promitente comprador que já cumpriu sua prestação contratual. Apelação prejudicada. (TJPR, Apelação Cível 0004681-96.2015.8.16.0056, Relator Desembargador Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, 17ª Câmara Cível, julgado em 14.06.2021, g.)

Apelação cível. Direito civil. Usucapião ordinária. Aquisição originária. Contrato de compra e venda. Aquisição derivada. Descabimento da ação de usucapião. Burla de impostos. Sentença parcialmente provida. 1. Os autores possuem toda a documentação necessária para registro do imóvel em nome próprio, sem necessidade de intervenção do Judiciário. Não há hipótese de aquisição originária e sim, derivada, oriunda de Contrato de Compra e Venda. 2. A Usucapião, enquanto forma de aquisição originária da propriedade, não enseja a cobrança de tributos de transmissão, como os impostos de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD). 2.1 A utilização da via acaba por burlar impostos a serem cobrados pelo Poder Público. 3. A boa-fé, enquanto Princípio Geral do Direito, é sempre presumida. A má-fé, por outro lado, deve ser comprovada. Em outras palavras, o exercício regular do direito de ação garantido constitucionalmente (inciso XXXVI do artigo 5º), por si só, não configura má-fé, sob pena de se inviabilizar o acesso à jurisdição. Litigância de má-fé afastada. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJDFT, Apelação Cível 0002938-41.2015.8.07.0011, Relator Desembargador Eustáquio de Castro, 8ª Turma Cível, julgado em 26.08.2021, publicado em 09.09.2021, g.)

Usucapião – indeferimento da inicial – extinção da ação, sem resolução do mérito – art. 485, I, CPC – Inconformismo dos autores. Impossibilidade. Regularização do bem por sucessão. Autores que optaram pela interposição de ação de usucapião em detrimento de inventário e adjudicação. Impossibilidade de ocorrência de usucapião. Cessão de direitos e interposição da ação com lapso de dois anos aproximadamente. Ausência de interesse processual. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1002840-71.2019.8.26.0269; Relator Desembargador Benedito Antonio Okuno, 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27.01.2022)

As ementas supratranscritas não deixam dúvidas: a ação de usucapião deve ser utilizada quando o intento é a aquisição originária da propriedade, situação diversa da observada na presente demanda, em que o imóvel *usucapiendo* fora, efetivamente, adquirido de forma derivada pelo autor/apelante, consoante se depreende dos contratos que instruem a peça inaugural. É esta, também, a jurisprudência deste egrégio Sodalício, senão veja-se, **ipssima verba**:

Apelação cível. Usucapião extraordinária. Requisitos. **Animus domini**. Imóvel que pertencia ao apelado transferido a terceiro por adjudicação não levada a registro. Transferência aos apelantes por contrato de cessão de direitos. Aquisição derivada. Ausência de **animus domini**. Pretensão de regularização do bem perante registro de imóveis. Inadequação da via eleita. Sentença mantida. 1. Para a configuração da usucapião extraordinária é necessária a comprovação simultânea dos requisitos constantes no art. 1.238 do Código Civil, especialmente o **animus domini**, condição subjetiva e abstrata que se refere à intenção de ter a coisa como sua, que se exterioriza por atos de verdadeiro dono. 2. A propriedade do imóvel que os apelantes pretendem usucapir foi transferida do apelado para terceira pessoa por meio de adjudicação em ação judicial. O fato de a Carta de Adjudicação não ter sido levada a registro não elide a aquisição regular do imóvel. Logo, com a adjudicação ocorreu a efetiva transferência da propriedade para a terceira pessoa que, após, cedeu seus direitos aos

apelantes por meio de Contrato Particular de Cessão de Direitos. 3. A posse do imóvel não foi exercida pelos autores/apelantes com **animus domini**, haja vista que nela ingressaram como cessionários dos direitos e obrigações decorrentes de Contrato Particular de Cessão de Direitos, do qual constou cláusula no sentido de que somente teriam a propriedade com a competente lavratura da escritura pública. 4. A pretensão da parte recorrente não é adquirir a propriedade originária do imóvel, uma vez que já adquiriu de forma derivada (contrato de cessão de direitos), mas sim, a regularização do bem perante o Registro de Imóveis, com a transferência para seu nome, inviável a obtenção do pleito por meio da ação de usucapião. Apelação conhecida e desprovida. (TJGO, Apelação Cível 0349779-90.2015.8.09.0164, Relator Desembargador Marcus da Costa Ferreira, 5ª Câmara Cível, julgado em 08.11.2021, DJe de 08.11.2021, g.)

Apelação cível. Ação de usucapião. Inexistência dos requisitos. **Animus domini**. Contrato de compra e venda. Via inadequada. 1. A ação de usucapião não é a via adequada para se buscar o registro de um imóvel, com base em contrato de compra e venda. Assim, em se tratando de posse derivada de contrato de compra e venda firmado entre os litigantes, não há falar em posse **ad usucapionem**, sendo correta a sentença que julga extinto o feito sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, IV, do Código de Processo Civil. (...) Recurso conhecido e desprovido. (TJGO, Apelação Cível 5501188-71.2018.8.09.0051, Relator Desembargador Jeová Sardinha de Moraes, 6ª Câmara Cível, julgado em 23.02.2021, DJe de 23.02.2021)

Outrossim, insta salientar que inexistem, nos presentes autos, elementos que autorizem a conclusão de que o possuidor passou a se comportar como se dono fosse em decorrência da **interversio possessionis**, até porque, como dito, o acervo probatório, neste ponto, se restringe aos negócios jurídicos firmados entre os promitentes vendedor e comprador, bem assim entre os cedentes e cessionários, e, ainda, à prova oral, que não foi capaz de evidenciar este fenômeno. Neste sentido, eis os precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça, **ipsis litteris**:

Agravo interno no agravo (Art. 544 do CPC/73) – Usucapião. (...) A posse advinda do contrato de promessa de compra e venda, em princípio, não induz, de fato, usucapião. Entretanto, há casos em que a prescrição aquisitiva pode se consumar, especialmente se verificada a conversão da posse não própria em própria, momento a partir do qual o possuidor passa a se comportar como se dono fosse em decorrência da **interversio possessionis**, como sucedeu no caso em exame. 2. Infirmar as conclusões da Corte estadual, para entender pela ausência de demonstração do **animus domini** e dos demais requisitos para a configuração da usucapião demandaria o revolvimento de fatos e provas, prática vedada pela Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp 987.167/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, 4ª Turma, julgado em 16.05.2017, DJe de 22.05.2017)

Agravo interno em recurso especial. (...) Usucapião. Requisitos. Ausência. (...) Segundo a jurisprudência desta Corte, a posse decorrente de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por ser incompatível com o **animus domini**, em regra, não ampara a pretensão à aquisição por usucapião. (...) Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no REsp 1.520.297/RS,

Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 23.08.2016, DJe de 1º.09.2016)

Recurso especial. Sistema financeiro habitacional. (...) Usucapião extraordinária. Posse decorrente de contrato de promessa de compra e venda. Contrato de gaveta. **Animus domini** não configurado. (...) Pretensão dos recorrentes de usucapir imóvel adquirido por meio de cessão de direitos e obrigações decorrentes de contrato de mútuo de imóvel originariamente financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação com incidência de hipoteca sobre o bem. 2. Para a configuração da usucapião extraordinária é necessária a comprovação simultânea de todos os elementos caracterizadores do instituto, constantes no art. 1.238 do Código Civil, especialmente o **animus domini**, condição subjetiva e abstrata que se refere à intenção de ter a coisa como sua. 3. A posse decorrente de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por ser incompatível com o **animus domini**, em regra, não ampara a pretensão à aquisição por usucapião. (...) Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (STJ, Resp 1.501.272/SC, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 12.05.2015, DJe de 15.05.2015)

Repiso: a aquisição da propriedade, no caso vertente, se deu de forma derivada e, não originária, tanto assim que a documentação que ampara a peça exordial é composta, precisamente, da cadeia negocial do imóvel *usucapiendo*, revelando, de maneira muito clara, a inadequação do meio processual utilizado pelo autor/recorrente – ação de usucapião –, quando deveria ter manejado ação de adjudicação compulsória, ocasião em que lhe seria conferido o direito de escriturar sua aquisição, mediante, por óbvio, o pagamento dos tributos devidos.

Esclareço, por fim, que a jurisprudência da colenda Corte Cidadã é firme no sentido de que a ação de adjudicação compulsória não prescreve, somente podendo ser elidida em caso de aquisição originária da propriedade por um terceiro, o que não se verifica na espécie, até porque a suposta usucapião fora alegada pelo próprio cessionário/adquirente. Veja-se, **ad exemplum**:

Agravo interno no recurso especial. Compromisso de compra e venda. Ação de adjudicação. Prescrição. Não ocorrência. (...) O objetivo da ação de adjudicação compulsória é a constituição de um direito real, fruto de compromisso de compra e venda, com a transferência da propriedade ao promitente comprador após a quitação integral do preço. 3. O direito de obter a escritura definitiva do imóvel somente pode ser atingido pela prescrição aquisitiva decorrente de eventual ação de usucapião intentada por terceiro, não se submetendo aos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil de 1916. 4. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no Resp 1.584.461/GO, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 13.05.2019, DJe de 21.05.2019)

Recurso especial. Compromisso de compra e venda. Ação de adjudicação compulsória. Prescrição. Não ocorrência. (...) O objetivo da ação de adjudicação compulsória é a constituição de um direito real, fruto de compromisso de compra e venda, com a transferência da propriedade ao promitente comprador após a quitação integral do preço. 3. O direito de obter a escritura definitiva do imóvel somente pode ser atingido pela prescrição aquisitiva decorrente de eventual ação de usucapião intentada por terceiro, não se submetendo aos prazos previstos

no artigo 177 do Código Civil de 1916. 4. Recurso especial não provido. (STJ, Resp 1.489.565/DF, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 05.12.2017, DJe de 18.12.2017)

Dessa forma, é forçosa a conclusão de que a pretensão recursal do demandante não merece acolhida, estando, assim, escorreita a sentença apelada, que julgou improcedente o pedido inicial formulado, nos termos da fundamentação expendida.

Por fim, à luz do quanto disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, tenda em vista, ainda, o desprovimento do apelo aviado pelo demandante, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais por ele devidos para 11% (onze por cento) do valor atualizado da causa.

Ao teor do exposto, conheço da apelação cível interposta pelo autor, Antônio Carlos da Silva Leão, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume os termos da sentença recorrida, por estes e seus próprios fundamentos.

Consectário lógico do desprovimento do apelo manejado pelo demandante, majoro a verba honorária por ele devida para 11% (onze por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil.

É como voto.

Por fim, atenta ao fato de que as partes poderão peticionar no presente feito a qualquer momento, independentemente da fase processual, determino a devolução dos autos ao juízo de origem, após baixa de minha relatoria no Sistema do Processo Judicial Digital.

Goiânia, 06 de fevereiro de 2023.

Desª. Elizabeth Maria da Silva - Relatora

Apelação Cível nº 5494186.50.2018.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: Coty Brasil Comercio Ltda.

Apelados: Superintendente da Receita da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e Outro

Relator: Des. Fabiano Abel de Aragão Fernandes

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDO DE PROTEÇÃO SOCIAL DO ESTADO DE GOIÁS – PROTEGE. INSTITUIÇÃO E REGULAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO AO PROTEGE. CONDIÇÃO DE FRUIÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL. LEGALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 178 DO CTN. REGULARIDADE DA COBRANÇA. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL (TARE). CONDIÇÕES PREESTABELECIDAS. ALTERAÇÃO OU SUSPENSÃO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONTRATUAL. DIREITO

LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. DENEGAÇÃO.

I - O mandado de segurança possui estatura constitucional de garantia individual, baseado na ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou delegatária, praticada em detrimento de direito líquido e certo, desde que incontestado o substrato fático deduzido em juízo.

II - Não manifesta, atempadamente, irresignação em relação à cláusula contratual do Termo de Acordo que previu a possibilidade de alteração ou revogação do regime especial nele consignado, inviável a discussão dessa matéria em mandado de segurança, notadamente diante das características peculiares do procedimento especial que o rege.

III - O art. 82, § 1º, VIII (inserido pela Emenda Constitucional nº 42/2003), prevê expressamente a criação de fundo para erradicação da pobreza na Constituição Federal, independentemente de Lei Ordinária ou Lei Complementar.

IV - A contribuição ao Protege configura condição aos interessados em apoiar os programas sociais do Governo Estadual e não uma imposição a todos contribuintes do ICMS, mas somente àqueles que optarem pela utilização de incentivo fiscal, possuindo dessa forma caráter facultativo e não compulsório, mesmo porque a ausência do seu pagamento implica somente na perda do benefício.

V - As contribuições ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás Protege exigidas como condicionante da fruição dos benefícios fiscais do crédito outorgado do ICMS, bem como a cobrança do adicional de até 15% (quinze por cento) na alíquota do ICMS incidente sobre os produtos por ela comercializados, afiguram-se legítimas à luz da jurisprudência majoritária desta Eg. Corte de Justiça, ao considerar constitucional a Lei Estadual nº 14.469/2003, e do quanto foi decidido na ADI nº 2.869/RJ, fixando o STF o entendimento de que o art. 4º da Emenda Constitucional nº 42/2003 validou os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal, ainda que estes estivessem em desacordo com o previsto na Emenda Constitucional nº 31/2000. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 5494186-50.2018.8.09.0051.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes da Quinta Turma Julgadora da 7ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Votaram, além do relator, os componentes da turma, nominados(as) no extrato da ata constante

dos autos.

Presidiu a sessão o Desembargador Fabiano Abel de Aragão Fernandes.

Esteve presente à sessão o(a) douto(a) representante da Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos da lei, conforme registrado no extrato da ata.

Goiânia, 10 de agosto de 2023.

F. A. de Aragão Fernandes - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de Apelação Cível (evento nº 117) interposta por Coty Brasil Comercio Ltda., devidamente qualificada e representada nos autos, contra sentença proferida no evento nº 75, pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia, Dr. Clauber Costa Abreu, figurando como apelado o Superintendente da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e o Estado de Goiás, também individualizados no feito.

Conforme relatado, cuida-se de mandado de segurança impetrado por Coty Brasil Comércio Ltda. em face de ato acoimado coator praticado pelo Superintendente da Receita da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, objetivando comando judicial que lhe autorize a não efetuar o pagamento da contribuição ao Protege prevista nos arts. 7º, II, e 9º, II da Lei nº 14.469/03 e no art. 1º, § 1º, e § 3º, I, “c”, do Anexo IX do RCTE-GO como condição para a fruição de seus benefícios fiscais sobre as operações decorrentes de negócios jurídicos firmados antes da edição do Decreto nº 9.249/18 e as obrigações acessórias correlatas.

Informou a impetrante que se trata de pessoa jurídica de direito privado que possui como objeto social o comércio atacadista de produtos de higiene pessoal, cosméticos, produtos capilares, produtos de toucador e mercadorias em geral.

Relatou fazer parte do Grupo Coty, de origem francesa, fundado há mais de 110 anos, com atuação multinacional, como um dos líderes mundiais da indústria de higiene pessoal, alegando que em 2016, o referido grupo adquiriu da Hypermarchas S/A, duas empresas, a saber, a impetrante e sua controlada, Savoy Indústria de Cosméticos S/A.

Aduziu que a Savoy é responsável pela fabricação dos cosméticos, ao passo que a impetrante atua como centro de distribuição, adquirindo os produtos da aludida empresa, estocando-os e revendendo-os no mercado interno e externo.

Sustentou que a Savoy e a impetrante possuem sede no Estado de Goiás, narrando que, em virtude do Grupo Hypermarchas usufruir de tratamento tributário de ICMS dispensado, em razão da Lei nº 17.442/11, firmou com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás o Termo de Acordo de Regime Especial nº 196/15-GSF, posteriormente alterado pelo TARE nº 21/17-GSF (“TAREs 196/15 e 021/17 – Doc. 05), com autorização para se apropriar de crédito outorgado de ICMS em suas saídas internas e interestaduais e apurar redução de base de cálculo do imposto nas operações internas, na forma do art. 3º da Lei nº 17.442/11.

Defende que a Lei nº 17.442/11 determina em seus §§ 2º e 4º do art. 1º, a extensão dos

benefícios fiscais ao grupo econômico que absorver parcela do patrimônio de outro grupo econômico já beneficiário, de sorte que os TAREs por ela firmados apenas deram continuidade à concessão de benefícios fiscais de ICMS.

Disse que os TAREs possuíam como termo final 31 de dezembro de 2031, sob diversas condições onerosas, que vem sendo regularmente cumpridas.

Contou que, por meio do Decreto nº 9.294/18, o Estado de Goiás instituiu nova condição para a fruição dos benefícios de ICMS, que não estava contemplada no momento em que firmado os TAREs acima relacionados, consubstanciada no recolhimento de contribuição residual, a partir de 1º de setembro de 2018, cuja base de cálculo é o valor dos benefícios outorgados à impetrante.

Alegou que a contribuição é destinada ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás, denominado Protege - GO ou Fundo Protege, instituído pela Lei nº 14.469/03, em percentual de até 15% aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com aplicação da tributação integral e o calculado com a utilização do benefício ou incentivo fiscal, o que resulta num aumento de 75% de sua carga tributária.

Aduziu a ilegalidade da nova condição imposta, por limitar o acesso ao benefício fiscal que foi objeto de Termo de Acordo, concedido sob condição onerosa e por prazo determinado.

Requeru a concessão de liminar para impedir a autoridade coatora de exigir o recolhimento da contribuição devida ao Protege - GO, suspendendo a exigibilidade de suposto crédito tributário que deixar de ser recolhido em virtude deste procedimento, bem assim permitindo que a impetrante continue usufruindo dos benefícios fiscais constantes dos TAREs 196/15 e 021/17.

Subsidiariamente, pediu que a contribuição seja submetida ao princípio da anterioridade, devendo a autoridade coatora se abster de cobrá-la até o final de 2018.

Ainda em caráter subsidiário, pleiteou que a contribuição ao Protege seja calculada não sobre o valor direto do crédito outorgado em si, mas sobre o montante de ICMS que, ao final da apuração, deixará de ser efetivamente recolhido.

Cumulativamente, requereu o afastamento das obrigações acessórias correlatas, ficando os impetrados impedidos de qualquer ato tendente à exclusão da impetrante e de seu grupo econômico ou impedimento de fruição do Regime Especial, em decorrência do não recolhimento da contribuição do Protege.

No mérito, postulou a confirmação da liminar.

Processado o feito, o magistrado singular proferiu sentença, nos seguintes termos (evento nº 75):

A discussão acerca da validade da instituição dos fundos estaduais e das fontes de custeio por meio de lei ordinária e não por lei complementar restou estancada após a decisão proferida na ADIn nº 2.869/RJ, cujo Relator foi o Ministro Carlos Britto, quando o Excelso Supremo Tribunal Federal assentou que “o art. 4º da Emenda Constitucional nº 42/2003 validou os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal, ainda que estes estivessem em desacordo com o previsto na Emenda Constitucional nº 31/2000” (in DJ de 13.05.2004).

É certo que os Juízos de 1º Grau ficam vinculados às orientações do Órgão Especial do Tribunal de Justiça a que se acham subordinados, devendo pautar seus julgamentos nas decisões

tomadas em incidente de inconstitucionalidade, isso, é claro, quando não houver precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Dessarte, não obstante o Órgão Especial do TJGO tenha reconhecido a inconstitucionalidade de lei que estabeleceu a cobrança do adicional para financiamento do Fundo Protege, na Arguição de constitucionalidade nº 111090-02.2014.8.09.0000, este Juízo deve observar obrigatoriamente a orientação traçada pela Corte Suprema (ADIn nº 2.869/RJ), que reconheceu a constitucionalidade da lei estadual que estabelecia adicional de alíquota de ICMS para o financiamento de Fundo Estadual de Combate à Pobreza, tendo em vista sua convalidação pela EC nº 42/2003. Nesse diapasão encontra-se sedimentada a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal. Senão, vejamos:

(...)

Sobreleva ressaltar, por outro lado, que não se aplica o disposto nos arts. 159 e 167, inciso IV, da Constituição da República, aos recursos que integram referidos fundos estaduais, porquanto sua incidência foi excepcionada expressamente pelo § 1º do art. 80 do ADCT, não havendo falar, assim, em violação ao princípio da não vinculação de receita de impostos a fundo.

Ademais, as receitas discutidas, na espécie, são provenientes de contribuição ou doação espontânea efetuada pelas pessoas jurídicas interessadas em apoiar financeiramente os programas sociais que compõem a Rede de Proteção Social do Estado de Goiás, de modo a permitir que, em contrapartida, o Chefe do Poder Executivo possa conceder-lhes benefício ou incentivo fiscal, conforme autoriza o inciso I do art. 9º da Lei nº 14.469/2003, que instituiu o Fundo Protege Goiás.

Impende salientar, dessarte, que a adesão ao Protege Goiás é voluntária e exclusiva aos interessados em apoiar os programas sociais do Governo Estadual e não uma imposição a todos contribuintes do ICMS, mas apenas àqueles que optarem pela utilização do benefício fiscal do crédito outorgado do ICMS que lhes for concedido.

Portanto, é de se reconhecer a legalidade das contribuições ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás – Protege Goiás exigidas da Autora que utiliza dos benefícios fiscais do crédito outorgado do ICMS, bem como a subsistência das autuações em razão do inadimplemento das aludidas contribuições, o que impõe o julgamento de improcedência da pretensão manifestada na inicial.

Irresignada, a impetrante Coty Brasil Comércio Ltda. interpõe o presente recurso de apelação, pugnano pela declaração de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, ao argumento de que não houve análise da tese de violação ao artigo 178 do CTN e aos princípios da segurança jurídica, direito adquirido, não surpresa, boa-fé e expectativa de confiança legítima.

Diz que o ordenamento jurídico veda a revogação de incentivo fiscal específico concedido com prazo certo (temporalidade) e sob condição onerosa (contrapartida), como é o caso exposto nos autos, uma vez que o TARE 196/15 (complementado pelo TARE 021/17) estabeleceu como vigência do benefício fiscal o termo final 31.12.2031, além de se submeter a condições onerosas previstas pela legislação de regência.

Argumenta que ainda que se considere constitucional a contribuição ao Protege, a apelante

demonstrou que a edição do Decreto nº 9.294/18 representa modificação inesperada e arbitrária das condições originalmente pactuadas.

Aduz que possuía como base para a sua legítima confiança o direito adquirido à fruição dos benefícios fiscais onerosos e por prazo determinado, nos exatos termos previstos nos TAREs 196/15 e 021/17, os quais influenciaram na aquisição de investimento pelo Grupo Coty no Brasil.

Defende que o Termo de Acordo do Regime Especial em questão deve ser considerado como uma espécie de “contrato fiscal”, no qual se verifica uma relação de bilateralidade entre o Estado e os particulares, cabendo ao ente público cumprir os termos entabulados durante o prazo de vigência do pacto.

Obtempera que o Decreto nº 9.294/18 violou o princípio da boa-fé, pois os contribuintes realizaram investimentos, assumiram compromissos financeiros relacionados à fruição do benefício, fizeram projeções de mercado, demanda e preço proporcionais, considerando a sua aplicação nos exatos termos em que concedido até 31.12.2031.

Sustenta omissão quanto às teses de que a exigência da contribuição deveria respeitar o princípio da irretroatividade tributária, conforme o art. 150, III, “a”, da CF/88, não se aplicando para operações decorrentes de negócios jurídicos firmados na vigência do regime jurídico anterior; e, quanto aos novos negócios, os princípios da anterioridade anual e nonagesimal, previstos no art. 150, III, “b” e “c”, da CF/88, respectivamente, conforme entendimento já consagrado pelo STF sobre o tema.

Afirma que eventual recolhimento da contribuição ao Protege, com base nos arts. 7º, II, e 9º, II, da Lei 14.469/03 e art. 1º, § 1º e § 3º, I, “c”, do Anexo IX, do RCTE-GO, somente poderá incidir sobre base de cálculo ajustada de acordo com o valor mínimo de ICMS a ser recolhido, nos termos da Cláusula Segunda dos TAREs 196/15 e 021/17.

Assevera que não houve o exame detido e adequado dos fundamentos trazidos pela apelante nos autos, argumentos estes que são suficientes, por si só, para refutar as conclusões da r. sentença.

Alega que o advento da Lei nº 20.367/2018 não altera o cenário no qual está inserido o ato de concessão dos benefícios fiscais, uma vez que se trata de reintrodução do benefício fiscal da Lei nº 17.442/2011, que criou a benesse relativa a crédito outorgado nas operações internas e interestaduais e redução de base de cálculo nas operações internas, usufruída pela apelante.

Afirma que a instituição do Fundo Protege pelo Estado de Goiás é ilegal e inconstitucional, diante da inconstitucionalidade formal na edição da Lei nº 14.469/03, por se tratar de lei ordinária e não de lei complementar, o que viola os arts. 79, **caput**, e 82, § 2º do ADCT, assim como os arts. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, e 165, § 9º, II, da CF/88.

Assevera que as contribuições em questão, por assumirem natureza de receita de ICMS, não poderiam ser destinadas ao financiamento do fundo, por não se encontrarem na exceção constitucional à regra contida no art. 167, IV, da CF/88 e a instituição da referida contribuição pelo Estado de Goiás representa flagrante usurpação de competência legislativa da União Federal, a quem cabe, conforme a repartição constitucional de competências, instituir contribuição social/residual (arts. 195, § 4º e 149, § 1º da CF/88).

Atesta que ao contrário do que decidido na sentença vergastada, ao julgar a ADI 2869, o STF entendeu que a EC nº 42/03 assegurou a vigência do adicional de alíquota de ICMS apenas até o ano

de 2010, pois a Constituição Federal exige a edição de lei complementar para a criação dos fundos previstos nos arts. 79 a 83 do ADCT, sendo inadmissível que qualquer outro diploma legal veicule a instituição do Fundo constitucional, mesmo nos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Anuncia que nos termos em que preleciona o inciso IV do artigo 167 da CF/88, as unidades federadas não têm “carta branca” para criar fundos com receitas de impostos, ainda que com o pretexto de criarem uma condição para fruição de benefícios fiscais, pois diante da indivisibilidade das receitas de impostos, estas não podem estar vinculadas a fundo ou a atuação estatal específica, sob pena de ofensa direta ao texto constitucional.

Pondera que o Estado de Goiás não detém competência para instituir a contribuição em questão, caso entenda se tratar de natureza residual ou social, nos termos do art. 154, I e 149, § 1º da CF.

Arroza que a contribuição deve observar o princípio da anterioridade anual, previsto no artigo 150, inciso III, alínea “b”, da CF/88 e o princípio da anterioridade nonagesimal, previsto no artigo 150, inciso III, alínea “c”, da CF/88, pois a exigência de recolhimento ao Protege representa um efetivo aumento da carga tributária da Apelante na ordem de 75%, sendo tal aumento vedado no mesmo exercício financeiro que o instituiu e antes de decorridos 90 dias da publicação do Decreto nº 9.294/18.

Argui, como tese subsidiária, que o cálculo deve ocorrer não sobre o valor do crédito outorgado em si, mas sobre o montante que deixará de ser efetivamente recolhido, obtido mediante o cálculo da diferença entre o imposto devido sem os benefícios fiscais e o recolhimento mínimo de ICMS anual previsto na Cláusula Segunda dos TAREs 196/15 e 021/17.

Requer o conhecimento e provimento do apelo para declarar a nulidade da sentença fustigada ou reformá-la, assegurando o direito da apelante de não ser compelida ao pagamento da contribuição ao Protege como condição para a fruição de seus benefícios fiscais até o vencimento do prazo de vigência dos TAREs 196/15 e 021/17 (31.12.2031) e, nos termos da Lei nº 17.442/2011, afastar o disposto no Decreto nº 9.249/18 e as obrigações acessórias correlatas, permitindo que a apelante continue usufruindo dos referidos benefícios fiscais mesmo sem o pagamento da citada contribuição.

Subsidiariamente, requer a reforma da sentença para não ser compelida ao pagamento da referida contribuição ao Protege como condição para a fruição de seus benefícios fiscais decorrentes de negócios jurídicos firmados antes da edição do Decreto nº 9.249/18, atendendo ao princípio da irretroatividade e, cumulativamente, não ser compelida ao pagamento da referida contribuição sobre as operações ocorridas até o final do ano de 2018 (princípio da anterioridade anual) ou, no mínimo, após decorrido o prazo de 90 dias da publicação do Decreto nº 9.249/18.

Ainda cumulativamente aos dois pedidos anteriores, pede que o cálculo da contribuição ao Protege ocorra sobre o montante de ICMS que, ao final da apuração, deixará de ser efetivamente recolhido – valor obtido mediante o cálculo da diferença entre o imposto devido sem os benefícios fiscais e o recolhimento mínimo de ICMS anual previsto na Cláusula Segunda dos TAREs 196/15 e 021/17 e não sobre o valor direto do crédito outorgado em si.

Por fim, requer seja concedida autorização para usufruir dos benefícios fiscais constantes do TARE 196/15 (complementado pelo TARE 021/17); a condenação dos impetrados à restituição de depósitos eventualmente realizados, assim como seja reconhecido o direito creditório da apelante

sobre os valores eventualmente recolhidos a título contribuição ao Protege, devidamente corrigidos e atualizados pelos mesmos índices de atualização do débito tributário em favor do Estado.

Pois bem.

De plano, merece ser rechaçada a preliminar de nulidade da sentença sustentada pela apelante, em razão da suposta ausência de fundamentação.

Isso porque ao julgador compete o enfrentamento apenas das questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão, de tal sorte que o magistrado não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

Essa inteligência se apresenta em perfeita consonância com precedentes deste E. Tribunal de Justiça, dentre as quais destaco:

Apelação cível. Ausência de alegações finais, cerceamento de defesa. Ausência de fundamentação. Inexistência. Preliminares rejeitadas. Empreitada mista. Edificação de instalações físicas. Desequilíbrio econômico financeiro. Não constatado. Adimplemento comprovado. Ação de cobrança improcedente. Reconvenção. Ressarcimento pecuniário que não deve ser concedido. Previsão contratual. Obra por partes distintas. Aplicação do disposto no § 1º do art. 614 do CC. Aquilo que foi pago se presume verificado. Improcedência mantida. 1. (...). 3. Não há se falar em nulidade por ausência de fundamentação, sob o argumento de que não houve manifestação sobre todas as teses sustentadas pela empresa apelante, porquanto, além de se confundir com o próprio mérito do recurso, registra-se que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão, até mesmo porque o Poder Judiciário não é órgão consultivo. 4. (...). Apelação cível e recurso adesivo conhecidos e não providos. (TJGO, AC 0177665-67.2013.8.09.0051, Relator Desembargador Adriano Roberto Linhares Camargo, 6ª Câmara Cível, julgado em 12.12.2022, DJe de 12.12.2022) destaquei

Refutada essa preliminar, antevejo que os argumentos utilizados pela apelante são incapazes de infirmar o desfecho da cizânia imprimido em 1º grau de jurisdição.

Vejamos.

Como de conhecimento comezinho, o mandado de segurança possui estatura constitucional de garantia individual, baseado na ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou delegatária, praticada em detrimento de direito líquido e certo, desde que incontestado o substrato fático deduzido em juízo.

Sobre a matéria, as lúcidas proposições acadêmicas de José Antônio Alem:

“(...) Objeto do mandado de segurança, pois, é a correção do ato ou omissão apontado como ilegal e que tenha o condão de ferir direito líquido e certo do indivíduo”. (in Mandado de Segurança, Doutrina e Jurisprudência, 2ª ed., Péritas Ed. e Dist. Ltda., p. 29).

Assentada essa inteligência, entende-se por direito líquido e certo aquele cuja percepção pode ser aferida antecipadamente, mediante prova estritamente documental, sem necessidade de dilação probatória, até porque inadmitida pela lei de regência.

Vale dizer, tem o impetrante, ao utilizar-se do mandado de segurança, o ônus de demonstrar, cabalmente, ao tempo da propositura, a ilegalidade ou o abuso de direito praticado pela autoridade

coatora contra seus interesses legalmente protegidos pela ordem constitucional ou legal.

Endossando essa hermenêutica, a doutrina de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, **verbo ad verbum**:

“(...) 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. (...) Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é o direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido, nem certo, para fins de segurança. (...) É um conceito impróprio – e mal expresso – alusivo a precisão e comprovação do direito quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.” (in Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 33ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37, g.)

Diz-se coator, outrossim, o ato praticado por autoridade pública ou no exercício de função pública delegada que fere, ameaça ou viola direito líquido e certo, que transgredir princípio de lei ou que é inconstitucional.

Na espécie, cinge-se a controvérsia recursal em suposto direito líquido e certo que alega possuir a empresa apelante quanto à fruição de benefícios fiscais (redução da alíquota de ICMS), não condicionados ao pagamento da respectiva contrapartida, assim consubstanciada, contribuição de custeio ao Fundo Protege Goiás, em razão da alegada inconstitucionalidade do art. 9, II e § 3º da Lei nº 14.469/03, da violação ao art. 178 do CTN e os princípios da segurança jurídica, do direito adquirido, da não surpresa, da boa-fé objetiva e da expectativa de confiança legítima.

Como se sabe, a criação dos Fundos de Combate e Erradicação da Pobreza possui embasamento no artigo 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), e tem por objetivo viabilizar o acesso de todos brasileiros a níveis dignos de subsistência, possuindo como fonte de recursos as receitas elencadas nos arts. 80 e 82 § 1º, do ADCT.

Os mencionados dispositivos encontram-se assim redigidos:

“Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.”

“Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza:

I - a parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional de oito centésimos por cento, aplicável de 18 de junho de 2000 a 17 de junho de 2002, na alíquota da contribuição social de que trata o art. 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II - a parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional de cinco pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre produtos supérfluos e aplicável até a extinção do Fundo;

III - o produto da arrecadação do imposto de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição;

IV - dotações orçamentárias;

V - doações, de qualquer natureza, de pessoas físicas ou jurídicas do País ou do exterior;

VI - outras receitas, a serem definidas na regulamentação do referido Fundo.

“Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando sobre este percentual o disposto no art. 158, IV, da Constituição.”

Nessa linha de inteligência, infere-se que o ADCT não restringiu as fontes de recursos que poderiam ser destinadas aos Fundos, ao contrário, previu expressamente que outras receitas poderiam ser definidas na regulamentação do próprio Fundo (inciso VI do art. 80).

Com efeito, no propósito de atender ao citado preceito constitucional, foi instituído, no âmbito do Estado de Goiás, o Fundo de Proteção Social – Protege Goiás, por meio da Lei nº 14.469, de 16.07.2003, destinado a provisionar recursos financeiros às unidades orçamentárias executoras de programas sociais que compõem a Rede de Proteção Social do Estado.

Consoante dispõe o art. 7º, **caput**, inciso II, da mencionada Lei nº 14.469/2003, os recursos do Protege Goiás são provenientes, dentre outras fontes, “de contribuição feita em decorrência de condição estabelecida na legislação tributária para fruição de benefício ou incentivo fiscal, de acordo com o inciso II do **caput** do art. 9º.”

Por sua vez, o inciso II do **caput** do art. 9º, ainda da referida Lei nº 14.469/2003, autoriza o Chefe do Poder Executivo a “condicionar a fruição de benefício ou incentivo fiscal, concedido por meio de lei estadual, à contribuição para o Fundo de que trata esta Lei correspondente ao percentual de até 15% (quinze por cento) aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com aplicação da tributação integral e o calculado com utilização de benefício ou incentivo fiscal.”

E nesse passo, sobrepujante consignar inexistir qualquer ranço de ilegalidade ou irregularidade na disciplina normativa estadual quanto a essa contribuição, conquanto amparada em matriz constitucional, solidificada no **caput** do art. 82 do ADCT.

Endossando essa hermenêutica, a jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça, **ad exemplum**:

“1. A Lei Estadual nº 14.469/2003 autoriza em seu artigo 9º, inciso II, que o Chefe do Poder Executivo condicione a fruição de benefício ou incentivo fiscal, concedido por meio de lei estadual, à contribuição para o fundo Protege, correspondente ao percentual de 15% (quinze por cento) aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com aplicação da tributação integral e o calculado com utilização de benefício ou incentivo fiscal. Tal sistemática encontra respaldo no art. 42 do Código Tributário do Estado de Goiás, de modo que, a princípio, não exsurge nenhuma ilegalidade em se exigir a contribuição para o fundo Protege como condição para que o interessado possa fruir do benefício ou incentivo fiscal. (...)”

(TJGO, AI 5167186-35.2022.8.09.0011, Relator Desembargador Guilherme Gutemberg Isac Pinto, 5ª Câmara Cível, julgado em 24.06.2022, DJe de 24.06.2022). Grifo nosso

Sobreleva notar que as receitas provenientes de contribuição ou doação são efetuadas de forma espontânea pelos contribuintes e pelas pessoas jurídicas interessadas em apoiar financeiramente os programas sociais que compõem a Rede de Proteção Social do Estado de Goiás, para que, em contrapartida, o Chefe do Poder Executivo conceda-lhes benefício ou incentivo fiscal, nos termos previstos na Lei nº 14.469/2003, instituidora do Fundo Protege Goiás.

A despeito disso, o Excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 4481, entendeu pela inconstitucionalidade da concessão de benefícios fiscais sem a existência de prévio convênio interestadual.

Corroborando o quanto afirmado, cito ementa do julgado paradigma, **in verbis**:

I. Tributário. Lei estadual que institui benefícios fiscais relativos ao ICMS. Ausência de convênio interestadual prévio. Ofensa ao art. 155, § 2º, XII, g, da CF/88. II. Controle de constitucionalidade. Modulação dos efeitos temporais. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, § 2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento. (ADI 4481, Relator Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 11.03.2015, Processo Eletrônico DJe-092, Divulg 18.05.2015, Public 19.05.2015).

Nessa linha intelectual, por força da Lei Complementar Federal nº 160/17, os Estados e o Distrito Federal foram autorizados, mediante convênio, a deliberar sobre a remissão dos créditos tributários decorrentes dos benefícios fiscais e a reinstituição destes, facultando-se ao poder concedente revogar, modificar ou reduzir o seu alcance, nos seguintes termos:

Art. 1º Mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar no 24, de 7 de janeiro de 1975, os Estados e o Distrito Federal poderão deliberar sobre:

I - a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar;

II - a reinstituição das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais referidos no inciso I deste artigo que ainda se encontrem em vigor.

Art. 3º O convênio de que trata o art. 1º desta Lei Complementar atenderá, no mínimo, às

seguintes condicionantes, a serem observadas pelas unidades federadas:

§ 4º A unidade federada concedente poderá revogar ou modificar o ato concessivo ou reduzir o seu alcance ou o montante das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais antes do termo final de fruição.

Nesse contexto é que foi editada a Lei nº 20.367, de 11.12.2018, que “dispõe sobre a reinstituição dos incentivos, dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais e das isenções relativos ao ICMS”, que no seu art. 3º, assim estabelece, **in verbis**:

Art. 3º Os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, com fundamento no disposto no § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, e no Convênio ICMS 190/17, de 15 de dezembro de 2017, especificados:

I – na Lei nº 13.246, de 13 de janeiro de 1998, ficam reinstituídos, com alterações, ficando a fruição condicionada à contribuição para o Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás – Protege Goiás, instituído pela Lei nº 14.469, de 16 de julho de 2003, no percentual até 15% (quinze por cento) aplicado sobre o valor do benefício;

Por sua vez, no Anexo Único da Lei 20.367/2018 está incluído o Decreto nº 4.852/1997, no bojo do qual está previsto o benefício fiscal usufruído pela impetrante, em seu Anexo IX, alcançado pela novel lei.

Preceitua o artigo 1º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/1997 que os benefícios fiscais, a que se referem os artigos 83 e 84 do RCTE são disciplinados pelas normas contidas no Anexo IX. A exigência da contribuição ao Protege está prevista no § 3º do artigo 1º do Anexo IX do RCTE, dispositivo que possui a seguinte redação:

Art. 1º.....

(...)

§ 3º A utilização dos benefícios fiscais contidos nos seguintes dispositivos deste Anexo é condicionada a que o contribuinte contribua para o Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás – Protege Goiás, no valor correspondente ao percentual aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com aplicação da tributação integral e o calculado com utilização de benefício fiscal (Lei nº 14.469/03, art. 9º, II e § 4º): (Redação conferida pelo Decreto nº 8.631 - vigência: 01.03.16)

Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

(...)

LXI - para a pessoa jurídica integrante de grupo econômico, relativamente à operação com produto de fabricação própria, observado o disposto no § 29º deste artigo e no § 4º do art. 8º do Anexo IX (Lei nº 17.442/11, art. 3º, II, e art. 7º), o equivalente à aplicação do percentual:

(...)

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade da cobrança da contribuição para o fundo Protege como condição para fruição do benefício do produtor, porquanto a própria LC nº 160/2017 que autorizou a reinstituição dos benefícios, também permitiu a modificação do ato concessivo do benefício antes do término de sua fruição.

Por outro lado, não há conflito de normas entre a Lei nº 14.469/2003, norma geral que dispõe

sobre o Fundo Protege Goiás, que estabelece seu objetivo, fonte de recursos, utilização, e a Lei nº 20.367/2018, que trata especificamente da reinstituição dos benefícios fiscais, porquanto aquela, tanto no art. 7º, inciso II, como no art. 9º, inciso II, já autoriza o Chefe do Poder Executivo, de acordo com a discricionariedade, condicionar a fruição do benefício à contribuição para o fundo. Ademais, deve prevalecer as disposições da Lei nº 20.367/2018, que trata de forma específica sobre a reinstituição dos benefícios fiscais.

Não custa reiterar que a contribuição ao Protege Goiás é voluntária aos interessados em apoiar os programas sociais do Governo estadual e não uma imposição a todos contribuintes do ICMS, mas somente àqueles que optarem pela utilização do incentivo fiscal que lhes for concedido.

Portanto, a contribuição é facultativa e não compulsória, mesmo porque a ausência do seu pagamento implica somente na perda do direito de utilizar do benefício, não possuindo, assim, natureza tributária, razão pela qual não mereça acolhida o pleito subsidiário, onde se pleiteia a observância ao princípio da anterioridade.

Em outras palavras, a apelante, ao promover a circulação de mercadoria, com geração de crédito e débito de ICMS, pode optar por pagar a contribuição e usufruir do benefício fiscal ou por não quitar a contribuição e recolher o ICMS de forma integral.

Repercutindo esse mote, reiteradamente esta egrégia Corte Goiana vem se manifestando, **ad exemplum**:

“Apelação cível. Mandado de segurança. Legitimidade ativa configurada. Fundo de combate à fome e erradicação da pobreza (Protege) - adicional de 15% na alíquota do ICMS - adequação da legislação estadual com o ordenamento jurídico - Ausência de caráter compulsório da contribuição - Benefício fiscal - Legalidade na cobrança do tributo - Manutenção da sentença. 2. A fim de regulamentar a Lei nº 19.261/2016, o Estado de Goiás editou o Decreto Estadual nº 8.856/2016, majorando a alíquota aplicada para 15% (quinze por cento), alterando a redação do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, em observância ao comando do artigo 82, **caput**, do ADCT da CF/1988, que não exige lei complementar para a criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, atendendo, assim, ao princípio da legalidade. 3. A fruição do benefício da redução da base de cálculo está atrelada a uma contrapartida por parte do contribuinte, em sendo assim, ao deixar de recolher a alíquota exigida pela autoridade fiscal, o contribuinte se sujeita tão somente a perda do benefício fiscal, inexistindo qualquer exigência de pagamento compulsório dos valores. Apelação conhecida e desprovida.” (TJGO, AC 5179178-43.2017.8.09.0051, Relator Jeova Sardinha de Moraes, 6ª Câmara Cível, julgado em 19.12.2018, DJe de 19.12.2018). Grifo nosso.

Disso sobressai que a contribuição devida ao Protege como contraprestação ao usufruto de benefícios fiscais (prevista no inciso II do art. 7º da Lei nº 14.469/2003) não guarda relação com a superfluidade do produto ou serviço sujeitos ao recolhimento de ICMS, a qual configura requisito do adicional de 2% à alíquota do ICMS (previsto no art. 7º, inciso XII, da Lei nº 14.469/2003).

E mais, se outrora discutia-se se referido fundo dependia de lei ordinária ou lei complementar para sua instituição, com o advento da Emenda Constitucional nº 42/2003 (artigo 4º), convalidou-se todos os fundos de combate à fome e erradicação da pobreza, nos termos em que instituídos, ainda

que os acréscimos (adicionais de alíquota) estivessem em discordância com o estabelecido na EC nº 31/2000, daí porque, também neste ponto, irrelevante a tese do apelante.

E assim afirmo porque esta e. Corte de Justiça consolidou majoritariamente sua jurisprudência pela constitucionalidade da Lei Estadual nº 14.469/2003 e, por conseguinte, da instituição do Fundo Protege, considerando que as disposições transitórias da Constituição não exigem dos entes federados a criação do aludido fundo por Lei Complementar.

Essa compressão veio na esteira do quanto foi decidido na ADIn nº 2.869/RJ, sob a relatoria do Ministro Carlos Britto, do Supremo Tribunal Federal, ao assentar que “o art. 4º da Emenda Constitucional nº 42/2003 validou os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal, ainda que estes estivessem em desacordo com o previsto na Emenda Constitucional nº 31/2000” (in DJ de 13.05.2004).

Endossando o quanto afirmei, reproduzo o seguinte precedente:

“Duplo grau de jurisdição. Ação de rito ordinário. Instituição e Regulamentação de Programa de Incentivo Fiscal Protege Goiás. Fundo de proteção social do estado de goiás para combate e erradicação da pobreza. Desnecessidade da instituição por lei complementar. Convalidação pelo art. 4º da EC nº 42/2003. Adicional de 2% na alíquota do ICMS sobre operação com álcool etílico hidratado combustível. Sentença mantida. 1. O Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás (Protege Goiás) foi instituído pela Lei Estadual nº 14.469, de 16 de julho de 2003, visando o combate à fome e erradicação da pobreza, com receita derivada do adicional de 2% (dois por cento) sobre a alíquota de ICMS, para atender ao comando inserido no artigo 82, **caput**, do ADCT da CF/1988. 2. As disposições transitórias da Constituição não exigiam dos entes federados a criação do aludido fundo por Lei Complementar, bem assim o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento segundo o qual todos os Fundos criados sob a égide da EC nº 31/2000 foram convalidados pelo artigo 4º da Emenda Constitucional nº 42/2003. 3. (...). 6. Remessa necessária conhecida e desprovida. (TJGO, RN 5466658-41.2018.8.09.0051, Relator Desembargador Guilherme Gutemberg Isac Pinto, 5ª Câmara Cível, julgado em 07.02.2022, DJe de 07.02.2022). Grifo nosso.

E aqui importa esclarecer que o entendimento anteriormente firmado na Arguição de Inconstitucionalidade nº 111090.02.2014.8.09.0000, julgada pela Corte Especial deste Tribunal de Justiça, refere-se ao adicional de 2% (dois por cento) sobre a alíquota de ICMS, não guardando relação com a matéria em questão (contribuição devida ao Protege por beneficiários de incentivos fiscais).

E ainda que assim não fosse, bem sabemos que o incidente de arguição de inconstitucionalidade constitui-se em uma forma de controle difuso de constitucionalidade, de tal sorte que os efeitos da decisão nele lançada se operam unicamente entre as partes contendoras no processo, não produzindo efeitos **erga omnes**, como sugere a recorrente.

Nesse contexto, inexistente direito líquido e certo da empresa apelante à fruição dos benefícios fiscais sem que realize o pagamento da contribuição de custeio ao Fundo Protege Goiás, nos termos do art. 7º, **caput**, inciso II c/c o art. 9º, **caput** e inciso II da Lei nº 14.469/2003.

Ademais, importa registrar que no ato da celebração do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) nº 196-15-GSF, a empresa recorrente anuiu com a cláusula contratual que previa a

obrigatoriedade de observância aos normativos legais em vigor, sob pena de denúncia do instrumento. A propósito, a cláusula oitava do referido instrumento vem assim redigida:

Cláusula Oitava. A concessão deste regime especial não exclui a obrigatoriedade da ACORDANTE de cumprir as demais obrigações, quer principal ou acessórias, previstas na legislação em vigor e a inobservância das condições estabelecidas em quaisquer de suas cláusulas, implicará a denúncia imediata do presente termo de acordo, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Não fosse o bastante, o contrato estabeleceu a possibilidade de alteração ou revogação do regime especial de que trata o termo de acordo, a depender do interesse da Administração Fazendária, conforme registrado em sua cláusula décima, senão vejamos:

Cláusula Décima. O regime especial de que trata o presente termo de acordo é concedido até 31 de dezembro de 2031, podendo a SECRETARIA alterá-lo, revogá-lo ou suspendê-lo no interesse da Administração Fazendária e no caso em que a ACORDANTE tiver débito inscrito em dívida ativa ou a sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado suspensa.

§ 1º A alteração, revogação ou suspensão do termo de acordo especial entra em vigor na data: (...)

III – da cientificação da ACORDANTE do ato que determinou a alteração, revogação ou suspensão, mediante a adoção de um dos seguintes procedimentos, sem benefício de ordem, e caso se adote mais de um, o que ocorrer primeiro:

a) publicação do ato no Diário Oficial do Estado; (destaquei)

Vale consignar que não consta nos autos qualquer elemento indicando que a empresa recorrente impugnou as cláusulas contratuais acima referenciadas.

Nesse contexto, se quando do ato da celebração do TARE, a empresa apelante nada manifestou acerca da possibilidade da alteração ou revogação do regime especial ali consignado, conforme interesse da Administração Fazendária, não afigura-se me possível invocar o art. 178 do CTN e o princípio da segurança jurídica para assegurar sua pretensão, notadamente por meio da ação constitucional de mandado de segurança, como se dá na espécie.

Como mencionado linhas volvidas, consabido que o mandado de segurança é regido por procedimento especial, o qual demanda a apresentação de prova pré-constituída do direito alegado, também compreendendo-se por direito incontroverso.

Ora, no caso em tratativa, os elementos coligidos aos autos não me permitem aferir, de plano, o direito líquido e certo alegado, sem olvidar que eventual discussão acerca da validade das cláusulas contratuais do termo de acordo livremente estabelecido entre as partes comporta discussão, em tese, em ações de natureza declaratória.

Logo, merece ser afastada, de igual forma, a alegação de violação ao artigo 178 do Código Tributário Nacional ou à Súmula 544 do Supremo Tribunal Federal. A uma, porque a possibilidade de alteração/revogação do regime especial concedido à empresa apelante constou do TARE nº 196/15-GSF, cuja cláusula não foi até o momento por ela impugnada. A duas, conforme bem observado pelo órgão ministerial de cúpula, “porque a contribuição ao Protege não configura imposição de nova condição para continuidade do benefício fiscal, consubstanciando, tão somente, a restituição de

obrigação imposta por força da Lei nº 14.469/2003, em razão da benesse outorgada anteriormente à sua antecessora”.

De fato, converge ao quanto aqui exposto o judicioso parecer exarado pela D. Procuradoria-Geral de Justiça, de onde extraio os seguintes excertos, alinhado à ampla receptividade da fundamentação por remissão nas Cortes Superiores, **verbo ad verbum**:

21. De fato, não há surpresa, pois a necessidade da contribuição ao fundo Protege no caso de benefícios de incentivos fiscais decorre de imperativo normativo contido expressamente na Lei Estadual nº 14.469/2003, no art. 7º, II, que assim dispõe:

Art. 7º Os recursos do Fundo Protege Goiás são provenientes:

II - de contribuição feita em decorrência de condição estabelecida na legislação tributária para fruição de benefício ou incentivo fiscal, de acordo com o inciso II do **caput** do art. 9º;

Art. 9º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a:

II - condicionar a fruição de benefício ou incentivo fiscal, concedido por meio de lei estadual, à contribuição para o Fundo de que trata esta Lei correspondente ao percentual de até 15% (quinze por cento) aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com aplicação da tributação integral e o calculado com utilização de benefício ou incentivo fiscal;

22. No caso em exame, como apontado pelo contestante e confirmado pela própria impetrante em sua peça inicial, os TAREs nº 196/2015 e 021/2017, firmados por ela com o Estado de Goiás “trataram apenas de dar continuidade à concessão de benefícios fiscais de ICMS, já anteriormente concedido pelo Estado de Goiás ao mesmo negócio por meio do Termo de Acordo de Regime Especial nº 001-019/2012-GSF (“TARE nº 019/12”), assinado pelo Grupo Hypermarcas em 28 de fevereiro de 2012, nos termos da Lei nº 17.442/11”. 23. E no acordo originário, sucedido pela apelante por força do disposto nos §§ 2º e 4º do art. 1º, a Lei nº 17.442/20114, já vigorava a condição da fruição do benefício creditício a que faz jus o pagamento de contribuição ao Fundo Protege, nos termos então autorizados pela Lei Estadual nº 14.469/2003, **verbis**:

Art. 9º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a:

(...)

II - condicionar a fruição de benefício ou incentivo fiscal, concedido por meio de lei estadual, à contribuição para o Fundo de que trata esta Lei correspondente ao percentual de até 5% (cinco por cento) aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com aplicação da tributação integral e o calculado com utilização de benefício ou incentivo fiscal;

24. Portanto, quando celebrado o TARE nº 019/2012 (transmitido à recorrente), que se deu na vigência da legislação acima transcrita, era autorizado ao Executivo condicionar a fruição do benefício fiscal ao recolhimento da contribuição em discussão, conforme expressamente previsto.

25. De fato, posteriormente, por força do Decreto Estadual nº 8.349/2015, houve a suspensão temporária da exigência da contribuição discutida aos beneficiários de termos de acordo em regime especial, o que foi “revogado” pelo Decreto Estadual nº 9.294/2018, ora discutido,

restabelecendo-se a obrigatoriedade de contribuição ao Fundo Protege, em qualquer situação, como condição para manutenção e fruição dos benefícios fiscais.

26. Desse modo, não há que se falar em cobrança surpresa, uma vez que o pagamento de tal contribuição estava previsto na lei acima transcrita a que se submetem todos os TAREs, e a impetrante tinha ciência de sua obrigatoriedade em contribuir com o Protege, tendo sido beneficiada temporariamente com o não recolhimento por força do Decreto Estadual nº 8.349/2015.

27. Nota-se, assim, que a contribuição Protege constitui mera condicionante à fruição de benefícios fiscais no Estado de Goiás, que é de adesão facultativa, e o não pagamento da verba não enseja a cobrança por meio de execução fiscal, mas, tão somente, a perda do incentivo creditício, logo sem natureza tributária.

28. Posto isso, também não caracterizada lesão ao disposto no art. 178 do Código Tributário Nacional ou à Súmula 544 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que não se vislumbra a imposição de nova condição para continuidade do benefício fiscal da recorrente, mas apenas a restituição de obrigação imposta por força da Lei nº 14.449/2003, quando outorgado à sua antecessora o benefício.

29. Aliás tais dispositivos sequer caberiam invocação para a questão agora discutida, uma vez que a contribuição ao Protege como condição de fruição de benefício fiscal sequer tem caráter tributário, sendo o seu pagamento facultativo, imposto somente àqueles que intentam manter-se com as vantagens a eles atribuídas, uma contrapartida, uma vez que igualmente facultativa a adesão aos benefícios fiscais como dito acima.

(...)

31. Por tudo isso, imprópria a irresignação da apelante pois não caracterizada nenhuma ilegalidade no restabelecimento do pagamento da contribuição em discussão, pelas razões ditas acima.

(...)

32. E quanto à arguição de inconstitucionalidade do adicional Protege, também levantada pela recorrente como pedido secundário, o entendimento contemporâneo desse Tribunal de Justiça é no sentido de que a inexistência de lei complementar não inviabiliza o exercício da competência tributária dos Estados. Assim sendo, em havendo a previsão expressa na Constituição Federal para a criação do Fundo Protege para a erradicação da pobreza, consoante art. 82, § 1º, VII (inserido pela Emenda Constitucional nº 42/2003), própria a tributação pelo Estado.

33. O fundo Protege foi instituído no âmbito desse Estado ainda no ano de 2003 (por meio da Lei Estadual nº 14.469/2003), ou seja, há mais de 17 (dezessete) anos, em atendimento ao comando inserido no artigo 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, incluído pela EC nº 31, de 14 de dezembro de 2000:

(...)

34. Ele ostenta natureza orçamentária, destinando-se a provisionar recursos financeiros às unidades administrativas executoras de programas sociais que compõem a Rede de Proteção

Social do Estado de Goiás e é mantido, entre outras receitas, por meio do adicional de até 2% na alíquota do ICMS sobre produtos e serviços supérfluos, como disposto no art. 82, § 1º, ADCT, com redação dada pela EC nº 42, de 19 de dezembro de 2003:

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição.

35. Efetivamente referida matéria foi apreciada por esse Tribunal de Justiça em 14 de outubro de 2015, em controle difuso, quando houve o reconhecimento da inconstitucionalidade formal das Leis Estaduais nº 15.505/2005, nº 15.921/2006, nº 15.945/2006 e nº 19.925/17.

36. Entretanto, em julgamento recente promovido pelo Órgão Especial desse Tribunal de Justiça realizado no dia 22.06.2022, na arguição de inconstitucionalidade nº 5412684-89.2018.8.09.0051, de relatoria do eminente Desembargador Delintro Belo de Almeida, foi reconhecida a constitucionalidade da instituição do Fundo Protege no âmbito do Estado de Goiás, nos seguintes termos:

Arguição de inconstitucionalidade de lei. Lei estadual nº 19.925, de 27 de dezembro DE 2017. Regulação do Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás – Protege Goiás. Desnecessidade de lei complementar. 1. A Lei estadual nº 19.925/2017, atualizou as regras descritas no artigo 27, § 5º, do Código Tributário Estadual de Goiás (Lei nº 11.651/91), que tratam da aplicação do acréscimo percentual de 2% (dois por cento) sobre a alíquota do ICMS, incidente sobre as operações constantes no Anexo VII do CTE, a fim de angariar recursos para a manutenção do fundo de proteção social goiano, denominado de Protege. 2. A norma prevista no § 1º do artigo 82 do ADCT não impõe que a instituição dos Fundos de Combate à Pobreza pelos Estados, Distrito Federal e Municípios ocorra por meio de Lei complementar, na medida em que a Suprema Corte, reconhecendo a inércia da União em regulamentar a formação do fundo de combate à pobreza, declarou a legalidade da legislação estadual que, destinando-se a cumprir o mandamento constitucional de redução de desigualdades, conferiu concretude ao artigo 82 do ADCT, desde que não contrarie as EC nº 33/2001 e 42/2003, até que sobrevenha a Lei Complementar Federal. 3. Resta imperativa a permissão para a cobrança do adicional de 2% (dois por cento) na alíquota do ICMS sobre os produtos relacionados no Anexo VII do CTE, uma vez que admitida a sua instituição por lei ordinária até a providência da Lei Complementar federal (EC nº 42/03, artigo 40). 4. Diante desse cenário, não há que se falar em inconstitucionalidade da Lei estadual nº 19.925, de 27 de dezembro de 2017, por se tratar de lei ordinária, uma vez que o artigo 4º da Emenda Constitucional nº 42/2003 validou os Fundos de Combate à Pobreza, que foram criados pelos Estados, como é o caso desse diploma legal. Arguição de inconstitucionalidade de lei julgada improcedente.

37. Além disso, o provimento corrobora a compreensão externada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do agravo regimental interposto no Pedido de Suspensão de Tutela Provisória nº 107, formulado pelo Estado de Goiás e deferido pelo então Presidente

do STF, Dias Tóffoli, para obstar os efeitos da decisão prolatada no Agravo de Instrumento nº 5016681-41.2017.8.09.0000, que confirmou o provimento liminar deferido na Ação Ordinária nº 0001771-72.2016.8.09.0051, que tem objeto correlato, **in verbis**:

Agravo regimental em suspensão de segurança. Adicional de ICMS criado por Estado para financiamento do respectivo Fundo de Combate à Pobreza (art. 82, § 1º, do ADCT). Validade da legislação estadual naquilo em que não conflitar com as EC nºs 33/2001 e 42/2003 até que sobrevenha a lei complementar federal. Ofensa à ordem e economia públicas. Efeito multiplicador. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

1. É plausível a tese de que a legislação estadual concernente ao Fundo de Combate à Pobreza naquilo em que não conflitar com as EC nºs 33/2001 e 42/2003 vigora até a edição de lei complementar federal. Precedentes (ACO nº 1.039/MS e ADI nº 5.733/AM).

2. O interesse público primário, manifesto por meio da realização de políticas públicas voltadas ao bem comum, requer instrumentos financeiros para sua efetivação e justifica o deferimento do pedido de suspensão para se manter a cobrança dos adicionais nas espécies. 3. Agravo regimental não provido. (STF, Tribunal Pleno, STP 107 AgR/GO, Relator Ministro Dias Tóffoli, publ. 06.12.2019).

38. Portanto, o STF entendeu pela validade da legislação estadual que instituiu a criação de adicional de ICMS para o Fundo de Combate à Pobreza, naquilo que não conflitar com as Emendas Constitucionais nº 33/2001 e nº 42/2003, até que sobrevenha a lei federal complementar prevista no art. 82, § 1º, do ADCT.

Nesse cenário, não há se falar na inconstitucionalidade formal da Lei nº 14.469/2003, conquanto prescindível lei complementar para instituição do Protege.

Por consequência, deve ser reconhecida a constitucionalidade e legalidade tanto do adicional de 2% sobre alíquota de ICMS, previsto no art. 27, § 5º, do Código Tributário Estadual, como também da contribuição de beneficiários dos programas de incentivo fiscal ao Protege no percentual de 15%, calculado nos termos da lei.

Destarte, não demonstrado o direito líquido e certo sustentado pela apelante, não merece censura a sentença vergastada.

Em asserção derradeira, por não possuir a referida contribuição natureza tributária, consoante assentado alhures, não merece acolhida o pleito subsidiário.

Ao teor do exposto, conheço da apelação cível, e nego-lhe provimento, mantendo a sentença fustigada tal qual lançada, por estes e seus próprios fundamentos.

Em razão do provimento do apelo, deixo de majorar os honorários recursais.

Desde já e independente do transcurso do prazo recursal, determino que a Secretaria desta Câmara promova a baixa do feito do acervo desta Relatoria.

É o voto.

Goiânia, 10 de agosto de 2023.

F. A. de Aragão Fernandes - Relator

Apelação Cível nº 5637172.56.2020.8.09.0051

5ª Câmara Cível

Comarca de Goiânia

Apelante: Uber do Brasil Tecnologia Ltda

Apelado: Herculano Leão de Macedo Neto

Relator: Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MOTORISTA UBER. EXCLUSÃO DA PLATAFORMA. DENÚNCIAS DE ASSÉDIO, AUTONOMIA PRIVADA. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. SENTENÇA REFORMADA.

I - Conforme demonstrado em sede de contestação, foram realizadas 03 (três) notificações dirigidas ao motorista em razão dos descumprimentos aos termos de uso do aplicativo, razão pela qual, falta com a verdade o Autor ao alegar, reiteradamente, ter sido surpreendido com o bloqueio de sua conta perante a plataforma.

II - Sendo empresa do ramo privado, a plataforma Uber está amparada pela livre iniciativa e liberdade econômica, razão pela qual não se mostra pertinente que, em sede judicial, a seja compelida a permanecer com determinada “parceria” que não se mostra favorável às suas próprias atividades, mormente quando se considera a inexistência de contrato que garanta qualquer tipo de estabilidade aos motoristas cadastrados.

III - Eventual discussão acerca da veracidade de denúncias feitas pelas vítimas de assédio não se presta a esta instância recursal, mormente quando se considera a vulnerabilidade técnica e social em que se encontram submetidas as mulheres vítimas de tais condutas.

VI - RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 5637172-56.2020.8.09.0051.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Terceira Turma Julgadora de sua 5ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer da Apelação Cível e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Votaram acompanhando o Relator os Excelentíssimos Desembargadores Marcus da Costa Ferreira e Maurício Porfírio Rosa.

Presidiu a sessão de julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Maurício Porfírio Rosa.

Esteve presente o Procurador Geral de Justiça o Doutor Osvaldo Nascente Borges.

(Datado e assinado em sistema próprio).

Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível (mov. nº 45), interposta por Uber do Brasil Tecnologia Ltda, diante da sentença de mov. nº 32, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 29ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por Herculano Leão de Macedo Neto.

Por oportuno, empós traslado do respectivo édito judicial proferido, **ad litteris et verbis**:

(...) Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos autorais, resolvendo o mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de: i) determinar à requerida que proceda ao recadastramento do autor na plataforma Uber, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária a ser fixada; ii) condenar a requerida a pagar ao autor, a título de indenização por dano moral a quantia de R\$3.000,00 (três mil reais), sobre os quais incidirão correção monetária pelo INPC a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros de mora legais (1% a.m.), contabilizados a partir da citação, nos termos do art. 406 do CC. Havendo sucumbência recíproca entre o autor e a requerida, condeno-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, tendo em vista a natureza da demanda e o labor dela decorrente, nos termos do art. 85, § 2º e art. 86, do CPC, de exigibilidade suspensa em relação ao autor na forma do art. 98, § 3º, CPC.

Em suas razões recursais, o Apelante, ora Uber do Brasil S/A, suscita a ausência de relação de consumo entre as partes, porquanto (...) o Apelado utiliza a plataforma como meio para exercício de sua atividade de transporte de pessoas e, nesse contexto, jamais pode ser considerado destinatário final de serviço.

A seguir, defende o desacerto da sentença, visto que, a conta do Apelado perante a plataforma Uber foi desativada em razão da violação aos Termos e Condições, diante dos diversos relatos negativos recebidos de usuários em razão de condutas inadequadas do motorista.

Verbera que (...) e a Uber agiu dentro de seu direito ao proceder com a desativação do motorista perante a plataforma, vez que este descumpriu com as suas diretrizes, bem como com o que estabelece a legislação reguladora do serviço de transportes, não havendo necessidade de notificação prévia, conforme previsão dos Termos e Condições.

Aduz que o motorista foi notificado diversas vezes sobre sua conduta, bem como a possibilidade de desativação da conta.

A seguir, juntou telas de *printscreen* que demonstram os relatos de assédio realizados por usuárias da plataforma.

Verbera que (...) o D. Magistrado “a quo” desconsiderou os relatos graves sobre o Apelado, afirmando que os “prints” apresentados estão totalmente ilegíveis.

Aduz que (...) são incontáveis relatos graves, de condutas inadmissíveis na plataforma. Observem também que os avisos não surtiram efeito nas condutas do Recorrido, ocasião em que a Uber procedeu com a desativação de seu cadastro de forma MOTIVADA.

Diante disso, defende a impossibilidade de reativação da conta do usuário, com afinco na liberdade de contratação e autonomia privada.

Insurge-se diante da condenação em danos morais, porquanto (...) o Apelado não se preocupou, em momento algum, em demonstrar que sofreu os “eventuais” danos que alega na inicial, mesmo porque, em se tratando de danos de natureza moral, estes não existiram, não podendo ser reparados.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da sentença a fim de julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Subsidiariamente, pugna pela redução da condenação e danos morais e, ainda, o afastamento dos juros de mora.

Contrarrazões do Autor/Apelado no movimento nº 51.

Preparo recursal no movimento nº 45.

A seguir, vieram-me conclusos (mov. nº 57).

É o relatório.

À Secretaria da 5ª Câmara Cível para as providências de praxe (art. 931 c/c 934 do Novo Código de Processo Civil).

(Datado e assinado em sistema próprio).

Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto - Relator

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Apelação Cível (mov. nº 45), interposta por Uber do Brasil Tecnologia Ltda, diante da sentença de mov. nº 32, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 29ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por Herculano Leão de Macedo Neto.

Por oportuno, empós traslado do respectivo édito judicial proferido, **ad litteris et verbis**:

(...) Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos autorais, resolvendo o mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de: i) determinar à requerida que proceda ao recadastramento do autor na plataforma Uber, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária a ser fixada; ii) condenar a requerida a pagar ao autor, a título de indenização por dano moral a quantia de R\$3.000,00 (três mil reais), sobre os quais incidirão correção monetária pelo INPC a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros de mora legais (1% a.m.), contabilizados a partir da citação, nos termos do art. 406 do CC.

Havendo sucumbência recíproca entre o autor e a requerida, condeno-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, tendo em vista a natureza da demanda e o labor dela decorrente, nos termos do art. 85, § 2º e art. 86, do CPC, de exigibilidade suspensa em relação ao autor na forma do art. 98, § 3º, CPC.

Em suas razões recursais, o Apelante defende o desacerto da sentença, visto que, a conta do Apelado perante a plataforma Uber foi desativada em razão da violação aos Termos e Condições, diante dos diversos relatos negativos recebidos de usuários em razão de condutas inadequadas do motorista.

Verbera que (...) e a Uber agiu dentro de seu direito ao proceder com a desativação do motorista perante a plataforma, vez que este descumpriu com as suas diretrizes, bem como com o que estabelece a legislação reguladora do serviço de transportes, não havendo necessidade de notificação prévia, conforme previsão dos Termos e Condições.

Aduz que (...) são incontáveis relatos graves, de condutas inadmissíveis na plataforma. Observem também que os avisos não surtiram efeito nas condutas do Recorrido, ocasião em que a Uber procedeu com a desativação de seu cadastro de forma MOTIVADA.

Insurge-se diante da condenação em danos morais, porquanto (...) o Apelado não se preocupou, em momento algum, em demonstrar que sofreu os “eventuais” danos que alega na inicial, mesmo porque, em se tratando de danos de natureza moral, estes não existiram, não podendo ser reparados.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da sentença a fim de julgar improcedentes os pedidos iniciais.

2. Mérito.

Cinge-se a controvérsia posta sob apreciação desta instância revisora no inconformismo da Requerida, Uber do Brasil Tecnologia Ltda, diante da sentença que determinou a reintegração do Autor, ora Apelado, à condição de motorista da plataforma, bem como, arbitrou indenização por danos morais no importe de R\$3.000,00 (três mil reais).

Neste linear, a irresignação da Apelante reside no argumento de que a exclusão do Autor perante a plataforma ocorreu de maneira motivada, após previa notificação, em razão de denúncias de assédio perpetradas por passageiras durante viagens realizadas junto ao referido motorista.

Desta feita, imperioso ressaltar que, em sede de contestação, a Requerida Uber acostou aos autos relatos de passageiras que narram os assédios enfrentados durante as viagens com o referido motorista – vide mov. 09, arquivo 01, páginas 15 a 18 (“Anexo I”):

“No trajeto pra minha casa o motorista me perguntou várias vezes se eu estava bêbada ou com sono, me elogiou dizendo que eu era linda, me perguntou inclusive sobre o meu estado civil (se eu tinha namorado)”

“Fui assediada pelo motorista, fique extremamente constrangida, ficou me chamando de gata e me falando várias coisas que não achei apropriado. Não gostei nem um pouco da atitude do motorista e me senti insegura durante a viagem”

“Me senti insegura e constrangida. Com várias perguntas pessoais e elogios. Mesmo sendo seca, ele persistia nas perguntas, onde trabalha, com o que, se já havia almoçado, se estava indo pra casa. Depois elogiou dizendo que eu era muito bonita.”

Além disso, Apelante suscitou que, segundo o próprio Código de Condutas, a plataforma Uber possui o direito de rescindir o contrato, unilateralmente, diante de nítida violação aos termos estipulados entre as partes, sobretudo quando se tratam de casos alusivos à violência e assédio. Veja-se:

“Você pode perder o acesso total ou parcial à Plataforma da Uber se não seguir qualquer uma das nossas diretrizes. Isso pode incluir violações dos termos que você aceitou antes de utilizar a plataforma, do Código da Comunidade Uber, políticas da Uber, entre outros, e certos atos que você pode praticar fora da Plataforma da Uber, incluindo, sem restrição, atos que possam ser cometidos em outras plataformas, se determinarmos que esses atos ameaçam a segurança da comunidade Uber, dos nossos empregados e prestadores de serviços ou prejudicam a marca, a reputação ou os negócios da Uber. Se os problemas levantados forem graves ou repetidos, ou se você se recusar a cooperar, poderá perder o acesso à Plataforma da Uber. Qualquer comportamento que envolva violência, má conduta sexual, assédio, fraude, discriminação ou atividade enganosa, ilícita ou que seja prejudicial à segurança de terceiros ao usar a Plataforma da Uber pode resultar na perda imediata do acesso a ela. Além disso, quando houver o envolvimento de autoridades policiais/jurídicas, cooperaremos com a investigação de acordo com as nossas Diretrizes para Autoridades Policiais/Judiciais”.

Somado a isso, convém pôr em relevo que, conforme demonstrado em sede de contestação, foram realizadas 03 (três) notificações dirigidas ao motorista em razão dos descumprimentos aos termos de uso do aplicativo, razão pela qual, falta com a verdade o Autor ao alegar, reiteradamente, ter sido surpreendido com o bloqueio de sua conta perante a plataforma – vide mov. 09, arquivo 01, página 19 (“Anexo I”).

Ademais, sendo a “Uber” empresa privada de crescimento exponencial, resta notório seu interesse econômico em aumentar diariamente a quantidade de motoristas cadastrados no aplicativo, bem como passageiros usuários do serviço, contexto no qual se mostra improvável que tenha havido, sem nenhuma justificativa, a exclusão de um profissional que gerava lucro a cada viagem realizada.

Em outro vértice, não se pode olvidar que, sendo empresa do ramo privado, a plataforma Uber está amparada pela livre iniciativa e liberdade econômica, razão pela qual não se mostra pertinente que, em sede judicial, a seja compelida a permanecer com determinada “parceria” que não se mostra favorável às suas próprias atividades, mormente quando se considera a inexistência de contrato que garanta qualquer tipo de estabilidade aos motoristas cadastrados.

Neste linear, oportuno trazer a lume a lição de Pablo Estolze e Rodolfo Pamplona acerca das 03 (três) vertentes da autonomia privada:

a) a própria liberdade de contratar: em regra, ninguém pode ser forçado a celebrar um negócio jurídico, pois isso importaria em um vício de consentimento a macular a validade da avença. Numa evidente flexibilização de tal regra (o que já mostra que nenhum princípio pode ser encarado seriamente como uma verdade absoluta para toda e qualquer situação, mas sim somente como uma verdade socialmente aceita, enquanto socialmente aceita), o direito

positivo consagrou algumas situações de contratação obrigatória, como, por exemplo, em determinadas modalidades securitárias; b) a mencionada liberdade de com quem contratar: aqui, também, se visualiza uma ressalva, quando se verifica, por exemplo, a ocorrência de um monopólio na prestação de serviços, o que, por outro lado, também é hodiernamente combatido por normas de Direito Econômico, na busca da realização da livre concorrência, princípio constitucional insculpido no art. 170, IV, da Carta de 1988; c) a liberdade de estabelecimento do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar. Da mesma forma, constata-se facilmente uma limitação de tal modalidade no fenômeno do dirigismo contratual, sendo o contrato individual de emprego o exemplo mais evidente disso, uma vez que seu conteúdo mínimo é todo estabelecido, no sistema brasileiro, por normas constitucionais (art. 7º da CF/88) e infraconstitucionais (CLT e legislação complementar). (Manual de Direito Civil: volume único / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho - 6. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 960)

Nesta senda, incontestável a necessidade de que prevaleça, em âmbito privado, as escolhas das partes acerca da celebração – ou não – de determinado contrato, bem como, o direito de ambas a decidir se querem permanecer em determinada relação negocial.

Dito isso, a autonomia privada se compatibiliza com o princípio da intervenção mínima, segundo o qual intervenção estatal perante os contratos privados (dirigismo contratual) deverá ocorrer em situações excepcionalíssimas e, em âmbito judicial, impõe-se ao operador do direito buscar se restringir às demandas de natureza revisional, justamente, em razão da força obrigatória dos contratos (**pacta sunt servanda**).

Acerca da matéria, oportuno trazer a lume a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, nas quais a liberdade da plataforma Uber em suas relações negociais restou amplamente reconhecida. **In verbis**:

Ementa: apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes. Contrato digital de serviços de transporte de passageiros. Uber. Inaplicabilidade da legislação consumerista. Descredenciamento de motorista da plataforma. Apontamento criminal. Descumprimento de regras e políticas de uso do aplicativo. Ônus da prova. Liberdade de contratação de parceiro. Sentença mantida. 1. A relação existente entre o motorista de aplicativo e a plataforma Uber não se trata de relação consumerista, uma vez que nenhum deles pode ser considerado como consumidor. 2. Ao realizar o transporte de passageiro ou mesmo de mercadorias, o motorista do aplicativo está sendo utilizado como meio para uma determinada finalidade, uma vez que há o trabalho mútuo realizado entre duas partes (motorista e plataforma), em que cada uma delas fornece um serviço para o resultado. 3. Ainda que existisse vulnerabilidade em relação à plataforma, o motorista não se enquadra no conceito de destinatário final econômico, pois ao utilizar o aplicativo para realizar viagens ele está gerando lucro e trabalhando em conjunto com o aplicativo, auferindo parte do lucro proveniente daquele trabalho. 4. A controvérsia deve ser analisada sob o aspecto da liberdade contratual, nos moldes do artigo 421, parágrafo único, do Código Civil. 5. O descredenciamento do Apelante, em razão da constatação de ação penal em andamento (apontamento criminal), não configura ato ilícito, especialmente porque trata-se de motivo previsto para rescisão do contrato

estabelecido pelas partes, inexistindo o dever de indenização. (...) Apelação Cível Conhecida e Desprovida. (TJGO, Apelação Cível 5085689-10.2021.8.09.0051, Relatora Desembargadora Doraci Lamar Rosa da Silva Andrade, 7ª Câmara Cível, julgado em 30.09.2022, DJe de 30.09.2022)

Ementa: apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização/lucros cessantes. Cerceamento de defesa não configurado. Contrato digital de serviços de transporte de passageiros por aplicativo. Uber. Regularidade das provas apresentadas em contestação. Descrédenciamento de motorista da plataforma. Regras e políticas de uso do aplicativo. Descumprimento. Dever de indenizar afastado. Sentença confirmada. Verba honorária readequada. (...) 2. A relação estabelecida entre motorista e a empresa que detém o aplicativo digital de transporte de passageiros é de direito civil, consagrado pelos princípios da autonomia da vontade e a liberdade de contratar, nos termos do art. 421, do Código Civil. 3. A manutenção do vínculo com a plataforma digital Uber deve ocorrer nos limites pactuados, em atenção as políticas e diretrizes dos termos e condições estabelecidos pela empresa, sendo lícita a rescisão unilateral do contrato quando houver sua violação pelo motorista. (...) Apelação cível conhecida e desprovida. Verba honorária adequada de ofício. (TJGO, Apelação Cível 5463974-41.2021.8.09.0051, Relator Desembargador Silvânio Divino de Alvarenga, 1ª Câmara Cível, julgado em 30.06.2022, DJe de 30.06.2022)

Feitas as considerações alhures, há de se constatar a necessidade da reforma da sentença, porquanto inviável submeter a plataforma “Uber” à obrigação de reintegrar o motorista.

Além disso, pertinente aos argumentos alçados pelo Autor/Apelado acerca das centenas de viagens realizadas, bem como à nota satisfatória de seu perfil na plataforma e, em outro vértice, irrisórias avaliações feitas pelas referidas passageiras, razão não lhe assiste.

Isso porque, eventual discussão acerca da veracidade de denúncias feitas pelas vítimas de assédio não se presta a esta instância recursal, mormente quando se considera a vulnerabilidade técnica e social em que se encontram submetidas as mulheres vítimas de tais condutas.

Justamente por isso, não há que se falar, também, em acolhimento dos argumentos pertinentes à natureza unilateral das provas produzidas pela plataforma Uber.

Afinal, o Autor/Apelado teve a oportunidade de requerer a elaboração de prova pericial, bem como outras que reputasse pertinente à demonstração da inveracidade dos documentos alçados na peça contestatória, todavia, optou por pleitear o julgamento antecipado da lide.

Nesta senda, há de se constatar que o Requerido/Apelante logrou êxito diante do ônus probatório que lhe incumbia, consoante o artigo 373, II, do Código de Processo Civil: “o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Com efeito, imperioso reconhecer, **mutatis mutandis**, a improcedência dos pedidos iniciais pertinentes à reintegração do motorista na plataforma e, por conseguinte, indenização por eventuais danos supostamente sofridos.

Por fim, considerando a reforma da sentença, mister se faz a inversão do ônus sucumbencial.

3. Dispositivo:

Ante o exposto, conheço da presente apelação cível e provejo-a para, em reforma da sentença, julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais.

Por derradeiro, inverte a responsabilidade pelo pagamento das custas e honorários advocatícios fixados no primeiro grau de jurisdição, a qual se tornará responsabilidade exclusiva do Autor/Apelado, todavia, observada a gratuidade da justiça.

É como voto.

(Datado e assinado em sistema próprio).

Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto - Relator

Apelação Cível nº 5417519.89.2018.8.09.0029

Catalão

Apelante: Enel Distribuição Goiás

Apelado: Ministério Público do Estado de Goiás

Relator: Des. Itamar de Lima

Câmara: 3ª Cível

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COLETIVA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

I - Incidência do CDC. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável no caso em que a empresa é fornecedora e desenvolve atividade de comercialização de serviço de energia elétrica, ofertando este serviço, além de ter firmado contrato de adesão com milhões de consumidores no Estado de Goiás, destinatários finais, situação que se enquadra nos arts. 2º e 3º, do código consumerista.

II - Ingerência do poder judiciário. Possibilidade diante do descumprimento de normas legais. Fornecimento de energia elétrica.

Constatado o descumprimento da legislação por parte da recorrente, por deixar de fornecer energia elétrica aos consumidores do município dentro dos padrões mínimos de continuidade estabelecidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, enseja a ingerência do Poder Judiciário no sentido de restabelecer o equilíbrio entre a concessionária e os consumidores, para que estes não tenham tantos transtornos e prejuízos.

III - Dano moral coletivo configurado. O descaso da concessionária de serviço público que pratica ato abusivo consistente na interrupção prolongada do fornecimento de energia elétrica, essencial à população, em virtude de

precária qualidade da prestação do serviço público, enseja a responsabilização pelo dano moral coletivo.

IV - Proporcionalidade e razoabilidade. Valor mantido. A reparação a título de dano moral deve cumprir a função punitivo-preventiva a que se destina, devendo ser mantido o valor fixado se não mostrar exacerbada.

V - Multa diária (astreintes). Cabimento. Interrupção. Demonstrada a renitência da parte quanto ao cumprimento da decisão judicial, cabe a fixação de multa para a garantia dos direitos dos consumidores. Deve ser mantida a astreinte se no valor fixado foram observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

VI - Limitação. Astreintes. Necessidade. A falta de limitação temporal das astreintes poderá acarretar o enriquecimento ilícito da parte, tornando-se necessário impor uma restrição temporal.

VII - Destinação do dano moral coletivo. Alteração de ofício. O dano moral coletivo deve destinar-se ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor e ao Fundo Municipal de Defesa do Consumidor, em iguais partes, em respeito as normas consumeristas e ao princípio da adstrição ao pedido.

Apelação cível conhecida e parcialmente provida. Sentença reformada. Alteração de ofício da destinação do dano moral coletivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os integrantes da Terceira Turma Julgadora em sessão da 3ª Câmara Cível, à unanimidade, em conhecer a apelação cível e provê-la parcialmente, nos termos do voto do relator. Sentença reformada. Alteração de ofício da destinação do dano moral coletivo.

Votaram com o relator, os Desembargadores Eduardo Abdon Moura e Fernando Braga Viggiano.

Presidiu a sessão, desembargador Itamar de Lima.

Presente o Procurador de Justiça, Dr. José Carlos Mendonça.

Goiânia, 22 de agosto de 2023.

De. Itamar de Lima – Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível (mov. 194), interposta pela Enel Distribuição Goiás, contra sentença (mov. 145), proferida pelo Juiz de Direito da Vara das Fazendas Públicas Municipal e Registros Públicos da Comarca Catalão, Marcus Vinícius Ayres Barreto, nos autos da ação civil pública coletiva com pedido de antecipação de tutela e pedido de indenização por danos materiais e morais individuais e coletivos, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás.

A sentença foi proferida nos seguintes termos:

“Isso posto, julgo parcialmente procedente o pedido, nos termos do art. 487, I do CPC, para compelir a promovida a prestar serviços de energia elétrica de modo eficiente, regular e contínuo, implementando providências necessárias para dirimir os problemas técnicos de distribuição/fornecimento nas unidades consumidoras de Catalão concernentes as oscilações, interrupções, quedas e/ou picos e, no mínimo observar e atender, aos índices estabelecidos pela ANEEL, sob pena de a partir do trânsito em julgado, incorrer em multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser oportunamente revertida mediante lançamentos pro rata nas notas fiscais/faturas de energia das unidades consumidoras catalanas, caso apurado que indicadores globais FEC e DEC estejam em desacordo com as metas fixadas para respectivo período.

Condeno-a também ao pagamento de R\$1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais) a título de dano moral coletivo, que deverá ser atualizado monetariamente pelo INPC a partir da presente data (Súmula nº 362 do STJ) e juros legais de 1% (um por cento) ao mês do primeiro evento danoso registrado (Súmula nº 54 do STJ), i.e., em 25.01.2018 data da formalização da reclamação sobre a má prestação do serviço (cf. Inquérito Civil, fls. 22/24), na forma do art. 406 do Código Civil, mediante lançamentos de crédito pro rata nas notas fiscais/faturas de energia das unidades consumidoras.

E, nos termos do art. 103, III do CDC, condenada ao pagamento pelos danos materiais acarretados aos consumidores a apurar em sede de liquidação.

Para efetividade do julgado, a PROMOVIDA deverá, às suas expensas, publicá-lo em órgãos oficiais e em sua página oficial, pelo prazo de 15 (quinze) dias, a fim de que os interessados possam tomar conhecimento possibilitando, por conseguinte, o ressarcimento material que entenderem devido. (Cf. STJ, REsp: 1887694 RJ).

Custas pela PROMOVIDA sobre o valor atualizado da causa e sem incidência de honorários advocatícios.”

Em suas razões, a apelante alega: que a interferência do Poder Judiciário em atribuição da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) viola a Constituição Federal; a inexistência de dano moral coletivo ou a necessidade de redução do valor da indenização, o qual considera exorbitante; e questiona a aplicação das astreintes ou a necessidade de redução do seu valor.

Argumenta que, para configuração de dano moral coletivo é necessário que a agressão seja grave o suficiente para causar sofrimento e intranquilidade à sociedade como um todo.

Alega que a melhoria no fornecimento de energia elétrica e as ações tomadas pela empresa para resolver os problemas evidenciam que não houve dano moral coletivo ou que, no mínimo, o valor da indenização deve ser reduzido. Aponta que o magistrado de primeiro grau concluiu pela ineficiência do fornecimento de energia com base em documentos elaborados em 2018 e que, passados quase 5 anos, a qualidade evoluiu. Ressalta que os índices DEC e FEC verificados no Município de Catalão estão todos abaixo dos limites anuais previstos no contrato de concessão, o que comprova o atendimento da Apelante as obrigações relativas à melhora no fornecimento de energia elétrica em todo o Estado.

Por fim, discute a aplicação de multa diária (astreintes) em caso de descumprimento da obrigação determinada pela sentença. Reverbera que essa multa seria uma punição duplicada, pois a empresa já está sujeita a penalidades administrativas impostas pela ANEEL. Caso a multa diária seja mantida, argumenta que o seu valor é excessivamente alto e deve ser reduzido com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ressalta que o Ministério Público pediu multa diária (astreintes) de R\$20.000,00 (mov. 1, arq. 6), entretanto, o juízo fixou R\$50.000,00, implicando em sentença **ultra petita**, em desacordo com o art. 492 do CPC.

Pede, ao final, o conhecimento e provimento do apelo a fim de que: “i) seja julgada improcedente a demanda, reformando-se integralmente a sentença; ii) caso assim não se entenda, que seja afastada a condenação pelo dano moral coletivo e, alternativamente, sua redução para R\$50.000,00; iii) seja desconsiderada a aplicação das astreintes e, caso assim não se entenda, que seja reduzido o valor da multa diária para R\$1.000,00, limitado a 30 dias”.

Junta nota técnica.

Preparo comprovado.

O apelado pede o desprovimento do recurso e a manutenção da sentença (mov. 203).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta pelo conhecimento e desprovimento do recurso apelatório, mantendo-se a sentença nos seus próprios fundamentos (mov. 212).

É o Relatório.

Encaminhe-se à Secretaria para inclusão do feito em pauta de julgamento virtual, nos moldes do que dispõe o artigo 931 do CPC.

Goiânia, 07 de julho de 2023.

Des. Itamar de Lima - Relator

VOTO DO RELATOR

Presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, dele conheço.

Conforme relatado, trata-se de apelação cível (mov. 194), interposta por ENEL Distribuição Goiás, contra sentença (mov. 145), proferida pelo Juiz de Direito da Vara das Fazendas Públicas Municipal e Registros Públicos da Comarca Catalão, Marcus Vinícius Ayres Barreto, nos autos da ação civil pública coletiva com pedido de antecipação de tutela e pedido de indenização por danos materiais e morais individuais e coletivos, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás.

A sentença foi proferida nos seguintes termos:

“Isso posto, julgo parcialmente PROCEDENTE o pedido, nos termos do art. 487, I do CPC, para compelir a PROMOVIDA a prestar serviços de energia elétrica de modo eficiente, regular e contínuo, implementando providências necessárias para dirimir os problemas técnicos de distribuição/fornecimento nas unidades consumidoras de Catalão concernentes as oscilações, interrupções, quedas e/ou picos e, no mínimo observar e atender, aos índices estabelecidos pela ANEEL, sob pena de a partir do trânsito em julgado, incorrer em multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser oportunamente revertida mediante lançamentos pro

rata nas notas fiscais/faturas de energia das unidades consumidoras catalanas, caso apurado que indicadores globais FEC e DEC estejam em desacordo com as metas fixadas para respectivo período.

Condeno-a também ao pagamento de R\$1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais) a título de dano moral coletivo, que deverá ser atualizado monetariamente pelo INPC a partir da presente data (Súmula nº 362 do STJ) e juros legais de 1% (um por cento) ao mês do primeiro evento danoso registrado (Súmula nº 54 do STJ), i.e., em 25.01.2018 data da formalização da reclamação sobre a má prestação do serviço (cf. Inquérito Civil, fls. 22/24), na forma do art. 406 do Código Civil, mediante lançamentos de crédito pro rata nas notas fiscais/faturas de energia das unidades consumidoras.

E, nos termos do art. 103, III do CDC, condenada ao pagamento pelos danos materiais acarretados aos consumidores a apurar em sede de liquidação.

Para efetividade do julgado, a PROMOVIDA deverá, às suas expensas, publicá-lo em órgãos oficiais e em sua página oficial, pelo prazo de 15 (quinze) dias, a fim de que os interessados possam tomar conhecimento possibilitando, por conseguinte, o ressarcimento material que entenderem devido. (Cf. STJ, REsp: 1887694 RJ).

Custas pela PROMOVIDA sobre o valor atualizado da causa e sem incidência de honorários advocatícios.”

Os argumentos trazidos no apelo são: 1. os índices DEC e FEC verificados no Município de Catalão estão todos abaixo dos limites anuais previstos no contrato de concessão, o que comprova a melhoria no fornecimento de energia elétrica, evidenciando que os problemas foram solucionados, não havendo dano moral coletivo ou que seja o valor reduzido; 2. a interferência do Poder Judiciário em atribuição da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) viola a Constituição Federal; 3. a aplicação das astreintes gera **bis in idem**, posto que está sujeita a penalidades administrativas impostas pela ANEEL, subsidiariamente, pede a redução, e ressalta, ainda, que é necessária a fixação de limite máximo, nos termos dos artigos 412 e 413 do Código Civil.

Passo à análise das questões levantadas no apelo.

É oportuno esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é aplicável no presente caso, uma vez que a apelante é fornecedora e desenvolve atividade de comercialização de serviço de energia elétrica, ofertando este serviço, além de ter firmado contrato de adesão com milhões de consumidores no Estado de Goiás, destinatários finais, situação que se enquadra nos arts. 2º e 3º, do CDC, acrescido ao fato de que a prestação dos serviços pelas concessionárias deve observar o interesse do consumidor, o qual deve coexistir com a livre iniciativa e o lucro, mas jamais deve ser sobreposto por eles.

Também é cediço que o Poder Judiciário somente anula atos ilegais ou determina o cumprimento de obrigação de fazer, sendo defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito (motivo e objeto) do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes formal e substancialmente legítimos, eis que isso é atribuição exclusiva da Administração.

No caso, a constatação de descumprimento da legislação por parte da recorrente, por deixar de fornecer energia elétrica aos consumidores do município de Catalão dentro dos padrões mínimos

de continuidade estabelecidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, enseja a ingerência do Poder Judiciário no sentido de restabelecer o equilíbrio entre a concessionária e os consumidores, para que estes não tenham tantos transtornos e prejuízos. Por oportuno, transcrevo trecho da sentença, que não merece reparos:

“Pois bem, do cotejo dos elementos jungidos, mormente do “Relatório de Fiscalização RF 001/2018-AGR-SFE” e “Nota Técnica nº 07/2018” elaborados pela Agência Goiana de Regulação, Controle e fiscalização de Serviços Públicos – AGR (Inquérito Civil, fls. 58 e evento 84, doc. 9), decorre a necessária convicção de inadequada/ineficiente prestação de serviços e fornecimento de energia elétrica em Catalão transgredidos, às escancaradas, os indicadores de continuidade, de Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (FEC) e de Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (DEC) estabelecidos pela ANEEL, inclusive, prolongadamente em 15 de dezembro/2017 (12h50min) a impor medidas eficazes e obras para suprir o(s) deficit(s) e ensejar melhorias da já caríssima energia elétrica de modo a reduzir excessivas interrupções e períodos que perduram.

(...)

Nesse aspecto, imprescindível às concessionárias que invistam nas redes de transmissão/distribuição para evitar prejudiciais desabastecimentos e “apagões” indissociáveis da má qualidade e péssimos serviços ensejadores de inequívocos e recorrentes danos causados direta e/ou indiretamente aos usuários/consumidores, enfim a população de modo geral, seja pelas oscilações, seja pelas quedas abruptas e interrupções de longa duração do fornecimento de energia elétrica, consoante testemunhos idôneos colhidos, quer como informantes, quer como testemunhas compromissadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (eventos 77/78).

A propósito, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, sem solução de continuidade quanto aos essenciais, é direito básico do consumidor, incumbindo aos órgãos estatais fazê-lo, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias etc, nos termos dos arts. 6º, X e 22 “**caput**” e § 1º do CDC, e compelidos a atendê-las plenamente e a reparar os danos causados quando descumprem total ou parcialmente suas obrigações livremente contraídas, conforme estabelece o artigo 6º e § 1º da Lei 8.987/95, normas de regência e o respectivo contrato.”

Portanto, restou clara a inadequação do serviço (mov. 1, fl. 58 do inquérito civil do MP, movs. 14 e 84 - arqs. 10 e 11, notas técnicas, e movs. 77 e 78 – audiência de instrução), nos termos no artigo do art. 6º, §§ 1º e 2º, Lei Federal nº 8.987/95, que, ao dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, afirma que “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”, bem como “a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.” Nesse sentido:

Apelação cível. Ação civil pública. Continência. Julgamento simultâneo. Faculdade. Ineficiência na prestação do serviço de energia elétrica na região de Pirenópolis. Providências técnicas para manutenção e melhoria das redes. Índices mínimos estabelecidos pela ANEEL. Dever de indenizar. Responsabilidade objetiva. Dano moral coletivo configurado. Reduzido. Limitação

das astreintes. 1. A decisão que reconhece a conexão ou a continência não impõe ao magistrado a obrigatoriedade de julgamento simultâneo dos feitos; a adoção de tal faculdade, no entanto, não implica nulidade processual se não resultar em prejuízo aos litigantes. 2. Demonstrado nos autos que os serviços prestados pela concessionária foram deficientes, considerando a ocorrência de várias interrupções no fornecimento de energia elétrica no município, devem ser mantidas as providências determinadas na sentença no sentido de manutenção e melhoria das redes, adequando-se à legislação pátria e aos limites regulatórios estabelecidos para os indicadores de continuidade, evitando-se, assim, as constantes oscilações, interrupções no fornecimento de energia elétrica e quedas de tensão no âmbito do município. 3. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (artigo 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/85). 4. A concessionária/apelante responde pela má prestação de serviço (pela grande ocorrência de queda de energia comparada nos padrões da ANEEL), em virtude de precária qualidade da prestação do serviço público, o que enseja a responsabilização pelo dano moral coletivo, cuja reparação deve cumprir a função punitivo preventiva a que se destina. 5. Sopesando os parâmetros inerentes ao dano moral (condições da vítima, a capacidade econômica do agente causador do dano e a gravidade da ofensa), e levando em consideração o fato de que a concessionária, embora recalcitrante no cumprimento da obrigação de melhorar a prestação do serviço, conforme reiteradamente noticiado nos jornais locais, pode passar por um colapso financeiro diante das diversas indenizações já fixadas em seu desfavor, o que traria reflexos direto aos consumidores, impõe-se a redução do montante dos danos morais coletivos fixados na sentença em R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) para R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser revertido ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor. 6. A multa cominatória fixada liminarmente e mantida na sentença observou os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Porém, no caso em concreto, impõe-se sua limitação para não descaracterizar o caráter pedagógico da penalidade. Primeira apelação cível conhecida e provida em parte. Segunda apelação cível conhecida e desprovida. Sentença reformada. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5128413-03.2018.8.09.0126, Relator Desembargador Marcus da Costa Ferreira, 5ª Câmara Cível, julgado em 12.12.2022, DJe de 12.12.2022)

Acrescenta-se que, quanto à questão de fundo, é público e notório que existe um grande número de consumidores que passam horas ou mesmo dias sem energia elétrica, inclusive tendo grandes prejuízos, aguardando consertos a serem realizadas pela concessionária para voltar a ter o regular fornecimento de energia, fato este corroborado pelos esclarecimentos dos informantes em audiência (movs. 77 e 78).

Por outro lado, em que pese o argumento de que as provas contidas nos autos são indicativas de que houve melhoras na prestação de serviço, fundamentando em nota técnica produzida unilateralmente pela própria apelante, tal argumento não tem o condão de apagar as transgressões já evidenciadas e comprovadas nos autos, conforme Notas Técnicas nº 0004 e 0007/2018 da Gerência de energia da AGR (mov. 1, fl. 58 do inquérito civil do MP, e movs. 14 e 84 - arqs. 10 e 11), comprovando

que a distribuidora não estava fornecendo energia dentro dos padrões mínimos de continuidade estabelecidos pela ANEEL, nem comprova a melhora do serviço.

Outrossim, destaco que os indicadores DEC e FEC medem o desempenho das concessionárias quanto à continuidade do serviço, porém representam metas mínimas a serem alcançadas, ou seja, parâmetros mínimos de desempenho e investimento, o que não isenta às concessionárias do dever de buscar a melhor qualidade do serviço prestado, em conformidade com o princípio constitucional da eficiência e os ditames do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido:

Apelação cível. Ação civil pública. Qualidade da prestação do serviço de energia elétrica. Metas. Aneel. Município de Piracanjuba. Não comprovação da melhoria. Legitimidade da multa diária. Desproporcionalidade. Redução. Infração da cláusula constitucional da separação dos poderes. Matéria não arguida na contestação. Inovação em sede recursal. Impossibilidade. 1. A ANEEL - órgão regulador do Sistema Elétrico Brasileiro - através de resoluções específicas, estabelece metas a serem seguidas pelas concessionárias. 2. Os indicadores DEC e FEC medem o desempenho das concessionárias quanto à continuidade do serviço, porém representam metas mínimas a serem alcançadas, ou seja, parâmetros mínimos de desempenho e investimento, o que não isenta às concessionárias do dever de buscar a melhor qualidade do serviço prestado, em conformidade com o princípio constitucional da eficiência e os ditames do Código de Defesa do Consumidor. 3. É legítima a imposição da multa diária como meio coercitivo de cumprimento da obrigação de fazer. 4. A multa diária está sujeita a critérios de adequação, sendo permitido ao juiz, até mesmo de ofício, balizar o seu valor, de molde a não torná-lo excessivo ou insuficiente, podendo, inclusive, fazê-la cessar, servindo, efetivamente, para que se realize a determinação judicial. (...) (TJGO, Apelação Cível 217805-78.2008.8.09.0000, Relator Desembargador Gilberto Marques Filho, 2ª Câmara Cível, julgado em 14.09.2010, DJe 715 de 10.12.2010)

A concessionária apelante insurge também contra a condenação ao pagamento de danos morais coletivos, pugnano alternativamente pela redução do montante arbitrado.

O dano moral coletivo é o resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade e ocorre quando a conduta agride, de modo injusto e intolerável, os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva. Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...) 2. O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, se dá quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva (arts. 1º da Lei nº 7.347/1985, 6º, VI, do CDC e 944 do CC, bem como Enunciado nº 456 da V Jornada de Direito Civil). 3. Não basta a mera infringência à lei ou ao contrato para a caracterização do dano moral coletivo. É essencial que o ato antijurídico praticado atinja alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais. Com efeito, para não haver o seu desvirtuamento, a banalização deve ser evitada. (...) (STJ, 3ª Turma, REsp 1473846/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 24.022017.

Para a configuração do dano moral coletivo deve-se analisar as peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade, a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presentes) e o grau de reprovabilidade social.

Nesse contexto, ressalta-se que é correto o reconhecimento pelo juiz da possibilidade de indenização pelos danos morais, conforme autorizado pelo artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que estabelece os direitos básicos do consumidor, incluindo a prevenção e reparação efetiva de danos patrimoniais e morais individuais, coletivos e difusos.

No caso em questão, não há dúvidas de que a conduta negligente da concessionária de serviço público resulta em um ato abusivo, que consiste na interrupção do fornecimento de energia elétrica, um serviço essencial para a população (mov. 1, fl. 58 do inquérito civil do MP, movs. 14 e 84 - arqs. 10 e 11, notas técnicas, e movs. 77 e 78 – audiência de instrução), devido à baixa qualidade na prestação do serviço público.

Assim, ao violar a esfera moral de toda a população de uma determinada região, como no caso em discussão, estamos diante de um dano moral coletivo. O incômodo causado certamente ultrapassa a simples contrariedade, justificando, portanto, a condenação por indenização por dano moral coletivo.

Desse modo, o fato transgressor revela-se grave o suficiente para produzir intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, simbolizando um elevado grau de reprovabilidade e transbordando os lindes do individualismo. Acerca do tema:

Apelação cível. Ação civil pública. Continência. Julgamento simultâneo. Faculdade. Ineficiência na prestação do serviço de energia elétrica na região de Pirenópolis. Providências técnicas para manutenção e melhoria das redes. Índices mínimos estabelecidos pela ANEEL. Dever de indenizar. Responsabilidade objetiva. Dano moral coletivo configurado. Reduzido. Limitação das astreintes. 1. A decisão que reconhece a conexão ou a continência não impõe ao magistrado a obrigatoriedade de julgamento simultâneo dos feitos; a adoção de tal faculdade, no entanto, não implica nulidade processual se não resultar em prejuízo aos litigantes. 2. Demonstrado nos autos que os serviços prestados pela concessionária foram deficientes, considerando a ocorrência de várias interrupções no fornecimento de energia elétrica no município, devem ser mantidas as providências determinadas na sentença no sentido de manutenção e melhoria das redes, adequando-se à legislação pátria e aos limites regulatórios estabelecidos para os indicadores de continuidade, evitando-se, assim, as constantes oscilações, interrupções no fornecimento de energia elétrica e quedas de tensão no âmbito do município. 3. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (artigo 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/85). 4. A concessionária/apelante responde pela má prestação de serviço (pela grande ocorrência de queda de energia comparada nos padrões da ANEEL), em virtude de precária qualidade da prestação do serviço público, o que enseja a responsabilização pelo dano moral coletivo, cuja reparação deve cumprir a função punitivo preventiva a que se destina. 5. Sopesando os parâmetros inerentes ao dano moral (condições da vítima, a capacidade econômica do agente causador do dano e a gravidade da ofensa), e

levando em consideração o fato de que a concessionária, embora recalcitrante no cumprimento da obrigação de melhorar a prestação do serviço, conforme reiteradamente noticiado nos jornais locais pode passar por um colapso financeiro diante das diversas indenizações já fixadas em seu desfavor, o que traria reflexos direto aos consumidores, impõe-se a redução do montante dos danos morais coletivos fixados na sentença em R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) para R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser revertido ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor. 6. A multa cominatória fixada liminarmente e mantida na sentença observou os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Porém, no caso em concreto, impõe-se sua limitação para não descaracterizar o caráter pedagógico da penalidade. Primeira apelação cível conhecida e provida em parte. Segunda apelação cível conhecida e desprovida. Sentença reformada. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5128413-03.2018.8.09.0126, Relator Desembargador Marcus da Costa Ferreira, 5ª Câmara Cível, julgado em 12.12.2022, DJe de 12.12.2022)

Apelação cível. Ação civil pública. Tutela de interesses individuais homogêneos de consumidores. Fornecimento de energia elétrica. Fatura. Aumento injustificado do consumo. Ilegitimidade da ANEEL. Competência da justiça estadual. Decisão liminar. Desnecessidade de audiência prévia. Multa coercitiva mantida. Proporcional. Força maior não configurada. Aplicação do art. 113 da Resolução 414/2010 da ANEEL. Repetição do Indébito em dobro. Má-fé não comprovada. Impossibilidade. Novos cálculos. Usurpação de competência não configurada. Serviço essencial. Dano moral coletivo configurado. Redução do **quantum**. Prequestionamento. (...) 4. O abandono contratual da empresa terceirizada que realizava a leitura do consumo de energia elétrica não se encaixa na ocorrência de 'motivo de força maior' capaz de incidir o disposto, no art. 111 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL. (...) 7. O serviço de energia elétrica é essencial à população, a qual se viu perturbada, com cobranças abusivas, o que obviamente dificulta o pagamento da obrigação devida, sem falar, no abalo emocional das vítimas, que poderiam sofrer a interrupção do serviço, e/ou a inscrição de seus nomes, no cadastro de inadimplentes, o que ultrapassa o mero dissabor. 8. Gerando incômodos aptos a ensejar danos morais coletivos, todavia, mister se faz a redução da indenização, cujo valor, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser fixado, no importe de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), o qual se mostra adequado para reprimir a conduta do infrator, sem gerar enriquecimento ilícito. (...) (TJGO, Apelação (CPC) 0267343-56.2015.8.09.0170, Relator Francisco Vildon Jose Valente, 5ª Câmara Cível, julgado em 20.11.2019, DJe de 20.11.2019. (destaquei))

Caracterizado o dano, é cediço que, para a fixação do valor da indenização, deve-se observar os critérios da razoabilidade e a proporcionalidade, considerando as posições sociais do ofensor e do ofendido, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade da ofensa e, por fim, a sua repercussão.

O **quantum** indenizatório do dano moral coletivo deve alcançar montante que possa cumprir o caráter pedagógico a que se presta, atendo-se às circunstâncias do caso concreto, à sua repercussão na esfera do lesado e ao potencial econômico-social do lesante. Sobre o ponto, a Súmula 32 desta Corte Estadual:

ENUNCIADO: A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação.

Neste contexto, em atenção às peculiaridades do caso, em especial aos efeitos gerados à coletividade (população de Catalão – estimada em 113.091 habitantes - IBGE/2021), decorrente da falta de qualidade da prestação de serviço, causando-lhe transtornos e prejuízos, bem como às condições socioeconômicas da parte, tem-se que o valor de R\$1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais), fixado na sentença, mostra-se adequado e proporcional.

Nesse contexto, não há que se falar em redução do valor arbitrado a título de indenização por dano extrapatrimonial coletivo, pelo que o desprovimento do recurso é medida que se impõe.

A tese de que a aplicação das astreintes poderia gerar duplo sancionamento (**bis in idem**), uma vez que a apelante estaria sujeita as penalidades administrativas impostas pela ANEEL, não merece acolhida, posto que representam penalidades distintas, uma de natureza administrativa e outra cível. Nesse sentido:

(...) 4. Não merece acolhida a tese de duplo sancionamento (**bis in idem**), em razão das multas da Aneel e das astreintes, já que são penalidades diversas, uma administrativa e outra processual, sendo que a primeira decorre do desatendimento de regulamentos da agência reguladora e a outra do descumprimento de ordem judicial, não havendo falar, por isso, em afastamento desta ou redução do valor arbitrado. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5083523-64.2018.8.09.0130, Relator Desembargador Fernando de Castro Mesquita, 1ª Câmara Cível, julgado em 30.01.2023, DJe de 30.01.2023)

A aplicação da multa diária (astreintes) insere-se no poder de cautela do juiz e poderá por ele ser utilizada sempre que necessária para conferir efetividade ao processo, nos termos do art. 84, § 4º, do CDC, e arts. 497, 536, § 1º, e 537, do CPC:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no **caput**, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Bem por isso, ainda não há que se falar em sentença **ultra petita** por ter arbitrado para astreintes valor supostamente superior ao pleiteado, isso porque, poderá o juiz de ofício modificar o valor ou a periodicidade da multa, conforme art. 537, § 1º, do CPC:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

Como a finalidade da multa é compelir a parte a cumprir a obrigação, o seu valor não deve ser excessivo nem irrisório, merecendo atenção os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de não resultar em enriquecimento sem causa e penalização desproporcional à obrigação. A este respeito:

(...) 2. Arbitrada a multa cominatória de forma justa, suficiente e compatível com a obrigação e a gravidade da situação narrada nos autos originários e observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não há se falar em sua exclusão ou redução. 3. Não se pode perder de vista que a obrigação de fazer imposta à agravante consistia no fornecimento de equipamento (gerador de energia) essencial à manutenção da vida do autor. Além disso, o valor fixado é justo e proporcional ao caso, não havendo falar em exorbitância ou enriquecimento ilícito do autor/agravado. Agravo de instrumento desprovido. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Agravos. Agravo de Instrumento 5544638-46.2022.8.09.0044, Relator Desembargador Rodrigo de Silveira, 2ª Câmara Cível, julgado em 30.01.2023, DJe de 30.01.2023)

Demonstrada a renitência da parte quanto ao cumprimento da decisão judicial, cabe a fixação de multa para a garantia dos direitos dos consumidores.

Neste caso, a astreinte fixada para o caso de não prestação de serviços de energia elétrica de modo eficiente, regular e contínuo, implementando providências necessárias para dirimir os problemas técnicos de distribuição/fornecimento nas unidades consumidoras de Catalão concernentes as oscilações, interrupções, quedas e/ou picos e, no mínimo observar e atender, aos índices estabelecidos pela ANEEL, sob pena de a partir do trânsito em julgado, incorrer em multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser oportunamente revertida mediante lançamentos pro rata nas notas fiscais/faturas de energia das unidades consumidoras catalanas, caso apurado que indicadores globais FEC e DEC estejam em desacordo com as metas fixadas para respectivo período, não se apresenta exorbitante, posto que observa-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo sido

fixada na medida certa para cumprir o seu caráter inibitório e levar o destinatário a cumprir a obrigação que lhe foi imposta, de forma que não merece reparo.

Apesar de manter a multa fixada, entendo por razoável limitá-la a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), posto que o magistrado de primeiro grau não estabeleceu um teto.

(...) 4. A fixação de multa cominatória destina-se a coagir o obrigado a cumprir a decisão judicial, não merecendo reforma quando fixada em valor proporcional, razoável e compatível com a condição econômica da parte. **In casu**, a ausência de limitação temporal das astreintes, poderá acarretar o enriquecimento ilícito da parte; logo, mister a fixação da periodicidade da medida em 30 (trinta) dias, na hipótese de descumprimento da medida. 5. Vislumbrado que o valor arbitrado a título de reparação de danos morais é ínfimo, após o cotejo das condições econômicas de ambas as partes, os transtornos experimentados pelas autoras e a conduta reprovável do requerido, a majoração da importância fixada pelo juízo singular é medida que se impõe, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Apelação cível e recurso adesivo conhecidos e parcialmente providos. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5331881-51.2020.8.09.0051, Relator Desembargador Wilson Safatle Faiad, 3ª Câmara Cível, julgado em 25.02.2022, DJe de 25.02.2022)

Por fim, constato que, ao destinar o valor da condenação relativa aos danos morais coletivos, mediante lançamentos de crédito pro rata nas notas fiscais/faturas de energia das unidades consumidoras, a sentença desrespeitou o princípio da congruência ou adstrição aos pedidos, uma vez que ao magistrado cabe decidir dentro dos limites objetivados pelas partes, sendo certo que o Ministério Público, em sua exordial, pede “a destinação de todos os valores, em partes iguais, ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor e ao Fundo Municipal de Defesa do Consumidor”.

Ademais, registra-se que na ação coletiva, o dano moral coletivo se difere dos danos materiais e morais individuais homogêneos, posto que estes (últimos) destinam-se às vítimas e têm como objetivo uma condenação genérica, seguindo para posterior liquidação prevista nos arts. 97 a 100 do CDC, enquanto aqueles (dano moral coletivo) devem ter como destinação um fundo, a exemplo do art. 13 da LACP, e não diversas unidades consumidoras, posto que pressupõe a violação de direitos difusos e coletivos. Nesse sentido:

Assim, considerando o princípio da congruência, bem como as normas consumeristas, reformo a sentença, de ofício, para que o valor de R\$1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais), a título de dano moral coletivo, seja destinado, em partes iguais, ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor e ao Fundo Municipal de Defesa do Consumidor.

Ante o exposto, acolhido em parte o parecer ministerial de cúpula, dou parcial provimento ao recurso para o fim de reformar a sentença tão somente para limitar as astreintes em R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). Deixa-se de majorar os honorários advocatícios nesta seara recursal, porquanto a sentença não fixou tal verba na origem, com fulcro no artigo 18 da Lei nº 7.347/85 c/c artigo 128, § 5º, inciso II, “a”, da Constituição Federal. Por fim, determino, de ofício, que o valor do dano moral coletivo seja destinado, em partes iguais, ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor e ao Fundo Municipal de Defesa do Consumidor.

É o voto.

Goiânia, 22 de agosto de 2023.

Des. Itamar de Lima - Relator

Apelação Cível nº 5396368.68.2020.8.09.0006

Anápolis

1ºs Apelantes: Patrick Junio dos Santos Silva e Outros

2ºs Apelantes: Neide Felomena de Sousa Martins

Carlos Roberto Martins

Micaelly Karoliny Martins Moura

1ºs Apelados: Espolio de Carlos Roberto Martins das Dores e Outros

2ºs Apelados: Patrick Junio dos Santos Silva

Kauane dos Santos Silva

Guilherme dos Santos Silva

Lucimar Gomes Alves

Relator: Des. Itamar de Lima

Câmara: 3ª Cível

EMENTA: DUPLA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

I - ACIDENTE. TRAGÉDIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ÔNUS DA PROVA. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. Sabe-se que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo (arts. 186 e 927, ambos do Código Civil). Todavia, não demonstrando o autor os fatos constitutivos do seu direito (art. 373, inciso I do CPC), a improcedência do pleito indenizatório é medida que se impõe.

II - Reconvenção. Improcedência. A contratação de advogados para defesa judicial dos interesses da parte não é considerada, por si só, um dano material ou moral que possa ser indenizado, uma vez que é inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais de contraditório, ampla defesa e acesso à justiça.

Apelações cíveis conhecidas e desprovidas. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os integrantes da Terceira Turma Julgadora

em sessão da 3ª Câmara Cível, à unanimidade, em conhecer as apelações e desprovê-las, nos termos do voto do relator. Sentença mantida.

Votaram com o relator, o desembargador Gilberto Marques Filho e o juiz em substituição ao segundo grau Altair Guerra da Costa, substituto do desembargador Wilson Safatle Faiad.

Presidiu a sessão, desembargador Itamar de Lima.

Presente o Procurador de Justiça, Abraão Júnior Miranda Coelho.

Ausência justificada, desembargador Anderson Máximo de Holanda.

Pedido de sustentação oral pela parte do segundos apelantes, prejudicado, nos termos do § 1º do art. 7º do Decreto Judiciário nº 830/2020.

Completo a turma julgadora o desembargador Gilberto Marques Filho, devido ausência justificada do desembargador Anderson Máximo de Holanda.

Goiânia, 02 de maio de 2023.

Des. Itamar de Lima - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis, interpostas por Patrick Junio dos Santos Silva e Outros (mov. 90) e Neide Felomena de Sousa Martins e Outros (mov. 95), ambas contra a sentença (mov. 82), proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Anápolis, Pedro Paulo de Oliveira, que, nos autos da ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, ajuizada por Patrick Junio dos Santos Silva e Outros em face do Espólio de Carlos Roberto Martins das Dores e Outros, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, bem como a reconvenção proposta.

Sentença (mov. 82):

“Isto posto com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente, a Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais proposta por Patrick Junio dos Santos Silva e Outros em desfavor de Espólio de Jadson Martins das Dores e Outros.

Condeno a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios aos advogados de ambos os requeridos, arbitrados por apreciação equitativa, em 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado da causa, conforme se apurar, nos termos do art. 85, § 2º do CPC.

Como a parte autora é beneficiária da gratuidade da justiça, as obrigações sucumbenciais ficam suspensas, nos termos do § 3º, do art. 98, do CPC. Sobrevindo condições financeiras aos beneficiários, o que deverá ser demonstrado pelos credores, poderá ocorrer a execução, no prazo 5 (cinco) anos, subsequentes ao trânsito em julgado, extinguindo-se tais obrigações após esse prazo.

Revogo a liminar concedida no evento 59.

Ante o exposto, julgo improcedente, a reconvenção apresentada por Neide Felomena de Sousa Martins e Outros, herdeiros do espólio de Carlos Roberto Martins das Dores em desfavor de Patrick Junio dos Santos Silva e Outros.

Condeno os reconvintes no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios,

estes arbitrados em 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado dado a reconvenção, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.”

1ª apelação cível (mov. 90): Os apelantes Patrick Junio dos Santos Silva e Outros argumentam que ajuizaram ação de indenização, em razão do acidente que vitimou o marido e genitor da parte autora, e, ao contrário do que foi decidido na sentença, é incontroverso que o local onde ocorreu o fato é onde os apelados fabricavam e armazenavam bebidas alcoólicas.

Acrescentam que os produtos ali instalados eram destinados à comercialização, atividade comercial que era realizada há mais de 15 anos, de sorte que conhecidos os riscos decorrentes da fabricação e armazenamento das bebidas.

Apontam que a atividade não estava regularizada e as condições do local estavam muito distantes das recomendadas, conforme evidenciado pelas fotografias e as narrativas do Boletim de Ocorrência, um documento com capacidade técnica e fé pública, especialmente quando há confissão da parte contrária sobre todos os pontos importantes e indispensáveis.

Ressalta que deve o empresário ser responsabilizado pelos atos ocorridos em decorrência da atividade exercida e no local em que se é realizada, não podendo a responsabilidade ser afastada pelo argumento de não regularização da atividade, e, menos ainda, pela inverídica alegação de não ser ele proprietário, fato que se agrava ao fato de não possuir as mínimas condições de segurança.

Afirmam que “era ônus dos Apelados comprovar a adoção de medidas de segurança e que o local era ideal e adequado à incontroversa atividade de fabricação, armazenamento e comercialização de bebidas alcólicas, considerando ainda as especificidades e cuidados que se requer e por ser fato impeditivo ao direito (II, art. 373, CPC), do qual não desincumbiram-se. E mais, os Apelantes comprovaram o resultado morte e o motivo que a causou (vazamento de gás tóxico, oriundo da atividade e constatado no local) está mais do que comprovado, e assim, enquadra-se na legislação (II e III, art. 374, CPC).”

Asseguram que a Certidão de Óbito comprova que a causa da morte foi “asfixia gás tóxico, confinamento em fábrica de alambique, morte acidental por inalação de gás tóxico em fábrica de alambique”.

Defende a aplicação e a presença dos requisitos relativos à responsabilidade objetiva e, acrescenta que, ainda que não adotada, estariam presentes os requisitos que ensejam a responsabilidade civil subjetiva, diante da incontroversa negligência, imprudência e imperícia dos proprietários para o exercício da atividade empresarial.

Pedem que seja o recurso conhecido e provido, reconhecendo-se a responsabilidade civil dos apelados e o dever de indenização por dano moral (**in re ipsa**) e material.

Isentos de preparo, por serem beneficiários da gratuidade de justiça.

Nas contrarrazões apresentadas pelo Espólio de Jadson Martins das Dores (mov. 99), os apelados pugnaram pelo desprovimento do recurso.

2ª apelação cível (mov. 95): Os apelantes Neide Felomena de Sousa Martins e Outros, interpuseram recurso de apelação, alegando que: a) a ação de reconvenção tinha como objetivo buscar de alguma forma suprir todo transtorno psicológico que passaram, eis que, como se não bastasse a dor de ter perdido o provedor da família, vieram a ser surpreendidos com a lide que os colocava como

responsáveis por algo que não teria como se prever; b) não se mostra cabível responsabilizá-los, já que não são culpados e nem deram causa ao fatídico momento; c) diante de tudo que passaram e sofreram, ainda têm que dispende com custas e honorários, o que trará ainda mais prejuízos, já que perderam o provedor da família, e, desde então, vêm passando por dificuldades financeiras. Pedem que seja o recurso conhecido e provido, para reformar a sentença recorrida, reconsiderando o arbitramento das custas e honorários.

Preparo recolhido (mov. 109).

Contrarrazões à 2ª apelação (mov. 103): a recorrida pugna pelo desprovimento do recurso.

Acolhido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, os autos foram devolvidos à origem, para que o representante ministerial em 1º grau fosse regularmente intimado acerca da sentença e do recurso interposto, o que restou determinado (mov. 117) e atendido (mov. 122).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina (mov. 129) pelo conhecimento dos recursos de apelação, por serem próprios e tempestivos, negando-lhes provimento, para manter a sentença fustigada por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Encaminhe-se à Secretaria para inclusão do feito em pauta de julgamento virtual, nos moldes do que dispõem o artigo 931 do CPC e a Resolução nº 91/2018 desta Corte de Justiça.

Goiânia, 07 de março de 2023.

Des. Itamar de Lima – Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Conforme relatado, trata-se de apelações cíveis, interpostas por Patrick Junio dos Santos Silva e Outros (mov. 90) e Neide Felomena de Sousa Martins e Outros (mov. 95), ambas contra a sentença (mov. 82), proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Anápolis, Pedro Paulo de Oliveira, que, nos autos da ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, ajuizada por Patrick Junio dos Santos Silva e Outros em face do Espólio de Carlos Roberto Martins das Dores e Outros, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, bem como a reconvenção proposta.

Sentença (mov. 82):

“Isto posto com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente, a Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais proposta por Patrick Junio dos Santos Silva e Outros em desfavor de Espólio de Jadson Martins das Dores e Outros.

Condeno a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios aos advogados de ambos os requeridos, arbitrados por apreciação equitativa, em 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado da causa, conforme se apurar, nos termos do art. 85, § 2º do CPC.

Como a parte autora é beneficiária da gratuidade da justiça, as obrigações sucumbenciais ficam suspensas, nos termos do § 3º, do art. 98, do CPC. Sobrevindo condições financeiras aos beneficiários, o que deverá ser demonstrado pelos credores, poderá ocorrer a execução, no

prazo 5 (cinco) anos, subsequentes ao trânsito em julgado, extinguindo-se tais obrigações após esse prazo.

Revogo a liminar concedida no evento 59.

Ante o exposto, julgo improcedente, a reconvenção apresentada por Neide Felomena de Sousa Martins e Outros, herdeiros do espólio de Carlos Roberto Martins das Dores em desfavor de Patrick Junio dos Santos Silva e Outros.

Condeno os reconvintes no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado dado a reconvenção, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.”

A insurgência recursal dos primeiros apelantes funda-se nos argumentos de que, em razão da morte de Junio Penes da Silva, genitor dos autores Patrick, Kauane e Guilherme, e companheiro da autora Lucimar, fazem jus a indenização a título de danos materiais e morais.

Para tanto, defendem a aplicabilidade da responsabilidade objetiva, sob o argumento de que era desempenhada atividade comercial de fabricação e armazenamento de bebidas no local do fato, agravada pelas precárias condições de segurança.

Reverberam que a responsabilidade civil está devidamente comprovada, ainda que sob o prisma subjetivo, diante da incontroversa negligência, imprudência e imperícia dos proprietários para o exercício da atividade empresarial.

Analisando o arcabouço processual, constato que o apelo não merece prosperar, pelas razões que passo a transcrever.

De acordo com a petição inicial, em 09 de abril de 2020, o Sr. Junio Penes da Silva trafegava nas proximidades da Cachaçaria de propriedade dos Srs. Carlos Roberto e Jadson Martins, localizada na cidade de Campo Limpo de Goiás, quando foi abordado pela irmã deles em total desespero solicitando ajuda aos seus irmãos, que estavam dentro do tanque de alambique. Ao adentrar no local, o Sr. Junio acabou falecendo devido à inalação de gás tóxico.

Pois bem. Como bem delineou o magistrado **a quo**, a questão de fundo refere-se à responsabilidade subjetiva dos réus na consumação do sinistro que vitimou fatalmente o cônjuge da autora Lucimar, pai dos demais requerentes.

No caso, não há que se falar em responsabilidade objetiva, posto que a autora, além de propor a demanda contra os supostos sócios da empresa e não contra a empresa, não faz prova de que a bebida alcoólica ali mantida era comercializada, vendida, e que os requeridos eram empresários do ramo ou que lucravam com a atividade, exercendo atividade organizada de produção ou de circulação dos produtos, nos termos do art. 966 do Código Civil.

Assim sendo, apesar da alegação dos apelantes de que o local é uma cachaçaria, onde seriam realizados o armazenamento, tratamento e fermentação das bebidas, a parte autora não se desincumbiu do ônus de provar suas alegações.

Além disso, é importante salientar que o boletim de ocorrência (mov. 01 - arq. 13) não confirma a presença de um estabelecimento comercial ou industrial de bebidas alcoólicas no local, mas sim a existência de uma adega ou alambique, onde garrafas de aguardente eram armazenadas de acordo com o relato do policial. O boletim também não especificou quais produtos perigosos estavam

presentes no local e que causaram a morte do indivíduo, mencionando apenas a presença de "bombonas" plásticas de 200 litros e garrações de 5 litros, o que não é uma prova robusta para sustentar a afirmação de que havia uma cachaçaria no local. Ademais, os insumos encontrados não são provas concretas de que os apelados eram fornecedores de produtos ou serviços, que desenvolviam atividade de produção, distribuição ou comercialização das bebidas, não configurando o conceito de fornecedor do art. 3º do CDC.

Além disso, as fotos anexas ao boletim de ocorrência não são suficientes para comprovar que o imóvel em questão era um comércio ou fábrica de bebidas alcoólicas, pois não mostram evidências de equipamentos, produtos ou máquinas para a produção e fermentação das bebidas.

Não obstante, a parte autora foi intimada para especificar e requerer a produção de outras provas, tendo manifestado (mov. 56) que as provas colacionadas, especialmente o Boletim de Ocorrência, seriam suficientes a esclarecer e descrever os acontecimentos e a relação, mesmo porque questões técnicas são sanáveis por profissionais capacitados, no caso, os bombeiros.

Apontam que o boletim de ocorrência, documento com capacidade técnica e fé pública, especialmente quando há confissão da parte contrária sobre todos os pontos importantes e indispensáveis, é suficiente para a conclusão.

Assim, como não configura a hipótese de incidência do Código de Defesa do Consumidor ou do parágrafo único do artigo 927, a demanda deve ser analisada sob a ótica da responsabilidade subjetiva.

Com efeito, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo, nos termos do art. 186 do Código Civil.

Compete ao autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, quais sejam, a ação/omissão, a culpa/dolo do agente, o nexo de causalidade e o dano, objetivando o convencimento do magistrado acerca da procedência ou não do pleito.

Acerca do ônus da prova, leciona Alexandre Freitas Câmara que:

“(…) Pode-se, pois, dizer o seguinte: incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. O réu, por sua vez, poderá assumir dois ônus: o de provar a inexistência de tal fato (prova contrária ou contraprova), ou de admitindo o fato constitutivo do direito do demandante – provar os fatos extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor”. (in Lições de Direito Processual Civil, Vol. I, Ed. Lumen Juris, 14ª edição, RJ, 2006)

Em igual desiderato, os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

“(…) No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que

fato inexistente. l". (sublinhei) (JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 387)

Em análise detida do caderno processual, constata-se que os documentos trazidos pelos autores/apelantes são insuficientes para amparar o pleito indenizatório, sobretudo considerando que a controvérsia posta nos autos versa sobre responsabilidade civil subjetiva, que deriva da culpa ou dolo.

De acordo com o art. 371, do CPC/2015, o juiz aprecia livremente a prova. Destarte, para a distribuição equilibrada do ônus da prova, ao autor incumbe demonstrar fato constitutivo de seu direito (art. 373, inc. I, CPC/2015), enquanto que ao réu cabe apontar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, inc. II, CPC/2015).

Neste sentido, como se sabe, os atos ilícitos são aqueles que contrariam o ordenamento jurídico lesando o direito subjetivo de alguém, fazendo nascer a obrigação de reparar o dano.

Através da análise deste artigo é possível identificar os elementos da responsabilidade civil, que são: a conduta culposa do agente, nexos causal, dano e culpa. Este artigo é a base fundamental da responsabilidade civil, e consagra o princípio de que a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem.

Na hipótese colocada em julgamento, verifico a inexistência de conduta antijurídica e por conseguinte do ato ilícito praticado pela parte requerida. Não houve negligência, imperícia ou imprudência que sustentaria a aplicação da responsabilidade civil subjetiva.

De acordo com o relato registrado no boletim de ocorrência (mov. 01 – arq. 13), as vítimas foram encontradas inconscientes no subsolo de um alambique. Testemunhas presentes no local afirmaram que os acusados costumavam entrar no local para pegar garrafas de aguardente armazenadas. Portanto, com base na narrativa de ambas as partes, não parece haver negligência por parte dos acusados. Quando chegaram para pegar as bebidas, eles foram afetados pelo vazamento de gás tóxico no subsolo e ficaram inconscientes.

Os apelados não tiveram uma conduta culposa, pois ambos foram acometidos pelo vazamento de gás tóxico no subsolo ao tentarem retirar bebidas, sofrendo inconsciência. Portanto, Carlos e Jadson estavam inconscientes, e a irmã dos falecidos, num ato de desespero, pediu ajuda ao Sr. Junio, que embora agindo de forma louvável, infelizmente teve sua vida tragicamente ceifada, em uma grande fatalidade.

Para caracterização de responsabilidade civil, não basta a prática de uma conduta ilícita, e nem mesmo que a vítima tenha sofrido o dano, sendo imprescindível que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente e que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito, o que a parte autora não demonstrou nos presentes autos, como bem pontuou o magistrado. Assim, apesar dos inegáveis sofrimentos e perda do seu sustento, os apelantes não demonstraram que os réus respondem independente de culpa e que houve conduta culposa dos falecidos. Portanto, ausentes os elementos comprobatórios que indiquem a culpa dos apelados pela trágica morte do **de cujus**.

Sobre o assunto, a orientação desta Corte de Justiça:

“Apelação cível e agravos retidos. Ação de indenização por danos morais. Contradita de testemunhas. Empregada da parte. Suspeição evidente. Pleito indenizatório. Fatos constitutivos do direito. Ônus da prova. Elementos de convicção insuficientes. (...) Constatada

a pouca densidade dos elementos probatórios coligidos aos autos, por conseguinte, sua insuficiência para demonstrar as alegações deduzidas na inicial, não há se falar em reforma da sentença que indefere o pleito indenizatório”. (TJGO. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 406794-59.2008.8.09.0100. Relator Desembargador João Waldeck Félix de Sousa. DJ nº 761, de 16.02.2011)

“(…) 2. Nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. (...) 5. Agravo regimental conhecido, mas desprovido. Decisão mantida”. (TJGO, 4ª Câmara Cível, AgRg no DGJ nº 117346-70.2012.8.09.0051, Relatora Desembargadora Elizabeth Maria da Silva, DJe 1526 de 22.04.2014)

“Agravo regimental. Apelação cível. Ação de cobrança. Aplicabilidade do artigo 557, do CPC. Possibilidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. (...) 2. Cabe à parte autora o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos de seu direito (art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil). (...) 4. Agravo regimental conhecido e desprovido.” (TJGO, 5ª Câmara Cível, AgRg no AC nº 106813-52.2012.8.09.0051, Relator Desembargador Geraldo Gonçalves da Costa, DJe 1512 de 27.03.2014)

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

“Processual civil e tributário. (...) 2. Segundo o art. 333, I e II, do CPC, compete ao autor a prova constitutiva de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. 3. **Omissis**. 4. **Omissis**. 5. **Omissis**. 6. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito modificativo.” (STJ, EDcl no AgRg no AREsp 278.445/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19.09.2013, DJe 26.09.2013)

Portanto, não se desincumbindo os autores/apelantes do ônus que lhes é imposto pelo inciso I do art. 373 do CPC, o apelo em tela não merece provimento.

Em relação à apelação interposta pelo espólio de Carlos Roberto Martins das Dores, relativa à reconvenção proposta em face dos autores, aduzindo que a família vem sofrendo inúmeros prejuízos e abalos psicológicos, ante a propositura da presente demanda, e assim, requererem a condenação em danos morais e materiais feito em sede de reconvenção, os argumentos não prosperam, posto que a contratação de advogados para defesa judicial dos interesses da parte não é considerada, por si só, um dano material ou moral que possa ser indenizado, uma vez que é inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais de contraditório, ampla defesa e acesso à justiça. Nesse sentido:

Agravo interno no recurso especial. Processual civil. Ação monitória. Mútuo bancário. Honorários advocatícios contratuais. Ressarcimento. Inadmissibilidade. Súmula nº 568/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Os custos decorrentes da contratação de advogados não são indenizáveis, sob pena de atribuir ilicitude a qualquer pretensão questionada judicialmente. 3. A atuação judicial na defesa de interesses das partes é inerente ao exercício regular de direitos constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa e o amplo acesso à Justiça. Precedentes. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp nº 1.975.267/AC, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08.08.2022, DJe de

15.08.2022.)

Ante o exposto, nego provimento às apelações cíveis, a fim de manter a sentença atacada. Por consequente, majoro os honorários fixados em 2% (dois por cento).

É o voto.

Goiânia, 02 de maio de 2023.

Des. Itamar de Lima - Relator

Apelação Cível nº 5484752.66.2020.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: Divino Anselmo Orlando

Apelada: ANADEM - Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética

Relator: Des. Leobino Valente Chaves

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SEGURO. COBERTURA DO PROFISSIONAL EM CASO DE CONDENAÇÃO POR ERRO MÉDICO. AÇÃO REGRESSIVA DO HOSPITAL ORIGINARIAMENTE CONDENADO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA CONTRATUALMENTE. DESVIRTUAMENTO DA FINALIDADE ASSECURATÓRIA. DESPROVIMENTO.

I - Da análise da Resolução nº 0001/200, que criou e disciplinou o FUNDAP (Fundo de Defesa e Assistência Profissional Médica e Odontológica), posteriormente denominado como Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética - ANADEM, verifica-se que seu objetivo, seu alcance e sua destinação na parte assecuratória, são o ressarcimento do profissional médico ou odontólogo do valor referente à condenação que lhe venha a ser impingida mediante ação judicial após sua adesão (ainda que o fato tenha sido anterior a esta), movida por paciente e em decorrência do reconhecimento do erro no exercício da profissão.

II - **In casu**, o referido ajuste, ao cobrir a condenação do profissional quanto à indenização do paciente lesado, não abarca a hipótese em que fora condenado ao ressarcimento de Hospital em ação de Regresso. São causas de pedir e situações distintas.

III - A eventual procedência do pedido inicial representaria estender a compensação avençada, e impor à apelada o dever de ressarcir por situação a que não se submeteu, em total desvio.

IV - Mesmo a apelada não ostentando a natureza de seguradora, a interpretação do pacto firmado com o apelante visa, em finalidade, assegurá-lo frente a um evento, aplicando-se, por similitude, o art. 757 do Código Civil, pelo qual o contrato de seguro não permite interpretação extensiva ou ampliada em razão dos elementos que norteiam o princípio atuarial que o informa, ou seja, a fixação do prêmio a ser pago pelo segurado será de acordo com risco garantido pelo segurador, como equação para se estabelecer o montante da reparação. É o caso.

V - Uma vez que o recorrente era sócio do nosocômio que sofreu a condenação à indenização, muito embora não tenha sido parte em tal feito, mas por possuir certos atos de gestão na qualidade de Diretor Financeiro, segundo o respectivo estatuto social, e ainda que tal circunstância não seja processualmente relevante, entendo que fomenta especulações de má-fé trazidas pela apelada, e que se traduzem como elemento perfunctório de reforço da convicção quanto à possível utilização da adesão inicial ao fundo em tela em desvio de finalidade para a qual foi instituído.

APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 5484752-66.2020.8.09.0051, acordam os componentes da Primeira Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer e desprover o recurso, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do relator, o Desembargador Zacarias Neves Coêlho e o Dr. Átila Naves Amaral (substituto do Desembargador Amaral Wilson de Oliveira).

O Dr. Ladislau Gonçalves do Couto Neto fez sustentação oral pelo apelante e a Drª. Yucary Nagatani pela apelada.

Presidiu a sessão o Desembargador Reinaldo Alves Ferreira.

Como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, Dr. Abrão Júnior Miranda Coelho.

Goiânia, 04 de abril de 2023.

Des. Leobino Valente Chaves – Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A irresignação está circunscrita à sentença que julgou improcedente o pedido de Obrigação de Fazer do apelante frente à apelada, consistente na compensação de condenação por si sofrida, advinda de sua adesão em 2005, ao FUNDAP – Fundo de Defesa e Assistência Profissional Médica e Odontológica, criado pela Resolução nº 001/2000, que passou a denominar-se a atual ANADEM -

Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética, destinada a cobrir os valores a que venha o médico a ser condenado em reconhecimento de falha profissional.

A motivação fática advém da ação Regressiva do Hospital Monte Sinai Ltda. (atualmente Hospital Ruy Azeredo Ltda.) contra o recorrente, por ter sido referido nosocômio condenado ao pagamento de R\$529.424,46 (quinhentos e vinte e nove mil quatrocentos e vinte e quatro reais e quarenta e seis centavos) – feito nº 0381674-64.2008.8.09.0051, em ação de Indenização por erro médico imputado ao apelante – ação nº 9800749489.

Entendo que a controvérsia encontra resolução pelo exame acurado dos termos da citada Resolução 001/2000 de criação do Fundo originário, e que rege a relação jurídica estabelecida com o apelante, fonte para a pretensão inicial e que foi desacolhida pelo ato sentencial ora fustigado.

Primeiramente, estes são os objetivos do Fundo então criado, pelo art. 2º da referida Resolução:

“a) – dar assistência jurídica, judicial e pericial aos médicos, odontólogos e hospitais quando processados civil, ética ou criminalmente por ato decorrente do exercício profissional;

b) – proteger os médicos, odontólogos e hospitais cobrindo, em seu valor total, respeitado o limite de cobertura, eventuais condenações sofridas em processos indenizatórios por danos materiais ou morais, movidos por pacientes, em decorrência do exercício da profissão.” (Grifei)

Já quanto ao alcance da cobertura, o art. 9º do aludido ato dispõe:

“O PARTICIPANTE terá direito a assistência jurídica e a cobertura em caso de condenação em todo e qualquer processo ajuizado após a sua adesão ao FUNDAP, mesmo que o ato médico ou odontológico haja sido praticado antes. Parágrafo único. Será observada, para tanto, a data de protocolo da petição inicial.” (Destaquei)

Merece destaque, ainda, o art. 15, que assim observa:

“O Participante que for processado civil, ética ou penalmente por ato decorrente do exercício profissional terá o prazo de 48 horas, a partir do recebimento da citação, para notificar expressamente o FUNDAP, através do IBDM, enviando-lhe, inclusive, uma cópia integral da petição inicial, sob pena de perder o direito à cobertura.” (Grifei)

E, por fim, eis a dicção certa do art. 19 da Resolução nº 001/2000 focalizada:

“Caso o PARTICIPANTE venha a ser condenado em sentença transitada em julgado a indenização por danos patrimoniais ou morais, decorrentes da responsabilidade civil profissional, em função de ato médico ou odontológico, o mesmo será compensado no valor igual ao da condenação dentro o limite de cobertura, de acordo com a faixa de sua QUOTA MENSAL DE PARTICIPAÇÃO.” (Grifos meus)

Da análise sistematizada das disposições transcritas, verifica-se que a criação do Fundo, seu objetivo, seu alcance e sua destinação na parte assecuratória, são o ressarcimento do profissional médico ou odontólogo do valor referente à condenação que lhe venha a ser impingida mediante ação judicial após sua adesão (ainda que o fato tenha sido anterior a esta), movida por paciente e em decorrência do reconhecimento do erro no exercício da profissão.

Esta é a interpretação textual da contratação.

No caso destes autos, conclui-se, com bastante simplicidade, pela inexistência do primeiro e basililar requisito para o pretense recebimento do valor compensatório em questão, indagando-se: o apelante foi condenado em ação ajuizada por paciente a que tenha assistido, após ter aderido ao FUNDAP (agosto de 2005), em virtude de falha no seu exercício profissional?

A resposta é clara: não. O Hospital sim, o fora.

E a ação de Regresso não possui como desiderato condenar o recorrente pelo ato lesivo que praticou ao exercer sua profissão, mas sim de ver reconhecido o direito do nosocômio, então condenado, ao ressarcimento pelo que despendeu pela conduta lesiva do profissional, conforme o art. 984 do Código Civil que diz:

“Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.” (Grifos meus)

Assim, é livre de qualquer dúvida que o ressarcimento estabelecido pelas partes contendoras visa ressarcir o médico pela condenação sofrida decorrente de ação judicial, que a ele foi creditado o dever de indenizar seu paciente por danos advindos de sua conduta profissional, e não aquela em que fora condenado ao ressarcimento no feito de regresso. São causas de pedir distintas.

A eventual procedência do pedido inicial representaria estender a compensação avençada, e impor à apelada o dever de ressarcir por situação a que não se submeteu, em total desvio.

Mesmo a apelada não ostentando a natureza de seguradora, a interpretação do pacto firmado com o apelante visa, em finalidade, assegurá-lo frente a um evento, aplicando-se, por similitude, o art. 757 do Código Civil, pelo qual o contrato de seguro não permite interpretação extensiva ou ampliada em razão dos elementos que norteiam o princípio atuarial que o informa, ou seja, a fixação do prêmio a ser pago pelo segurado será de acordo com risco garantido pelo segurador, como equação para se estabelecer o montante da reparação. É o caso.

A propósito, por definição, o art. 757 do Código Civil dispõe:

“Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.”

A doutrina de Cesare Vivante, quanto a tal avença, ensina ser “aquele pelo qual uma empresa se obriga a pagar certa soma, dado um evento fortuito, mediante prêmio calculado segundo as probabilidades daquele evento suceder”. (Instituições de Direito Comercial. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 285).

E assim é, por tais elementos, que norteiam o princípio atuarial, aplicável à contratação em referência, ou seja, a fixação do prêmio (quota mensal de participação) a ser pago pelo segurado (profissional aderente) de acordo com risco garantido pelo segurador (fundo/associação), como equação para se estabelecer o montante da compensação, é que não se permite interpretação extensiva do alcance da hipótese de cobertura contratada (condenação em ação movida por paciente em razão de erro médico).

Chega-se, aqui, ao que Paulo Luiz Netto Lôbo, citado por Rodrigo Toscano de Brito em sua obra, traduz como:

"...o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização de interesses". (Equivalência material dos contratos, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6).

Nesse rumo, a jurisprudência possui orientação indiscrepante, ao firmar a liberdade e boa-fé na realização do contrato de seguro, ou como neste caso em que se visa compensação mediante pagamento de quota mensal de adesão, havendo limites até mesmo quando regido pelas garantias consumeristas, que nem é a situação deste feito:

"Direito civil e do consumidor. Recurso especial. Ação civil pública. Seguro de vida em grupo. Garantia adicional por invalidez permanente total ou parcial por acidente. Delimitação da cobertura securitária. Legalidade. Cláusula abusiva. Inexistência. Recurso desprovido. 1. (...) 4. É da própria natureza do contrato de seguro a prévia delimitação dos riscos cobertos a fim de que exista o equilíbrio atuarial entre o valor a ser pago pelo consumidor e a indenização securitária de responsabilidade da seguradora, na eventual ocorrência do sinistro. 5. (...). 6. Ademais, é prudente que a análise da abusividade contratual seja realizada no caso concreto específico e pontual, ocasião em que deverão ser verificados aspectos circunstanciais, como o valor da mensalidade do seguro e do prêmio correspondente, realizando-se ainda uma comparação com outros contratos de seguro ofertados no mercado; as características do consumidor segurado; os efeitos nos cálculos atuariais caso incluída a cobertura de novos riscos; se houve informação prévia, integral e adequada a respeito da cláusula limitativa, inclusive com redação destacada na apólice de seguro, entre outros. 7. Dessa forma, a cláusula contratual que circunscreve e particulariza a cobertura securitária não encerra, por si, abusividade nem indevida condição potestativa por parte da seguradora, ainda que analisada – de forma puramente abstrata - pela ótica do Código de Defesa do Consumidor. 8. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ, Quarta Turma, REsp 1.358.159/SP, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJ de 16.06.2021). (Grifei)

"Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais cumulada com indenização. Contrato de seguro. Transporte terrestre de cargas. Roubo de mercadorias. Exigência de monitoramento ou escolta armada. Gerenciamento de risco. Legalidade. Descumprimento. Agravamento do risco. Exclusão de cobertura. Possibilidade. Agravo interno não provido. 1. Nos termos da jurisprudência consolidada no âmbito das turmas que compõem a Segunda Seção, 'a cláusula de gerenciamento de riscos, em si, é legal e compatível com os contratos de seguro' (REsp 1.314.318/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.06.2016, DJe de 06.09.2016). 2. É legítima a negativa da seguradora à cobertura na hipótese de exclusão ou limitação expressa de cobertura, porquanto as cláusulas do contrato de seguro devem ter interpretação restritiva. Precedentes. (...)." (STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 1076414/SP, Relator Ministro Raul Araújo, DJ de 23.10.2020).

Também:

"Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato de seguro de vida em grupo. Pedido alternativo. Inovação recursal. Ausência de cobertura. Aposentadoria por invalidez permanente concedida

pelo INSS não induz ao recebimento. 1. (...) 2. O contrato de seguro é regido pelos termos da apólice, não há como impor à seguradora o pagamento de indenização decorrente de risco não assumido, na dicção do art. 757, do Código Civil, ainda que se permita o diálogo das fontes como critério interpretativo. 3. A inexistência de previsão de pagamento de indenização para o caso de invalidez decorrente de esforços repetitivos não induz à interpretação extensiva a ponto de amoldá-la à invalidez decorrente de acidente. 4 (...).” (TJGO, Primeira Câmara Cível, AC 0102309-35.2017.8.09.0113, Relator Desembargador Maria das Graças Carneiro Requi, DJ de 31.08.2022).

“Apelação cível. Ação de indenização. Danos materiais e morais. Furto de caminhão em estacionamento do posto de combustível. Dever de guarda e vigilância. Art. 945, do CC. Culpa concorrente. Pedidos julgados parcialmente procedentes. Sentença reformada. 1. (...) 4. No que diz respeito à responsabilidade da Associação/Seguradora, de acordo com o art. 757, **caput**, do Código Civil, pelo contrato de seguro, o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Sendo assim, os riscos assumidos pelo segurador são exclusivamente os assinalados na apólice, dentro dos limites por ela fixados, não se admitindo a interpretação extensiva, nem analógica. 5. (...).” (TJGO, Segunda Câmara Cível, AC 0122466-44.2017.8.09.0011, Relator Desembargador José Carlos de Oliveira, DJ de 23.06.2022).

“Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro de responsabilidade civil roubo de carga durante o transporte. Descumprimento de cláusula de gerenciamento de risco. Ausência de monitoramento e rastreamento. Descumprimento das condições estabelecidas na apólice. Indenização indevida. 1. De acordo com o artigo 757, **caput**, do Código Civil, pelo contrato de seguro, o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Desta forma, os riscos assumidos pelo segurador são exclusivamente os assinalados na apólice, dentro dos limites por ela fixados, não se admitindo a interpretação extensiva, nem analógica. 2. No caso concreto, não é devida a cobertura securitária porque a autora, ora apelante, não providenciou regular monitoramento/rastreamento da carga objeto do roubo, exigência expressamente prevista no contrato de seguro. Apelação conhecida e desprovida.” (TJGO, Segunda Câmara Cível, AC 0375823-91.2005.8.09.0134, Relator Dr. Reinaldo Alves Ferreira, DJ de 24.06.2019).

Outrossim, é fato incontroverso que o apelante era sócio do Hospital Monte Sinai, posteriormente nominado Hospital Ruy de Azeredo Ltda., que o acionou regressivamente, porém o mesmo sustenta sê-lo de modo minoritário, detendo apenas 4% das cotas e sem cargo de gestão.

Observa-se, contudo, que a 17ª alteração do contrato social, realizada em 2007 (movimento 18 – arquivo 3), quando já estabelecida a condenação ao hospital, aponta ao recorrente o percentual de 24,98% das respectivas cotas sociais, além de, na qualidade de Diretor Financeiro, possuir atos administrativos por assinar, em determinadas situações, em conjunto com o Diretor Geral – cláusula quinta.

Este cenário, muito embora não seja processualmente relevante, fomenta especulações de má-fé trazidas pela apelada, e que se traduzem como elemento perfunctório de reforço da convicção quanto à possível utilização da adesão inicial ao fundo em desvio de finalidade para a qual foi instituído.

Enfeixando, destaco o seguinte trecho da sentença que realizou a correta exegese da matéria controvertida, dirimindo-a com acerto:

“...Contudo, a adesão do autor foi feita em 24.08.2005 e a ação indenizatória proposta contra o Hospital, que tramitou perante o Juízo da 9ª Vara de Família, Sucessões e Cível da Comarca de Goiânia-GO, foi protocolada no ano de 1998 com o protocolo nº 9800749489 tendo como autores Paulo Vinícius dos Santos e Marisane Pereira Rocha e como réu o Hospital Monte Sinai, ou seja, a referida ação foi protocolizada muito antes da adesão da parte autora à Associação ré, aliás, na época do ajuizamento da ação de indenização originária, a Associação Ré sequer existia.

E na Resolução não consta ressarcimento em Ação Regressiva, até porque o médico, ora autor, não chegou a ser parte e condenado na Ação de Indenização, e mesmo que fosse, não teria direito, pois a data do protocolo da Ação de Indenização originária foi anterior à adesão do autor à Associação requerida, como já dito, até porque, conforme já mencionado, na data do ajuizamento da Ação de Indenização Originária, a Associação requerida ainda não existia.”

Ante o exposto, nego provimento à apelação e mantenho a sentença tal como lançada. Majoro em 2% (dois por cento) os honorários de sucumbência, perfazendo 12% (doze por cento) do valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

É o voto.

Goiânia, 04 de abril de 2023.

Des. Leobino Valente Chaves - Relator

Apelação Cível nº 5431766.38.2021.8.09.0072

Comarca de Inhumas

Apelante: Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico

Apelado: Jean Augusto Vieira

Relator: Des. Luiz Eduardo de Sousa

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE QUANTIA PAGA C/C DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE URGÊNCIA REALIZADO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO AO PLANO DE SAÚDE. INSUFICIÊNCIA CARDÍACA GRAVE. PLÁSTICA DA VALVA MITRAL. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. REEMBOLSO DEVIDO NOS LIMITES DA TABELA MÉDICA – ART. 12, INCISO VI DA LEI 9.656/98 –

SENTENÇA CONFIRMADA. HONORÁRIOS MAJORADOS EM GRAU RECURSAL.

I - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de plano privado de assistência à saúde (Súmula 469 do STJ).

II - O consumidor contratante de plano de saúde possui direito ao reembolso das despesas realizadas em rede não credenciada pela operadora quando existente quadro qualificado como de urgência ou emergência, na forma do art. 12, VI, da Lei nº 6.956/98.

III - Aplica-se o Princípio da Confiança, que é traduzido no estreitamento da relação paciente/médico, haja vista o fato de o enfermo depositar extrema confiança no profissional que o diagnosticou, prescreveu e acompanhou a evolução do tratamento para atingir a cura da patologia que o acometeu, e, salvo melhor juízo, não parece razoável que em situação de tamanha fragilidade e preocupação, o paciente seja exposto a uma cirurgia delicada (insuficiência cardíaca grave), com outro profissional que não seja aquele que já conhece o seu quadro clínico, com todas as suas especificidades.

IV - Diante da valorização da confiança depositada no vínculo paciente/médico, deve ser respeitado o direito do Apelado de tratar com o profissional, ainda que descredenciado, que fez o diagnóstico desde a primeira consulta, até a cirurgia e, portanto, possui mais conhecimento acerca do quadro de saúde apresentado pelo autor/Apelado.

V - Ademais, se o apelado tivesse se utilizado dos profissionais credenciados para a realização da cirurgia descrita nos autos, o plano de saúde apelante estaria obrigado ao pagamento tanto da equipe médica quanto das despesas hospitalares, tendo em vista que o procedimento indicado ao paciente é coberto pelo contrato entabulado entre as partes, de modo que perfeitamente cabível a restituição pleiteada, limitada aos valores previstos na Tabela do Plano de Saúde, à luz do art. 12, VI, da Lei 9.656/98.

VI - Desprovido o apelo, majora-se a verba honorária, em desfavor da apelante, para o montante de 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 5431766-38.2021.8.09.0072, da Comarca de Inhumas, interposta por Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico.

Acordam os integrantes da Primeira Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade, em conhecer da apelação e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do relator, a Desª. Amélia Martins de Araújo e a Desª. Maria das Graças Carneiro Requi.

Presidiu o julgamento, o Desembargador Fernando de Castro Mesquita.

Compareceu à sessão o Dr. Jefferson de Paula Coutinho, representando o apelado.

Presente à sessão a Procuradora de Justiça, Drª. Laura Maria Ferreira Bueno.

Custas de lei.

Goiânia, 30 de maio de 2023.

Des. Luiz Eduardo de Sousa - Relator

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Conforme relatado, trata-se de Apelação Cível, interposta pela Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico, em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Inhumas, que nos autos da Ação de Restituição de Quantia paga c/c Indenização por Danos Morais, proposta por Jean Augusto Vieira, julgou nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a ré a ressarcir ao autor os valores despendidos com honorários médicos na cirurgia plástica da valva mitral, nos limites da tabela da cooperativa médica, nos termos da Lei 9656/98, artigo 12, VI. Considerando a sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor condenação, nos termos do art. 85, § 2º do CPC, na proporção de 50% para cada uma, vedada a compensação (art. 85, § 14º, do CPC), cuja exigibilidade em relação ao autor permanecerá suspensa por até 05 (cinco) anos, em virtude da gratuidade da justiça.

Em suas razões recursais, a Apelante afirma que a entabulação existente entre as partes não permite a escolha, pelo beneficiário, de médico não cooperado/credenciado à operadora, conforme expresso em contrato, não se evidenciando nos autos a situação de urgência e/ou emergência para o procedimento cirúrgico, de modo que defende ser incabível a restituição determinada na sentença.

Pois bem. Primeiramente, importante mencionar que a relação entre o plano de saúde e segurado é de consumo, visto que preenche os requisitos constantes nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor; sujeitando-se, então, à incidência dos princípios e da legislação Consumerista.

Inclusive, a matéria foi sumulada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, **in verbis**:

Súmula nº 469 – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Desta feita, faremos a análise do caso concreto sob o prisma do Estatuto do Consumidor.

No caso em debate, o apelado afirma que necessitou dos serviços médicos hospitalares de equipe cirúrgica (cirurgião principal e instrumentador perfusionista) de cirurgia de plástica da valva

mitral realizada no Hospital Anis Rassi, na cidade de Goiânia-GO, procedimento que custou o montante de R\$30.000,00 (trinta mil reais). Além dos valores depreendidos citados, o requerente também necessitou arcar com os serviços hospitalares, que totalizaram o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

A controvérsia travada no caso em análise diz respeito à licitude ou não da negativa de reembolso dos valores gastos com o tratamento cirúrgico realizado pelo Apelado, sob a justificativa de que o procedimento em questão não se permite a escolha pelo beneficiário de médico não cooperado/credenciado à operadora e que o Apelado deveria estar em condições de urgência e/ou emergência para realização do ato cirúrgico.

Sobre o tema, impõe-se transcrever o disposto no artigo 12, VI, da Lei 9.656/1998, confira-se: Art. 12 – São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

(...) VI – reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, ou credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após na entrega da documentação adequada; (grifei)

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sedimentado no sentido em que somente é exigível o reembolso de despesas médicas por procedimentos realizados fora da rede credenciada do plano de saúde em situações excepcionais. **In verbis:**

“o reembolso das despesas médico-hospitalares efetuadas pelo beneficiário com tratamento/atendimento de saúde fora da rede credenciada pode ser admitido somente em hipóteses excepcionais, tais como a inexistência ou insuficiência de estabelecimento ou profissional credenciado no local e urgência ou emergência do procedimento.” (EAREsp nº 1.459.849/ES, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, DJe 17.12.2020). (grifei)

No tocante ao quadro de urgência e emergência, assim conceitua o artigo 35-C, incisos I e II, da Lei nº 9.656/98, veja-se:

Art. 35-C – É obrigatória a cobertura de atendimento nos casos:

I – de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II – de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações do processo gestacional;

No caso dos autos, é inconteste a urgência do procedimento a que foi submetido o consumidor, pois, segundo relatório acostado na mov. 01, arquivo 05, elaborado pelo Dr. Aleksander Dobrianskyj, CRM 4935, médico assistente do Apelado atestou que:

“O Sr. Jean Augusto Vieira apresenta-se com insuficiência mitral grave associada a uma massa de tecido no folheto posterior da valva mitral, com alto risco de embolia.

Necessitou de cirurgia para exeresse do folheto parcialmente roto e plástica da valva mitral, realizada no dia 26 de abril de 2021.”

Como visto, o paciente apresentava insuficiência cardíaca grave e optou por submeter-se ao procedimento cirúrgico indicado, com o seu médico de confiança, em momento de angústia diante do risco que estava sujeito, e salvo melhor juízo, não nos parece crível que em situação de tamanha fragilidade e preocupação, o paciente seja exposto a uma cirurgia delicada, com outro profissional que não seja aquele que já conhece o seu quadro clínico, com todas as suas especificidades.

Em casos tais, a meu sentir, resta inegável o direito ao ressarcimento, pela tabela de serviços médicos, da despesa suportada pelo consumidor, a qual foi comprovada por meio das notas fiscais colacionadas na movimentação 01, arquivo 07.

De mais a mais, em casos tais, deve-se prestigiar o princípio da confiança, que é traduzido no estreitamento da relação paciente/médico, haja vista o fato de o enfermo depositar extrema confiança no profissional que o diagnosticou, prescreveu e acompanhou a evolução do tratamento para atingir a cura da patologia que o acometeu.

Diante da valorização da confiança depositada no vínculo paciente/médico, deve ser respeitado o direito do Apelado de tratar com o profissional, ainda que descredenciado, que fez o diagnóstico desde a primeira consulta, até a cirurgia e, portanto, possui mais conhecimento acerca do quadro de saúde apresentado pelo autor/ Apelado.

Logo, mostra-se razoável impor ao apelante o ressarcimento do valor relativo ao procedimento cirúrgico e demais despesas médicas suportadas pelo apelado, limitado aos valores da tabela do plano, haja vista a escolha de profissional não credenciado, em razão da gravidade e urgência da cirurgia a qual submetera-se o autor.

Quanto ao tema, os seguintes julgados:

Ementa: Embargos de declaração em apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e pedido de tutela de urgência. Direito do consumidor. Plano de saúde. Cirurgia cardíaca em recém nascido em outra cidade. Rede não credenciada. Situação de urgência. Custeio das despesas no limite da tabela da cooperativa médica. Desprovemento do apelo interposto pelos embargantes. Pretensão de aplicação de efeitos infringentes ao julgado. Alegação de vícios no acórdão. Omissão não configurada. Rediscussão. Não cabimento. (...) 2. Possibilidade de reembolso pelo plano de saúde de despesas médicas. Nos termos do disposto no artigo 12, inciso VI, da Lei nº 9.656/98, é possível, como exceção, o custeio de despesas médico-hospitalares em estabelecimento e/ou médico não credenciados, desde que se trate de patologia coberta, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras. (...) Embargos de declaração conhecidos, mas rejeitados. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5192842-44.2017.8.09.0051, Relator Desembargador Jeronymo Pedro Villas Boas, 6ª Câmara Cível, julgado em 12.12.2022, DJe de 12.12.2022). Grifei.

Ementa: Apelação cível. Ação de reembolso de valores c/c indenização por dano moral. Plano de saúde. Cirurgia realizada fora da cobertura do plano. Situação de emergência - comprovada. Reembolso devido. Ré revel. Quadro mínimo de provas formado pelo autor. 1. Comprovada a situação de urgência e/ou emergência por parte do usuário/consumidor, por meio da documentação acostada, devido se mostra o reembolso pretendido. (...) (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5464358-71.2020.8.09.0137, Relator Desembargador Gilberto Marques Filho, 3ª Câmara Cível, julgado em 24.08.2022, DJe de 24.08.2022). Grifei.

Ementa: apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Procedimentos realizados em hospital não credenciado. Inexigibilidade de conduta diversa do apelado na busca por hospital credenciado. Risco à vida. Previsão contratual. Recusa de ressarcimento afastada. Observância da tabela da operadora de saúde. Ônus sucumbenciais. Distribuição **pro rata**. Prequestionamento. Sentença reformada. I - Diante da previsão contratual e da legislação pertinente, a operadora de plano de saúde deve reembolsar o seu consumidor que, em situação de emergência e/ou urgência, utilizar serviços fora do âmbito coberto pelo seu tipo de plano, quando não for possível fazê-lo com os credenciados da cooperativa médica, nos limites do que define em tabela própria. (...) Apelação cível conhecida e parcialmente provida. (TJGO, Apelação (CPC) 5515307-71.2017.8.09.0051, Relator Wilson Safatle Faiad, 6ª Câmara Cível, julgado em 05.11.2019, DJe de 05.11.2019). Grifei.

Ademais, se o apelado tivesse se utilizado dos profissionais credenciados para a realização da cirurgia descrita nos autos, o plano de saúde apelante estaria obrigado ao pagamento tanto da equipe médica quanto das despesas hospitalares, tendo em vista que o procedimento indicado ao paciente é coberto pelo contrato entabulado entre as partes, de modo que perfeitamente cabível a restituição pleiteada, limitada aos valores previstos na Tabela do Plano de Saúde, à luz do art. 12, VI, da Lei 9.656/98.

Ante o exposto, conheço do recurso, e nego-lhe provimento, para manter a sentença hostilizada nos termos em que prolatada.

Dante desse desfecho, majora-se a verba honorária, em desfavor da apelante, para o montante de 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

É o voto.

Goiânia, 30 de maio de 2023.

Des. Luiz Eduardo de Sousa - Relator

Apelação Cível nº 5554798.80.2020.8.09.0051

4ª Câmara Cível

Apelante: Tokio Marine Seguradora S/A

Apelado: Ronaldo Alves de Amorim

Relatora: Desª. Nelma Branco Ferreira Perilo

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SEGURO FACULTATIVO. CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL. ACIDENTE. DIVERGÊNCIA NAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO SEGURADO. NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA. AGRAVAMENTO DO RISCO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC. SALVADO. VENDA. ABATIMENTO VALOR INDENIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

I - Aplicável ao caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a relação estabelecida por meio de contrato de seguro é de consumo, enquadrando-se as partes nos conceitos de consumidor e de fornecedor de serviços.

II - A “cláusula de perfil” deve ser tida apenas como parâmetro na fixação do prêmio, não servindo de fundamento para seguradora afastar sua obrigação de pagar o seguro.

III - Conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: “As declarações inexatas ou omissões no questionário de risco em contrato de seguro de veículo automotor não autorizam, automaticamente, a perda da indenização securitária. É preciso que tais inexatidões ou omissões tenham acarretado concretamente o agravamento do risco contratado e decorram de ato intencional do segurado. Interpretação sistemática dos arts. 766, 768 e 769 do CC/02” (Resp 1210205/RS).

IV - A existência de divergências entre os dados indicados pelo contratante por ocasião celebração do contrato e aqueles verificados quando da regulação do sinistro não pode ser considerada irregularidade a justificar a negativa de cobertura apresentada pela seguradora, sobretudo quando não comprovado que tal situação implicou no agravamento do risco e quando não há indícios de atuação da parte contratante em má-fé.

V - A correção monetária pelo INPC incide desde a data de comunicação do sinistro e os juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

VI - Não há falar em transferência da propriedade do salvado à apelante, haja vista que restou comprovado, pelo contrato de compra e venda colacionado à inicial, que houve a venda. Assim, escorrega a sentença ao determinar o abatimento do lucro obtido pela parte com a venda do veículo no valor indenizatório devido. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação Cível nº 5554798.80.2020.8.09.0051, figurando como apelante Tokio Marine Seguradora S/A e apelada Ronaldo Alves de Amorim.

Acordam os integrantes da Segunda Turma Julgadora da 4ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, conhecer da apelação e desprovê-la, nos termos do da relatora.

O julgamento foi presidido pela Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.

Presente o representante do Ministério Público.

Des^a. Nelma Branco Ferreira Perilo – Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Tokio Marine Seguradora S/A, em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, Dr. Jonas Nunes Resende, nos autos da ação de indenização proposta em seu desfavor por Ronaldo Alves de Amorim.

Segundo a narrativa da exordial, no dia 24.03.2020, o veículo Toyota Corolla GLI 1.8 FLEX 16V Automático, placa PQZ-0765, ano/modelo 2016/2017, chassi 9BRBLWHE3H0079302, do autor – segurado pela requerida – envolveu-se em um acidente de trânsito que culminou em perda total do bem.

Acionado o seguro, a requerida indeferiu o pedido administrativo, sob o argumento de que “o principal condutor declarado na apólice diverge do principal condutor apurado em fase de regulação”, o que enseja a exclusão da cobertura securitária.

Consta que, para minorar os prejuízos, o autor vendeu o salvado pelo valor de R\$16.000,00 razão pela qual pugnou pela condenação da requerida ao pagamento de indenização securitária no valor de R\$49.611,00, devidamente atualizado, e da verba sucumbencial.

Após regular trâmite, seguiu-se a sentença recorrida (evento 56), em que o magistrado de primeira instância julgou procedente o pedido contido na inicial, nos seguintes termos:

“(…) Por todo o exposto, julgo procedente o pedido inicial para condenar a requerida Tokio Marine Seguradora S/A a pagar ao autor Ronaldo Alves de Amorim a indenização securitária referente a perda total do veículo segurado, no valor de R\$65.611,00, que era o valor da tabela FIPE do veículo da data em que o sinistro foi comunicado à seguradora (30.03.2020), deduzindo-se o valor de R\$16.000,00 pela venda do salvado, e o valor restante de R\$49.611,00 (quarenta e nove mil e seiscentos e onze reais), deverá ser corrigido pelo INPC desde a data do aviso do sinistro (30.03.2020) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, estes desde a citação (01.06.2021), tudo conforme fundamentos supra.

Condeno a parte requerida ao pagamento das custas do processo, e dos honorários do advogado da parte autora, verba esta que fixo em 10% sobre o valor dado atualizado da causa, com fundamento no art. 85, § 2º, do CPC. (...)"

Em suas razões recursais (evento 59) a requerida, Tokio Marine Seguradora S/A, alega, em preliminar, a legitimidade ativa **ad causam** do autor, sob o argumento de que o veículo sinistrado é de propriedade de Leandro Rodrinny de Carvalho, conforme Compromisso Particular de Compra e Venda de Veículo.

No mérito, defende que a sentença impugnada não merece prevalecer, haja vista que, durante a fase regulatória, restou comprovada "notória violação aos termos do contrato", porquanto apurado que "o principal condutor declarado na apólice diverge do condutor do veículo na ocasião do sinistro, conforme apurado em fase de regulação do sinistro."

Brada que, no momento da contratação, não foi prestada a informação de que o veículo poderia ser conduzido eventualmente por seu filho, já que no questionário de risco, foi apresentado como condutor principal apenas o próprio segurado não sendo informado que o veículo poderia ser conduzido por qualquer outra pessoa, constando em sua apólice que a utilização do veículo seria de uso do segurado."

Aduz que a omissão da referida informação "gerou alteração na precificação do prêmio" e "análise equivocada com base em informações inverídicas" e, de consequência, "aceitação da proposta quando possivelmente haveria negativa."

Frisa que, diante das inverídicas informações prestadas pelo autor, houve agravamento do risco com relação ao perfil do condutor do veículo segurado, acarretando a perda do direito.

Sustenta que informações inverídicas são comuns com o objetivo de "pagar um prêmio a menor, tentando claramente obter uma vantagem financeira, em flagrante má-fé da parte recorrida."

Em seguida, discorre acerca das coberturas previstas na apólice, do contrato securitário e da aplicabilidade limitada das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Destaca a não incidência de juros moratórios sobre as coberturas securitárias, ou sua incidência a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória; bem assim aplicação da taxa Selic, a partir da citação, nos termos do arts. 219 do CPC e 405 do CC.

Subsidiariamente, requer seja a parte recorrida "instada a efetuar a entrega de toda a documentação do veículo ressarcido à Cia., livre e desembaraçado, a fim de que seja regularizada a situação jurídica do salvado do bem junto ao órgão oficial de trânsito (DETRAN), conforme preceitua o artigo 786 do Código Civil"; ou que "seja expedido ofício ao Detran local para que transfira a propriedade do bem à Cia seguradora."

Por tais razões, requer o conhecimento e o provimento deste recurso, nos termos acima expendidos.

Contrarrazões (evento 62), pelo desprovimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Encaminhem-se os autos à Secretaria da 4ª Câmara Cível, para os fins do disposto no artigo 934 do CPC (inclusão do feito em pauta).

Paulo César Alves das Neves – Relator

VOTO

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade do recurso de apelação, recebo-o em ambos os efeitos, nos termos dos artigos 1.012, **caput**, e 1.013 do CPC, e dele conheço.

Cuida-se, conforme relatado, de apelação cível interposta por Tokio Marine Seguradora S/A, em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, Dr. Jonas Nunes Resende, nos autos da ação de indenização proposta em seu desfavor por Ronaldo Alves de Amorim.

Segundo a narrativa da exordial, no dia 24.03.2020, o veículo Toyota Corolla GLI 1.8 FLEX 16V Automático, placa PQZ-0765, ano/modelo 2016/2017, chassi 9BRBLWHE3H0079302, do autor – segurado pela requerida – envolveu-se em um acidente de trânsito que culminou em perda total do bem.

Acionado o seguro, a requerida indeferiu o pedido administrativo, sob o argumento de que “o principal condutor declarado na apólice diverge do principal condutor apurado em fase de regulação”, o que enseja a exclusão da cobertura securitária.

Consta que, para minorar os prejuízos, o autor vendeu o salvado pelo valor de R\$16.000,00, razão pela qual pugnou pela condenação da requerida ao pagamento de indenização securitária no valor de R\$49.611,00, devidamente atualizado, e da verba sucumbencial.

Após regular trâmite, seguiu-se a sentença recorrida (evento 56), em que o magistrado de primeira instância julgou procedente o pedido contido na inicial, nos seguintes termos:

“(…) Por todo o exposto, Julgo procedente o pedido inicial para condenar a requerida Tokio Marine Seguradora S/A a pagar o autor Ronaldo Alves de Amorim a indenização securitária referente a perda total do veículo segurado, no valor de R\$65.611,00, que era o valor da tabela FIPE do veículo na data em que o sinistro foi comunicado à seguradora (30.03.2020), deduzindo-se o valor de R\$16.000,00 pela venda do salvado, e o valor restante de R\$49.611,00 (quarenta e nove mil e seiscentos e onze reais), deverá ser corrigido pelo INPC desde a data do aviso do sinistro (30.03.2020) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, estes desde a citação (01.06.2021), tudo conforme fundamentos supra.

Condeno a parte requerida ao pagamento das custas do processo, e dos honorários do advogado da parte autora, verba esta que fixo em 10% sobre o valor dado atualizado da causa, com fundamento no art. 85, § 2º, do CPC. (...)”

Em suas razões recursais (evento 59) a requerida, Tokio Marine Seguradora S/A, alega, em preliminar, a ilegitimidade ativa ad causam do autor, sob o argumento de que o veículo sinistrado é de propriedade de Leandro Rodrinny de Carvalho, conforme Compromisso Particular de Compra e Venda de Veículo.

No mérito, defende que a sentença impugnada não mercê prevalecer, haja vista que, durante a fase regulatória, restou comprovada “notória violação aos termos do contrato”, porquanto apurado que “o principal condutor declarado na apólice diverge do condutor do veículo na ocasião do sinistro,

conforme apurado em fase de regulação do sinistro.”

Brada que, no momento da contratação, “não foi prestada a informação de que o veículo poderia ser conduzido eventualmente por seu filho, já que no questionário de risco, foi apresentado como condutor principal apenas o próprio segurado não sendo informado que o veículo poderia ser conduzido por qualquer outra pessoa, constando em sua apólice que a utilização do veículo seria de uso do segurado.”

Aduz que a omissão da referida informação “gerou alteração na precificação do prêmio” e “análise equivocada com base em informações inverídicas” e, de consequência, “aceitação da proposta quando possivelmente haveria negativa.”

Frisa que, diante das inverídicas informações prestadas pelo autor, houve agravamento do risco com relação ao perfil do condutor do veículo segurado, acarretando a perda do direito.

Sustenta que informações inverídicas são comuns com o objetivo de “pagar um prêmio a menor, tentando claramente obter uma vantagem financeira, em flagrante má-fé da parte recorrida.”

Em seguida, discorre acerca das coberturas previstas na apólice, do contrato securitário e da aplicabilidade limitada das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Destaca a não incidência de juros moratórios sobre as coberturas securitárias, ou sua incidência a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória; bem assim aplicação da taxa Selic, a partir da citação, nos termos do arts. 219 do CPC e 405 do CC.

Subsidiariamente, requer seja a parte recorrida “instada a efetuar a entrega de toda a documentação do veículo ressarcido à Cia., Livre e Desembaraçado, a fim de que seja regularizada a situação jurídica do salvado do bem junto ao órgão oficial de trânsito (DETRAN), conforme preceitua o artigo 786 do Código Civil”; ou que “seja expedido ofício ao Detran local para que transfira a propriedade do bem à Cia seguradora.”

Por tais razões, requer o conhecimento e o provimento deste recurso, nos termos acima expendidos.

Passa-se à análise do recurso, a começar pela preliminar de ilegitimidade ativa **ad causam**, a qual, adianta-se, não merece prosperar.

Consoante cediço, a apuração da legitimidade ativa ou passiva para um dado processo se faz por meio da verificação da relação de direito material em discussão. Logo, deve-se apurar se as partes litigantes estão vinculadas pela relação de direito material discutida, caso em que o requisito da legitimidade estará satisfeito.

Acerca do tema, preleciona Humberto Theodoro Júnior:

“Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.” (in Curso de Direito Processual Civil, 41ª Ed., Vol. I, pág. 57).

No caso, como bem consignado pelo magistrado sentenciante, apesar da venda do salvado, devidamente comprovada pelo contrato de compra e venda acostado à inicial, “é o autor quem figura como segurado na apólice contratada (evento nº 01, arq. 08)”, restando, portanto, “caracterizada a sua legitimidade para figurar no polo ativo da presente ação.”

Afasta-se, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam e passa-se à análise do mérito.

O cerne do presente recurso se restringe em saber se o autor segurado tem direito à indenização pela perda total do seu veículo em razão de acidente de trânsito, apesar de o condutor do veículo no momento do sinistro não ter sido indicado como condutor principal quando da contratação.

Inicialmente, cumpre salientar que o autor é destinatário final do produto oferecido ou do serviço prestado pela ré/apelante, nos termos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, pelo que a relação jurídica em questão – seguro de automóvel – tem natureza consumerista, atraindo os vetores normativos e interpretativos constantes no estatuto consumerista ao caso ora em comento, com destaque ao próprio conceito de serviço vazado no § 2º do artigo 3º do CDC, **in verbis**:

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Firmada tal premissa, sabe-se que o contrato de seguro visa assegurar interesse do segurado, se individual, ou dos segurados, se coletivo, em caso de sinistro, obrigando-se o(s) segurador(es), ao pagamento de uma indenização, cujos critérios de mensuração são previamente estabelecidos pelas próprias partes através da apólice, instrumento do contrato de seguro onde são mencionados os riscos assumidos, o início e o fim de validade, o limite da garantia e a indenização devida.

Os artigos 757 e 758, ambos do Código Civil, dispõem que:

“Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Art. 758. O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio.”

Com efeito, o contrato de seguro é um pacto aleatório vinculado a evento futuro e incerto, causador de prejuízo, de sorte que a prova da contratação se dá por meio da apólice ou bilhete do seguro. Na falta deles, o contrato pode ser provado, por documento comprobatório de pagamento do respectivo prêmio.

Sob essa perspectiva, vê-se que o risco é o fator determinante que impulsiona a celebração desse tipo de contrato, acordando as partes acerca da modalidade de risco albergado e a necessária boa-fé dos contratantes.

O artigo 765, do Código Civil, prevê que “o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”

Quanto ao agravamento do risco, o artigo 768, do Código Civil, estabelece o seguinte: “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.”

Verifica-se, assim, que o agravamento do risco, como fator excludente do dever de indenizar, de ser analisado de forma restritiva. Somente pode ser considerado agravado o risco, quando restar provado que o segurado agiu, intencionalmente, para se beneficiar do valor da indenização, não cabendo conjecturas de probabilidades.

Nesse sentido, José Augusto Delgado leciona:

“A jurisprudência tem firmado posição no sentido de que o fenômeno da agravação do risco mercê exame de forma restritiva, isto é, só se pode considerá-lo como existente quando, na realidade, houver prova concreta que o segurado agiu intencionalmente para a sua consumação.

O risco agravado pelo segurado é aquele causado por vontade própria. Embora o legislador não mencione, expressamente há de se conceber na expressão agravar intencionalmente o risco a exigência de um comportamento doloso.” (Comentários ao Novo Código Civil – Das Várias Espécies de Contrato – Do Seguro, vol. 11, tomo 1, (art. 757 a 802), 1ª edição, Editora Forense, p. 243-247).

No caso dos autos, tem-se que a negativa por parte da ré/apelante em quitar o prêmio do seguro contratado, ao argumento de que “o principal condutor declarado na apólice diverge do principal condutor apurado em fase de regulação”, não mercê prosperar.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que” ... as declarações inexatas ou omissões no questionário de risco em contrato de seguro de veículo automotor não autorizam, automaticamente, a perda da indenização securitária. É preciso que tais inexatidões ou omissões tenham acarretado concretamente o agravamento do risco contratado e decorram de ato intencional do segurado. Interpretação sistemática dos arts. 766, 768 e 769 do CC/02” (STJ, Resp nº 1.210.205 - RS, 4ª Turma, j. 01.09.2011, Relator Ministro Luis Felipe Salomão).

No caso, ao contrário do defendido nas razões recursais, não restaram demonstrados os elementos acima indicados.

Verifica-se da apólice (evento 01, do 08) que o autor foi identificado como principal condutor no questionário bom risco.

Observa-se, ainda, que não consta da apólice a informação de que o veículo seria conduzido, exclusivamente, pelo autor.

Ademais, a mera alegação da ré/apelante de que a recusa se deu em razão da quebra de perfil do segurado, ou seja, da prestação de informações inverídicas na contratação do seguro, não conduz diretamente à perda do direito à indenização.

Para tanto, seria necessária a comprovação de que, no presente caso, a utilização do veículo por condutor diverso daquele que constou no contrato de seguro, influenciou na ocorrência do sinistro, o que não se verificou.

O condutor Rodrigo Alves Sousa Filho é maior e habilitado (evento 01), não se podendo concluir que o fato de estar dirigindo o veículo na ocasião da colisão narrada nestes autos agravou o risco de que tal sinistro acontecesse.

A dinâmica do acidente não demonstra qualquer agravamento de risco, pois o acidente poderia ter sido ocasionado por qualquer outro condutor, sem nenhuma causa relevante direcionada, de forma subjetiva, ao filho do autor. Frisa-se, era maior e habilitado, não registra embriaguez e não há indicação de excesso de velocidade.

Nesse sentidos, os seguintes arestos:

“Seguro facultativo de veículo. Sinistro. Ausência de cobertura securitária. Divergência no

relatório de perfil do condutor. Veículo conduzido pelo filho do segurado. Causa que, na hipótese, não implicou agravamento do risco, considerando a situação do acidente. Ausência de comprovação da má-fé do segurado nas informações prestadas no perfil de sinistro. Indenização devida. Perda total do bem. Possibilidade de desconto da franquia obrigatória e da diferença do prêmio, estipulado com base nas informações prestadas pelo segurado, omitindo eventual possibilidade de agravamento do risco. Impossibilidade de adoção da taxa SELIC para os cálculos judiciais, que preveem a adoção da Tabela Prática do TJSP. Ação julgada parcialmente procedente. Sentença reformada, em parte, mantido o resultado de procedência parcial, decotada a condenação. Apelação da seguradora parcialmente provida.” (TJ-SP - AC: 10038271220208260451 SP 1003827-12.2020.8.26.0451, Relator Mário Daccache, data de julgamento: 28.06.2022, 29ª Câmara de Direito Privado, data de publicação: 28.06.2022)

Ementa: Apelação Cível. Seguro de veículo. Sinistro. Divergência entre os dados indicados por ocasião da contratação e os verificados quando da regulação do sinistro. Irregularidade ou má-fé da contratante não detectadas. Negativa de cobertura abusiva. Indenização securitária devida. Juros de mora. Relação contratual. Incidência a partir da citação. Parcelas do prêmio em aberto. Abatimento sobre a indenização. Cabimento. Danos morais não configurados. A existência de divergências entre os dados indicados pela contratante por ocasião celebração do contrato e aqueles verificados quando da regulação do sinistro não pode ser considerada irregularidade a justificar a negativa de cobertura apresentada pela seguradora, sobretudo quando não comprovado que tal situação implicou no agravamento do risco e quando não há indícios de atuação da parte contratante em má-fé. Inexistindo respaldo para a negativa apresentada pela seguradora, devida é a indenização securitária pretendida pela contratante. Tratando-se de relação contratual, os juros de mora devidos sobre a indenização devem ter como termo inicial a data da citação. À seguradora ré assiste o direito de obter o abatimento, sobre a indenização devida à contratante, das parcelas do prêmio do seguro que restaram em aberto ao tempo do sinistro. Não há como reconhecer o direito da contratante à reparação por danos morais, quando não comprovado que a negativa de cobertura ultrapassou a categoria do descumprimento contratual e teve aptidão para dar ensejo à configuração de um legítimo abalo de tal natureza.” (TJ-MG - AC: 10000220257059001 MG, Relator: Arnaldo Maciel, Data de Julgamento: 22.03.2022, Câmaras Cíveis / 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: 22.03.2022)

Por outro lado, a própria seguradora, por oficina credenciada, realizou orçamento para o conserto do veículo, no valor total de R\$50.409,15, importando em perda total, comportando o ressarcimento pelo montante de 100% pela tabela FIPE, no valor correspondente a R\$65.611,00, sendo devido o abatimento do valor da venda do salvado, na quantia de R\$16.000,00.

A correção monetária pelo INPC incide desde a data de comunicação do sinistro e os juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, como bem decidido na sentença, e não do trânsito em julgado da sentença como defendido nas razões do recurso.

A despeito da jurisprudência contrária, que se conhece, mas a ela não se perfilha, no âmbito do direito privado, incabível se mostra a adoção da SELIC como indexador de verbas indenizatórias;

muito menos de forma cumulada com os juros de mora, sob pena de afronta ao primado do **non bis in idem**.

A propósito, o seguinte julgado:

“Seguro de vida e acidentes pessoais em grupo. Invalidez permanente. Aplicação do código do consumidor. Segurado não cientificado das cláusulas contratuais. Violação ao direito de informação. Dever que recai sobre a seguradora. Integralidade do capital segurado individual devido. Termo inicial dos juros de mora. Apelação da ré não provida. Inaplicabilidade da taxa Selic. Apelação do autor provida.” (TJPR - 10ª C. Cível - 0015129-80.2017.8.16.0017 - Maringá - Relator Desembargador Albino Jacomel Guerios - J. 29.03.2021)

De igual forma, não há falar em transferência da propriedade do salvado à apelante, haja vista que restou comprovado, pelo contrato de compra e venda colacionado à inicial, que houve a venda. Assim, escoreita a sentença ao determinar o abatimento do lucro obtido pela parte com a venda do veículo no valor indenizatório devido.

Por derradeiro, levando-se em conta o desprovimento deste apelo, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, insta majorar, na fase recursal, a verba honorária, anteriormente fixada (10%) para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação cível e nego-lhe provimento para manter incólume a sentença recorrida, pelos fundamentos explicitados.

Por conseguinte, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, ficam majorados, na fase recursal, os honorários advocatícios, anteriormente fixados, para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

Des^a. Nelma Branco Ferreira Perilo - Relatora

Apelação Cível nº 5361726.31.2020.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: Integradora Brasileira de Energia Sustentável ME

Apelado: Centro de Estudos Octavio Dias de Oliveira

Relator: Des. Wilson Safatle Faiad

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS. INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE USINA FOTOVOLTAICA. INADIMPLEMENTO POR PARTE DA CONTRATADA. AUSÊNCIA DE FINALIZAÇÃO. RESCISÃO. POSSIBILIDADE. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. PEDIDO EM SEDE DE CONTRARRAZÕES. VIA INADEQUADA. SENTENÇA MANTIDA.

I - Tendo a parte autora se desincumbido de seu encargo probatório e cumprindo a obrigação assumida, mediante o pagamento dos valores estabelecidos no ajuste, e por outro lado, não tendo a requerida comprovado que adimpliu a sua parte a contento, no sentido de que executou todo o contrato, forçosa a rescisão contratual digladiada, nos termos do art. 475 do CC.

II - Impositivo também o dever de a parte requerida indenizar a autora no que tange às despesas materiais suportadas em decorrência do inadimplemento, desde que efetivamente comprovadas.

III - A resposta ao recurso não constitui via adequada para a formulação de pedido, servindo tão-somente para a defesa do que foi postulado pela parte recorrente. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DES PROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, acordam os componentes da Quinta Turma Julgadora da 3ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer e desprover o recurso, nos termos do voto do Relator. Fez sustentação oral em favor da parte apelante, Dr. Norberto Rodrigues da Silva.

Votaram, além do Relator, o Desembargador Gilberto Marques Filho e o Desembargador Gerson Santana Cintra.

Presidiu a sessão o Desembargador Itamar de Lima.

Fez-se presente, como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Waldir Lara Cardoso.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Wilson Safatle Faiad - Relator

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Integradora Brasileira de Energia Sustentável ME, nos autos da Ação de Rescisão Contratual c/c Indenização por Danos movida em seu desfavor por Centro de Estudos Octavio Dias de Oliveira, face à sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, Dr. Gilmar Luiz Coelho.

Por meio da sentença combatida (evento 114), o magistrado **a quo** julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos termos do dispositivo a seguir transcrito:

“Ante o acima exposto e sem maiores elucubrações, hei por bem em julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC, resolvendo-se o mérito da lide para declarar rescindido o contrato de prestação de serviços de instalação e funcionamento de usina voltaica para produção de energia solar formalizado entre as partes, retornando-se a situação anterior ao malsinado negócio.

Condeno, ainda, a suplicada ao pagamento à parte autora de R\$136.153,49 (cento e trinta e seis mil cento e cinquenta e três reais), a título de danos materiais, com incidência de correção monetária indexador INPC, a partir do inadimplemento contratual/efetivo prejuízo (Súmula 43 do STJ), além de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação/comparecimento espontâneo (art. 405, do CC).

A parte autora decaiu de parte ínfima do pedido e em obediência ao princípio da sucumbência processual, condeno a demandada ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos moldes dos arts. 82, § 2º; 85, § 2º e 86, do Diploma Processual Civil”.

Em suas razões recursais, a apelante pleiteia, em suma, reforma da sentença, “julgando totalmente improcedente a Ação De Rescisão Contratual C/C Indenização Por Danos, pelos fatos e fundamentos delineados acima, e assim afastando a condenação da Apelante no valor R\$136.153,49 (cento e trinta e seis mil cento e cinquenta e três reais)”. Outrossim, requer seja invertido o ônus da sucumbência e questiona os dispositivos de lei em debate.

A apelada, por sua vez, nas contrarrazões acostadas (evento 121), rechaça as alegações da apelante, e requer seja determinada a incidência dos juros de mora nos termos da súmula 54 do STJ, bem como a condenação da recorrente por litigância de má-fé.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Apelo interposto.

Inicialmente, ressalto que, consoante sentenciado, a relação pactuada entre as partes enquadrasse como típica relação de consumo, sendo regida pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme inteligência do artigo 3º, § 1º, da Lei 8.078/90, por se incluir no produto que o consumidor utiliza como destinatário final.

No entanto, apesar de o caso ser de típica relação de consumo, na qual é possível aplicar a inversão do ônus da prova, consoante previsto no artigo 6º, inciso VIII, da Lei Consumerista, o magistrado também deve observar as regras de distribuição do ônus da prova conforme previsão contida no artigo 373 e incisos do Código de Processo Civil, de forma que incumbe à parte requerente produzir a prova quanto aos fatos constitutivos do seu direito e à requerida, produzir a prova quanto aos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.

Nesse ínterim, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 35, traz a seguinte redação: “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - Exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II - Aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III - Rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.

Outrossim, dispõe o artigo 475, do Código Civil Brasileiro:

"A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Com efeito, o direito à rescisão contratual é inerente à natureza de bilateralidade de vontades formalizada pelo instrumento contratual. Afinal, ninguém pode ser obrigado a manter-se numa relação pactuada, quando deixam de existir os elementos motivadores da relação.

Na hipótese presente, restou incontroverso nos autos que as partes firmaram contrato de prestação de serviços tendo por objeto a “execução e implantação pela CONTRATADA de 01 (uma) Usina Fotovoltaica, com potência operacional de até 214,21kwp, 30001kw/mês - Podendo variar de acordo com variações climáticas e sombreamentos, 610 módulos fotovoltaicos de 355 kwp, 3 inversores de 60 e acessórios de instalação (cabos conectores, barras de aterramento e perfis de sustentação) em área reservada, localizado na Rodovia GO-060, S/S – KM 21 Bairro: Zona Rural, CEP: 75.393-8999 - Trindade-GP com área de 1.279 m², instalada sobre base em alumínio, a se fixada em estrutura do Telhado já existente, compreendendo o fornecimento de materiais e equipamentos, instalação e comissionamento de todos os sistemas na concessionária, conforme os projetos e especificações técnicas” (cláusula primeira – objeto).

Ainda, nos termos da cláusula terceira do contrato em voga, ficaram estabelecidos os seguintes prazos para o cumprimento da obrigação:

Ocorre que, segundo alega pela parte requerente, “passados mais de 01 (um) ano da assinatura do contrato, sem a finalização da obra, o Requerido literalmente veio a abandonar o serviço nos últimos meses, deixando a mercê do tempo toda a instalação iniciada”.

Da análise detida dos autos, verifica-se, de início, que a autora efetuou o pagamento à vista do valor total do contrato, conforme cláusula segunda, cumprindo assim integralmente com sua obrigação contratual, incumbindo, por outro lado, à parte requerida honrar com sua parte no acordo, nos ditames do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, o que não o fez.

Nessa linha de inteligência, pertinente a transcrição do seguinte trecho da sentença:

“Desse modo, em detida análise da instrução probatória e dos demais elementos de prova inseridos no bojo do processo, chega-se conclusão que a autora se desincumbiu a contento de seu encargo probatório, eis que extirpou de dúvidas, pagou os valores estabelecidos no ajuste, cumprindo a obrigação assumida, contudo, a outra parte, no caso, a requerida não cumpriu a sua parte, posto que não executou todo o contrato, dando azo a rescisão contratual digladiada. Depreende-se das fotos e do laudo de inspeção anexados à exordial, bem como do informante técnico ouvido em audiência de instrução e julgamento, que a empresa requerida não finalizou a instalação da usina fotovoltaica, executou apenas parte do serviço e, ainda, de forma inadequada, pois deixou o serviço inacabado de forma a gerar riscos de descarga de energia e incêndio.

Registre-se que cláusula quarta, alínea 'b' do instrumento firmado, prevê que a interrupção dos trabalhos pela contratada, por mais de 10 (dez) dias, sem motivo justificado, ou não início da obra no prazo estipulado no contrato gera a rescisão imediata do ajuste, sem necessidade de qualquer aviso prévio.

Digno de nota, ainda, que a requerida possui inúmeros processos ajuizados em seus desfavor, similares a este, que discutem sua suposta desídia no cumprimento de obrigações contratuais,

noutrora assumidas, conforme abstrai-se da oitiva do informante suso mencionado e da consulta ao Sistema PROJUDI.

Vê-se, portanto, que a parte autora demonstrou cabalmente o fato constitutivo de seu direito, consoante art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil. Em contraposição a sua verossímil alegação de adimplemento contratual, não produziu a parte requerida nenhuma prova do cumprimento de sua parte no contrato nem tampouco apresentou argumento convincente que pudesse desconstituir o direito alegado pela parte autora” (evento 114).

Veja-se que não obstante a prova pericial apresentada tenha sido produzida de maneira unilateral e o perito tenha sido ouvido em juízo como informante, a ré não apresentou nenhum outro documento em contrário ou tão pouco apresentou alguma testemunha que pudesse descreditar os documentos apresentados pela autora.

Destaca-se, por oportuno, que, a alegação de que a empresa Eletrobel Eletrificações Ltda seria responsável pela continuidade dos serviços, inclusive mediante a construção de uma subestação, foi afastada por meio da decisão saneadora, contra a qual não houve irrisignação, nos seguintes termos:

“Sobre o argumento de que a 2ª ré, Integradora Brasileira de Energia Sustentável Ltda ME, é apenas tomadora do serviço, atribuindo a responsabilidade pela execução e montagem da usina fotovoltaica contratada pela autora a terceira indicada Eletrobel Eletrificações Ltda, através de seu responsável técnico Joabel Pereira de Oliveira Filho, noto que o argumento é frágil e não merece prosperar, porque não restou comprovado nos autos tal alegação, vez que aquela obrigou-se no contrato de prestação de serviços a instalar a usina fotovoltaica, de modo que rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva aventada pela 2ª ré” (evento 56).

Ao que acrescento que o contrato firmado entre as partes, em sua cláusula segunda, item 2.6, prevê que “serão de exclusiva responsabilidade da CONTRATADA todas as despesas e providências que se tornarem necessárias à regularização do presente Contrato, sendo expressamente vedada a sua negociação com terceiros alheios a este Contrato, qualquer que seja a finalidade”. Logo, não pode agora a contratada esquivar-se de suas obrigações, atribuindo-lhes a terceiro.

De tal sorte, resta indene de dúvidas que a parte lesada (empresa requerente) possui o direito à rescisão contratual, nos termos da fundamentação supra. Por conseguinte, impositivo também o dever de a parte requerida indenizar a autora no que tange às despesas materiais suportadas em decorrência do inadimplemento, desde que efetivamente comprovadas.

Veja-se:

“4.2. A CONTRATADA assume exclusiva responsabilidade por todos os prejuízos que a rescisão, por sua culpa, acarretar ao CONTRATANTE”

(Cláusula quarta – penalidades e extinção do contrato).

Nesse aspecto, também não merece reparos a decisão hostilizada, à míngua de argumentos sólidos que desconstituam os gastos apontados pela autora, conforme bem delineou o julgador singular, **in verbis**:

“Em relação aos valores que a parte requerente pretende o ressarcimento gastos com mão de obra e materiais necessários à finalização da usina fotovoltaica, a saber: R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), de mão de obra e aditivo

2.021,80 (dois mil e vinte e um reais e oitenta centavos), R\$693,60 (seiscentos e noventa e três reais e sessenta centavos), R\$54.554,19 (cinquenta e quatro mil quinhentos e cinquenta e quatro reais e dezenove centavos); R\$1.382,40 (um mil trezentos e oitenta e dois reais e quarenta centavos), R\$5.484,11 (cinco mil quatrocentos e oitenta e quatro reais e onze centavos), R\$543,00 (quinhentos e quarenta e três reais), R\$26,20 (vinte e seis reais e vinte e vinte centavos), R\$6.804,00 (seis mil oitocentos e quatro reais), R\$24,70 (vinte e quatro reais e setenta centavos), R\$9,50 (nove reais e cinquenta centavos), R\$1.339,87 (um mil trezentos e trinta e nove reais oitenta e sete centavos), R\$550,28 (quinhentos e cinquenta reais e vinte e oito centavos), R\$55,00 (cinquenta e cinco reais), R\$104,67 (cento e quatro reais e sessenta e sete centavos), R\$989,25 (novecentos e oitenta e nove reais e vinte e cinco centavos), R\$232,06 (duzentos e trinta e dois reais e seis centavos), R\$2.838,86 (dois mil oitocentos e trinta e oito reais e oitenta e seis centavos), que totaliza a quantia de R\$136.153,49 (cento e trinta e seis mil cento e cinquenta e três reais), constato que merece acolhimento o mesmo.

Nesse toar, considerando que o autor colacionou, notas fiscais e recibos idôneos, bem como repiso, genéricas e frágeis as impugnações noutro formuladas pela defesa da ré aos citados documentos, hei por bem acolhê-los, aceitando como justo, o valor apresentado a título de danos materiais, ou seja, equivalente a exatos R\$136.153,49 (cento e trinta e seis mil cento e cinquenta e três reais) (evento de nº 01, arquivos 07 a 09), pois não se pode perder de vista que a indenização, mede-se pela efetiva extensão do dano material suportado, nos exatos termos do art. 944 do Código Civil” (evento 114).

Nesse sentido, são os seguintes julgados, **mutatis mutandis**:

“Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos materiais por lucros cessantes e danos morais. Descredenciamento de motorista de aplicativo de transporte. Pop. Descumprimento das regras e políticas de uso do aplicativo. Ônus da prova do autor/apelante. 1. O Contrato em comento, de forma expressa (Cláusula 8.2 - Dos Termos de Usos), estabelece a possibilidade de rescisão contratual imediata, e sem aviso prévio, no caso de descumprimento dos seus termos e condições de uso do aplicativo de transporte. 2. **In casu**, restou comprovado que o apelante descumpriu o Contrato firmado entre as partes, ante a violação dos Termos de Condições do Uso do aplicativo, onde ele estava combinando corridas com passageiros, no intuito de se beneficiar com bônus de campanha. 3. O recorrente não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, nos termos do art. 373, inciso I, do CPC, motivo pelo qual o improvimento dos pedidos autorais é medida que se impõe. Apelação cível conhecida e desprovida” (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5375051-77.2021.8.09.0006, Relator Desembargador Leobino Valente Chaves, 2ª Câmara Cível, julgado em 23.01.2023, DJe de 23.01.2023).

“Apelação cível. Ação declaratória de rescisão contratual c/c restituição de quantias pagas e indenização por danos morais com pedido de liminar. Falha na prestação dos serviços e inadimplemento contratual comprovados. Contrato de cessão de direito de uso de unidade hoteleira. Dificuldade em usufruir dos serviços contratados. Inadimplemento do contrato por parte da cedente. Rescisão contratual. Culpa exclusiva da empresa cedente. Devolução

integral dos valores antecipados. Indenização por danos morais afastada. Ônus sucumbenciais mantidos. Sentença parcialmente reformada. 1. Tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade civil do fornecedor de serviços é objetiva, de forma que a reparação de danos é imposta mediante a constatação de que houve conduta, dano e que este prejuízo foi causado em razão da conduta, dispensada a investigação da culpa. Tal responsabilidade somente pode ser elidida se demonstrada (a) a ocorrência de força maior ou caso fortuito externo, (b) a inexistência do defeito e (c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. 2. No caso em apreço, a autora/apelada cumpriu com os requisitos insertos no art. 373, inciso I, do CPC/2015, tendo anexado documentação comprobatória do seu direito, demonstrando através de cópias de e-mails e mensagens de WhatsApp, que além de ter enfrentado grande dificuldade no relacionamento interno com a empresa, não obtendo respostas às suas solicitações, também, não conseguiu usufruir dos serviços contratados na forma prometida. Além disso, é fato incontroverso que a autora/apelada por diversas vezes solicitou reservas nos hotéis do complexo, porém, não obteve êxito, sob a justificativa de que não havia disponibilidade de vagas. Contudo, ao serem ofertadas outras opções de datas para as hospedagens dentro daquelas previamente estabelecidas pela ré/apelante e que, diga-se de passagem, estava em plena conformidade com o estabelecido no contrato (CLÁUSULA SEXTA - DOS DEVERES DO CESSIONÁRIO, item 6.3), sequer obteve resposta. Já a ré/apelante, apesar de ter condições de fornecer informações e documentos que somente ela teria acesso, não se desincumbiu do ônus que lhe competia (art. 373, inciso II, do CPC/2015), não provando que o serviço estava sendo prestado de forma satisfatória e que as solicitações da autora/apelada de alguma forma estavam sendo atendidas. Também não comprovou a regularidade de sua conduta à luz do que foi estabelecido contratualmente, em especial, da CLÁUSULA SEXTA, item 6.3.1 que prevê que, se à época da solicitação não for possível concretizar-se a reserva, cabe à empresa cedente disponibilizar 03 (três) novas opções de datas em temporadas distintas, na forma prevista no item 6.3.2. Sendo assim, ausente qualquer causa excludente da responsabilidade da ré/apelante, forçoso concluir que a conduta daquela revelou absoluto descaso com a consumidora, em violação ao seu dever de informação e de cumprimento à oferta, o que caracteriza falha na prestação dos seus serviços. 3. Resta configurado o inadimplemento do contrato, que autoriza a resolução contratual, nos termos do artigo 475 do Código Civil de 2002, que pressupõe o vencimento da obrigação, quando o devedor não cumpre a obrigação no tempo, lugar e forma convencionados (CC/02, artigo 394). 4. Admitida a quebra da avença e comprovado o inadimplemento voluntário e injustificado da empresa ré/apelante para com as obrigações contratuais assumidas, o caminho adequado para a solução da controvérsia material trazida a juízo, de fato, se mostra a resolução do contrato firmado entre os litigantes, motivada pela culpa exclusiva da cedente. Não obstante, ainda que a autora/apelada tenha utilizado em algumas oportunidades o programa de pontos contratado, o inadimplemento aqui operado autoriza a devolução integral dos valores pagos, nos termos do artigo 35, inciso III do CDC, não havendo que se falar em retenção de valores ou abatimento de pontos. 5. Como no caso em exame não ficou demonstrada nenhuma circunstância apta a ensejar violação moral

dos direitos da autora/apelada, que, apesar de ter experimentado desconforto ao longo da relação contratual, não sofreu lesão extrapatrimonial que ultrapassa o mero dissabor, deve ser afastada a indenização por danos morais. 6. Tendo a autora/apelada decaído em parte mínima do seu pedido, permanece inalterada a distribuição dos ônus sucumbenciais (CPC/15, artigo 86, parágrafo único). Apelação cível conhecida e parcialmente provida” (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5136637-53.2021.8.09.0051, Relatora Desembargadora Maria das Graças Carneiro Requi, 1ª Câmara Cível, julgado em 07.11.2022, DJe de 07.11.2022).

Por fim, no que se refere aos pleitos formulados pela recorrente em sede de contrarrazões, anoto que a resposta ao recurso não constitui via adequada para tanto, servindo tão-somente para a defesa do que foi postulado pela parte recorrente, **ex vi** da Súmula nº 27 deste Tribunal de Justiça.

Ainda assim, no que diz respeito aos consectários legais concernentes aos danos materiais, observo que, tratando-se de obrigação contratual, correta a sentença ao determinar que a correção monetária deve incidir a partir do efetivo prejuízo, conforme preconizado pela Súmula 43/STJ, pelo índice do INPC, enquanto os juros moratórios deverão incidir a partir da citação, segundo exegese do art. 405 do Código Civil.

Ante o exposto, conheço do recurso e porém nego-lhe provimento, para manter incólume a sentença vergastada.

Nos moldes do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro em 2% (dois por cento) a verba honorária sucumbencial fixada em desfavor da apelante/sucumbente.

É o voto.

Des. Wilson Safatle Faiad - Relator

(Datado e assinado digitalmente, conforme os artigos 10 e 24 da Resolução nº 59/2016 do TJGO).

Apelação Cível nº 5184732.51.2020.8.09.0051

Comarca Goiânia

Apelante: Estado de Goiás

Apelada: Petrobrás Distribuidora S/A

Relator: Des. Wilson Safatle Faiad

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS-ST SOBRE OPERAÇÕES COM COMBUSTÍVEIS. ARGUIÇÃO DE RECOLHIMENTO A MENOR. FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRESUMIDO. DILATAÇÃO VOLUMÉTRICA DO PRODUTO EM VIRTUDE DA VARIAÇÃO DA TEMPERATURA. INCIDÊNCIA INDEVIDA.

EXPANSÃO NATURAL DO LÍQUIDO, DENTRO DOS LIMITES LEGAIS.
HONORÁRIOS RECURSAIS MAJORAÇÃO.

I - O recolhimento de ICMS sobre a aquisição de combustível é definitivo, sendo indevida nova cobrança do imposto sobre eventual acréscimo de volume do produto, decorrente do aumento da temperatura de deslocamento e armazenamento. Ademais, a expansão volumétrica de combustíveis líquidos decorrentes da alteração de temperatura ambiente não configura novo fato gerador, alheio à antecipação de recolhimento da refinaria, porque não se está diante de uma nova operação tributável, isto é, de nova entrada ou saída intermediária não considerada para o cálculo do imposto antecipado, mas de variação natural de mercadoria volátil por natureza.

II - Na hipótese, restou comprovado por meio de laudo pericial e outras provas que a diferença apurada pelo Fisco estadual no volume de combustível comercializado pela distribuidora tratar-se de variação volumétrica em virtude da variação da temperatura, conforme os parâmetros admitidos.

III - **In casu**, inexistente previsão legal para a cobrança do ICMS-ST sobre as CDAs nºs 1754087, 1753993 e 1825110, devido o aumento de volume de combustível, decorrente da variação térmica do ambiente.

IV - Conforme § 11 do art. 85 do CPC, o Tribunal, ao julgar o recurso, arbitrará os honorários sucumbenciais recursais, levando em conta o trabalho adicional realizado na instância revisora; daí, face à sucumbência do Apelante, a condenação deste ao pagamento dos honorários recursais é medida que se impõe. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível, acordam os componentes da Quinta Turma Julgadora da 3ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer e desprover o recurso, nos termos do voto do Relator. Presente no ambiente da sessão no momento do julgamento, Drª. Mariana de Oliveira Ferreira. Pedido de sustentação oral em favor da parte apelante prejudicado, nos termos do art. 7º, § 1º do Decreto Judiciário nº 830/2020.

Votaram, além do Relator, o Desembargador Gilberto Marques Filho e o Desembargador Gerson Santana Cintra.

Presidiu a sessão o Desembargador Itamar de Lima.

Fez-se presente, como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. José Carlos Mendonça.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Wilson Safatle Faiad – Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço. Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação (mov. nº 136), interposto pelo Estado de Goiás, em face da sentença (mov. nº 125), prolatada pelo Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual desta Comarca de Goiânia, no processo dos “embargos à execução”, opostos por Petrobrás Distribuidora S/A, ora Apelada; nos seguintes termos:

“Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, acolho o pedido principal constante dos embargos à execução para declarar nulos os autos de infrações nºs 4011400422570, 4011601267904 e 4011602464002, em razão da impossibilidade de cobrança de ICMS-ST sobre o aumento de volume detectado no estoque da embargante em razão da variação térmica, e de consequência, determinar a extinção do presente processo.

Em razão da sucumbência, condeno o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo escalonadamente nos percentuais mínimos previstos nos incisos I a IV do art. 85, § 3º, sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 4º, III, do Código de Processo Civil.”

Opostos embargos de declaração (mov. nº 127); foram acolhidos (mov. nº 132):

“Com efeito, razão assiste ao embargado. Ao revisar a sentença, verifica-se que foi acolhido o pedido principal e condenado o embargado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. Assim, como foi adiantado pelo embargante todas as despesas relativas a produção de prova pericial, o embargado deverá restituir ao embargante todo o valor que antecipou, conforme consta no art. 82, § 2º do CPC.

Pelo exposto, conheço dos embargos e dou-lhes provimento para determinar que o embargado proceda a restituição das despesas antecipadas pelo embargante.”

O Apelante/Exequente/Embargado moveu a ação executiva originária (processo nº 5055060-87.2020.8.09.0051) contra a Petrobrás Distribuidora S/A, com atuação comercial no Estado de Goiás, sediada na cidade de Goiânia, tendo como objeto as Certidões da Dívida Ativa nºs 1754087, 1753993 e 1825110, no importe de R\$24.897.833,85 (vinte quatro milhões, oitocentos e noventa e sete mil, oitocentos e trinta e três reais e oitenta e cinco centavos).

A controvérsia cinge-se na legalidade ou não da constituição do crédito tributário (ICMS-ST) indicado na inicial da ação executiva.

Ab initio, vislumbro que a competência para instituição do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação encontra-se disciplinada na Lei Complementar nº 87/1996 (arts. 1º e 2º). Nesse contexto, o art. 2º, em seu § 2º, prevê: “A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua”. Por sua vez, o art. 114 do Código Tributário Nacional estabelece: “O Fato Gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.”

In casu, tratando de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS), o fato gerador é a circulação jurídica da mercadoria, ou seja, a mudança de titularidade do bem de um sujeito para outro, não bastando a sua simples “movimentação física”, conforme resta sedimentado na Súmula nº 166 do colendo STJ.

De outro lado, o Código Tributário Estadual, em seu art. 11, § 1º, V, dispõe que o referido imposto incide, igualmente, sobre a “entrada de mercadoria ou bem, sujeitos à substituição tributária, no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.”

Na espécie, o Fisco estadual apurou a diferença de volumes com a aplicação da equação matemática “estoque inicial + entradas de mercadorias – saídas de mercadorias = estoque final”, utilizando-se dos registros fiscais da Apelada, não sendo possível aferir se houve a entrada de combustível sem documentação fiscal ou se o excesso de combustível encontrado é derivado do aumento de volume em razão de variação de temperatura.

Cediço que os derivados de petróleo sofrem alteração de volume em razão da variação térmica, e estando o excesso encontrado dentro do limite tolerável pelos órgãos de controle do setor de combustíveis, conclui-se que o excesso é derivado da variação de temperatura.

Nesse passo, realizada prova pericial (mov. nº 114), a fim de apurar a diferença de mercadoria encontrada pelo Fisco estadual no estoque da Apelada, onde respondeu os quesitos elaborados pelas partes, sendo oito (08) da Apelada e dezoito (18) do Apelante, dos quais transcrevo trechos:

“RESPOSTA DOS QUESITOS

1. Quesitos Petrobrás Distribuidora S/A (evento 27)

Quesito I – Queira o Sr. Perito informar, com base no levantamento das partes, se houve diferença nos volumes de entrada/aquisições apuradas entre a Embargante/Embargado.

Resposta: Sim, conforme levantamento abaixo:

Quesito II – Queira o Sr. Perito informar, com base nos documentos que constam nos autos, se houve diferença nos volumes de saídas/vendas apuradas entre a Embargante/Embargado.

Resposta: Houve sim diferença, conforme levantamento abaixo:

Quesito III – Com base nos quesitos anteriores (1 e 2), queira o Sr. Perito informar se a diferença apontada corresponde a uma diferença volumétrica, ou seja, aquisição pela refinaria a 20 graus e venda pela Embargante a temperatura ambiente. E, se foi apurada diferença de volume, se as mesmas estavam dentro do limite de 0,6% estabelecido pela ANP.

Resposta: Pode-se observar nas tabelas 1, 2 e 3, do tópico IV deste laudo, as diferenças encontradas são praticamente zero (0), quando considerado todos os volumes movimentados a uma mesma temperatura padrão a 20º C, estando assim dentro do limite de 0,6% estabelecido pela ANP.

Quesito IV - Referente ao quesito anterior, em caso de resposta positiva, queira o Sr. Perito informar, se houve aquisição de produtos sem nota fiscal (omissão).

Resposta: Não foi constatada aquisição de produto sem nota fiscal.

Quesito V – Queira o Sr. Perito informar se a fórmula matemática $(EI + E - S - EF = 0)$ utilizada pela autoridade fiscal para levantamento de estoque da Embargante, promove distorções por

não contemplar Fator de Conversão de Valores entre o volume a 20° e a temperatura ambiente? Caso afirmativo, se essa divergência é considerada pelo fisco como divergência de estoque? Resposta: Sim. A fórmula matemática ($EI + E - S - EF = 0$) utilizada pela autoridade fiscal para levantamento de estoque promove distorções por não contemplar o Fator de Conversão de Valores entre o volume a 20° C e a temperatura ambiente. E essa divergência não é considerada pelo fisco como sendo divergência de estoque, razão pela qual houve diferenças nos volumes de entradas dos produtos comercializados.

(...)

Quesito VIII – Queira o Sr. Perito informar com base nos quesitos anteriores, se houve prejuízo ao erário.

Resposta: Pela legislação atual, podemos afirmar que não houve prejuízo ao erário, pois quando encontrada variação na aplicação da fórmula do fisco esta é menor que 0,6%, percentual enquadrado nos limites técnicos de variação, não sendo aplicável multa.

(...)

2. Quesitos Estado de Goiás (evento 29)

Quesito I – Os trabalhos realizados pela auditoria dos períodos fiscalizados estão respaldados em dados e elementos extraídos exclusivamente da documentação fiscal do contribuinte e plenamente demonstrados em planilhas, relatórios e notas explicativas?

Resposta: Os dados utilizados para a auditoria fiscal foram extraídos dos livros fiscais do contribuinte, porém não estão plenamente demonstrados em planilhas, relatórios ou notas explicativas. Nota-se que a auditoria em questão se refere a movimentação do produto Gasolina A, Gasolina C-Podium e Diesel A, porém o levantamento de entradas apontados pelo auditor fiscal não está plenamente demonstrado pelo fato de não ser considerado o estoque em trânsito, as transferências entre filiais, as devoluções de venda de produtos compostos e outras entradas não especificadas ocorridos no período. Tão quanto as saídas pelo fato de o produto comercializado ser resultado de uma mistura de dois produtos, cuja composição segue as normas estabelecidas pela ANP.

Quesito II – A distribuidora de petróleo, nas suas operações de vendas, o valor relativo ao valor do produto e da quantidade volumétrica, é realizado considerando a comercialização até o final da cadeia com o volume equivalente à temperatura de 20°C?

Resposta: Para que ocorra o controle de estoque de forma uniforme, toda a movimentação dos combustíveis líquidos que se dá em outra temperatura diversa é convertida para o volume equivalente a 20° C (L20). Desta forma quando um produto entra ou sai do estabelecimento da embargante, é medida a temperatura ambiente no momento e seu volume é convertido a volume equivalente na temperatura L20.

Quesito III – A Auditoria Específica de Mercadorias tem suas respectivas fontes, nas notas fiscais e livros registros de inventário. A seguinte igualdade representa a Auditoria Específica de Mercadorias? - “Estoque Inicial + Compras – Vendas – Estoque Final = 0”? Vale dizer então que se aumentarmos a variável, vendas ou E.F., o resultado seria negativo e representaria uma

omissão de entradas? E o mesmo em relação a compras e E.I. representaria omissão de vendas?

Resposta: A divergência é que a autora registra os volumes de estoque na temperatura padrão de 20 C, mas as notas fiscais de saída são faturadas na temperatura ambiente sendo convertidas ao volume na temperatura padrão L20 para controle uniforme de estoque, para o caso da Gasolina A e Diesel A, o que gera a diferença de litros na apuração através da fórmula matemática $EI + C - V - EF = 0$, onde:

- EI = Estoque Inicial: é o volume de combustível existente no estabelecimento no início do período apurado;
- C = Compras: é o volume de combustível que entrou no estabelecimento durante o período apurado;
- V = Vendas: é o volume de combustível que saiu do estabelecimento para comercialização durante o período apurado; e
- EF = Estoque Final: é o volume de combustível existente no final do período apurado.

(...)

Quesito V – Quando o contribuinte constata quantidade superior a descrita na Nota Fiscal ou das notas fiscais de aquisição, tendo por base princípios contábeis/fiscais e legais, deve ser emitida nota fiscal de entrada pelo excedente nos termos no art. 141 § 1, II do RCTE?

Resposta: Quando constatado variação maior que 0,6% que a quantidade descrita em Nota Fiscal de aquisições, se faz necessário a apuração devida da variação para identificar a sua origem e a emissão de documento fiscal como pode ser observado no texto do próprio Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (RCTE)

(...)

Quesito XI – A distribuidora de combustíveis, relativamente ao volume de combustível integrado ao estoque próprio em razão do ganho de temperatura, no momento que efetua vendas para seus clientes, cobra por esse produto acrescido?

Resposta: Não, conforme constatado após análise pericial, as variações são praticamente inexistentes não ultrapassando o limite permitido de 0,6%.

(...)

Quesito XVI – De acordo com o convênio mencionado no item anterior, os fatores relativos ao FCV foram divulgados por intermédio do Ato COTEPE - vide AC-ICMS nºs 33/2015 (vigência de 01.01.2016 a 31.12.2017) e posteriormente 75/17 (efeitos a partir de 01.2018), há, na venda das quantidades correspondentes à diferença de temperaturas, fato gerador do ICMS?

Resposta: Conforme atestado através da análise pericial, a variação volumétrica encontrada é inferior a 0,6%, não ocorrendo fato gerador de ICMS.

Quesito XVII – Considerando que o CONVÊNIO ICMS 61/2015 prevê que o cálculo do FCV deve levar em conta a temperatura média anual, divulgada pelo INMET - Instituto Nacional de Meteorologia, de cada Unidade Federada. Qual a temperatura média considerada para o Estado de Goiás na elaboração dos ATOS COTEPE Nº 33/2015 e 75/2018?

Resposta: O FCV instituído em 2015 produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016 considerou a temperatura média anual em GO de 25,5°C. É importante observar que o período em estudo na presente demanda judicial (01.01.2011 a 28.02.2011 e 01.01.2014 a 31.12.2015) é anterior ao ato COTEP 33/2015.

(...)

IX - Conclusão Pericial

Meritíssimo Juiz, após elaboração do presente laudo, conforme fatos relatados e transcritos, as mercadorias da empresa autuada são combustíveis líquidos, que sofrem as ações das leis da física com variação volumétrica devido a diferenças de temperaturas. Por se tratar de uma operação específica por conta da mercadoria comercializada pela empresa, o FISCO interpretou a variação volumétrica, as operações de mistura e estoque em poder de terceiros como diferença de estoque. Faz-se necessário destacar que a distribuidora é a responsável pela mistura do produto que será comercializado, como a Gasolina C e o Biodiesel B12, utilizando a Gasolina A e o Óleo Diesel Puro juntamente com o Álcool Etilico Anidro Carburante – AEAC e o Biodiesel 100%, respectivamente, cuja composição segue as proporções estabelecidas pela ANP, conforme detalhamento no anexo 01.

Desde modo quando aplicada a fórmula matemática ($EI + E = S + EF$), eficiente na maioria das situações para aferição de movimentação, constatamos que surgem algumas variações, desta forma deve ser observadas ressalvas, pois os produtos em questão sofrem transformação e alterações devido a ações externas.

Por certo, existem outras situações que podem gerar diferenças, mas quantidades auditadas tal como omissão de entrada, omissão de saída, perdas e sobras, mas que não encontramos nos registros da autora, evidências de que tais fatos tenham ocorrido, ficando provado que não houve danos ao erário e que a variação resultante na aplicação da fórmula utilizada pelo FISCO é em decorrência da especificidade dos produtos comercializados.” Grifei

Assim, no caso dos combustíveis, o fato gerador do ICMS ocorre com a saída do combustível da refinaria para as distribuidoras, onde é escriturado com base no volume aferido a uma temperatura padrão de 20° C, como determina a Portaria do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio nº 27/1959.

Ocorre que as fiscalizações fazendárias a que se sujeitam as distribuidoras são implementadas em temperatura ambiente variável, normalmente entre 25° e 30° C.

Deste modo, em decorrência desta diferença de temperaturas nas medições e da inerente dilatação térmica dos derivados de petróleo, comumente é constatado nas distribuidoras quantidade maior de combustível do que a mensurada na refinaria.

Portanto, malgrado o resultado da perícia contrarie as pretensões da Apelante, o laudo pericial foi elaborado de modo imparcial, por profissional, de modo claro, completo e específico.

Pois bem, ao contrário das alegações do Apelante, verifico que a Perícia foi conclusiva (mov. nº 114), tendo a perita descrito de forma inquestionável que não houve aquisição de mercadoria sem emissão de nota fiscal, bem como que a diferença de mercadoria encontrada pelo Fisco estadual no estoque da Apelada é decorrente de variação volumétrica e está dentro dos limites tidos como razoáveis pelos órgãos de controle do setor de combustíveis que é de 0,6%.

Entendo que a simples dilatação volumétrica do combustível, durante o transporte ou armazenamento, não configura nova hipótese de incidência do ICMS, haja vista não configurar tradição de mercadorias ou mesmo ganho financeiro, a constituir novo fato gerador do referido tributo.

É que a dilatação volumétrica dos combustíveis, fenômeno natural, não irrompe em qualquer previsão legal de complementação ou recolhimento tributários ou, sequer, em afronta à regulamentação, mormente quando tal expansão, por critérios térmicos, é considerada natural pela própria Agência Nacional do Petróleo – ANP e, igualmente, pelo Instituto Brasileiro do Petróleo – IBP.

Assim, do conjunto factual/probatório contido no processo, ressaí que as diferenças apuradas correspondem a uma diferença volumétrica, ou seja, aquisição pela refinaria a 20° C e a venda/transporte/estocagem em temperatura ambiente, estando as diferenças de volume dentro do limite estabelecido de 0,6%. Ainda, não restou demonstrado ter havido aquisição de combustível sem emissão de Nota Fiscal.

Nesse viés, bem fundamentou a sentença **a quo**: “Ademais, considerando que a temperatura pode oscilar muito em um mesmo dia, exigir que as empresas de combustíveis emitam nota fiscal de controle de estoque a cada alteração no seu volume em razão da variação térmica, certamente inviabilizaria suas atividades e o próprio controle de estoque” (mov. nº 125).

Dessa forma, conclui-se, neste caso, a inexistência de previsão legal para a cobrança do “ICMS-ST” sobre o aumento de volume de combustível, decorrente da variação térmica, referente às CDAs nºs 1754087, 1753993 e 1825110.

A propósito:

“Processo civil. Tributário. Violação do art. 1.022 DO CPC/2015. Não ocorrência. ICMS. Combustíveis. Variação de temperatura de carregamento e descarregamento. Dilatação volumétrica de combustível. Fenômeno físico. Inexistência de fato gerador tributário. Não incidência de ICMS sobre a dilatação volumétrica. Prejudicada a análise da decadência. (...) 2. A entrada a maior do combustível, em razão da variação da temperatura ambiente de carregamento e descarregamento se constitui em um fenômeno físico de dilatação volumétrica. 3. A fenomenologia física de dilatação volumétrica do combustível não se amolda à descrição normativa hipotética que constitui o fato gerador do ICMS. 4. Na hipótese, se o volume de combustível se dilatou ou se retraiu, não há se falar em estorno ou cobrança a maior do ICMS, uma vez que, na hipótese, não há que se qualificar juridicamente um fenômeno da física, por escapar da hipótese de incidência tributária do imposto. Nesse sentido: “Não procede o reclamo de creditamento de ICMS em razão da evaporação do combustível, pois a sua volatilização constitui elemento intrínseco desse comércio, a ser, portanto, considerado pelos seus agentes para fins de composição do preço final do produto. Esse fenômeno natural e previsível difere, em muito, das situações em que a venda não ocorre em razão de circunstâncias inesperadas e alheias à vontade do substituído. Ademais, o STJ, analisando questão análoga, concernente à entrada de cana-de-açúcar na usina para produção de álcool, já se pronunciou no sentido de que a quebra decorrente da evaporação é irrelevante para fins de tributação do ICMS” (REsp 1.122.126/RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010). 5. Não há novo fato gerador ocorrido com a variação volumétrica de

combustíveis líquidos, uma vez que não se está diante de uma nova entrada ou saída intermediária não considerada para o cálculo do imposto antecipado, mas de mera expansão física de uma mercadoria volátil por natureza. 6. Recurso especial não provido.” (STJ, 1ª Turma, REsp 1884431/PB, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 08.09.2020, DJe 11.09.2020).

“Apelação cível. Ação anulatória. ICMS-ST sobre operações com combustíveis. Dilatação volumétrica do produto. Arguição de recolhimento a menor. Tributação complementar do volume volátil do produto e expansão natural do líquido. Inexistência de operação tributária diversa da que foi objeto da substituição tributária progressiva. 1. A expansão volumétrica de combustíveis líquidos decorrente de aumento de temperatura não configura novo fato gerador, alheio à antecipação de recolhimento da refinaria, porque não se está diante de uma nova operação tributável, isto é, de nova entrada ou saída intermediária não considerada para o cálculo do imposto antecipado, mas de variação natural de mercadoria volátil por natureza. 2. Assim, não cabe discussão quanto a conclusão do laudo pericial no sentido de que, inobstante aparente grande a diferença apurada pelo fisco quando observada em números absolutos, ao ser comparada com o volume de combustível comercializado pela distribuidora no período apurado, possível se tratar de variação volumétrica, conforme os parâmetros admitidos pela Agência Nacional de Petróleo. Recurso Desprovido.” (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5066447-75.2015.8.09.0051, Relator Desembargador Carlos Hipolito Escher, 4ª Câmara Cível, julgado em 24.06.2022, DJe de 24.06.2022).

“Apelação cível. Execução fiscal. ICMS. Combustível. Temperatura de armazenamento. Aumento natural do volume, dentro dos limites legais. Incidência tributária indevida. Embargos, parcialmente, acolhidos. Honorários recursais. 1. **In casu**, do conjunto factual/probatório contido no processo, ressaí que não foi verificada a entrada de álcool anidro, destinado a mistura com a gasolina tipo A, tendo o aumento de 30.596.726 litros. As diferenças apuradas correspondem a uma diferença volumétrica, ou seja, aquisição pela refinaria a 20° C e venda pela embargante a temperatura ambiente. Assim, as diferenças de volume (-0,002%) para óleo diesel e 0,013% para a gasolina tipo A estão dentro do limite estabelecido no artigo 9º da Resolução CNP nº 7/1969 (0,6%). Ainda, não restou demonstrado ter havido aquisição de gasolina e diesel sem emissão de Nota Fiscal. Dessa forma, conclui-se, neste caso, a inexistência de previsão legal para a cobrança do ICMS-ST sobre o aumento de volume de combustível, decorrente da variação térmica, referente às CDAs nº 265487 e nº 265498. 2. Arbitra-se os honorários recursais, em 1% (um por cento), escalonadamente, sobre os percentuais mínimos previstos nos incisos I a IV do art. 85, § 3º, em conformidade com o art. 85, § 11, do CPC, cumuláveis com os arbitrados no 1º grau. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.” (TJGO, Apelação (CPC) 5060044-66.2010.8.09.0051, Relator Desembargador Olavo Junqueira de Andrade, 5ª Câmara Cível, julgado em 03.08.2020, DJe de 03.08.2020).

“Apelação cível. Ação declaratória. ICMS complementar. Impossibilidade de cobrança. Ausência de regulamentação legal. Aumento do volume do combustível em virtude da variação

da temperatura. Fato gerador da obrigação tributária presumido. Caráter definitivo. Inversão dos ônus da sucumbência. I - Diante da ausência de previsão legal específica em relação à exigibilidade de ICMS complementar quanto à alteração do volume de combustíveis em virtude da variação da temperatura ambiente, resta impossibilitada tal cobrança por parte da autoridade fiscalizadora. II - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.851/AL sedimentou o entendimento de que o fato gerador presumido tem caráter definitivo. III - Não se aplica no presente caso, a tese fixada no RE nº 593.849 que, alterando parcialmente o precedente firmado na ADI nº 1.851/AL, entendeu ser devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, não restando permitida a cobrança da complementação do imposto, mas, tão somente, a restituição do excesso. IV - Corolário da reforma da sentença e procedência do pedido inicial é a inversão dos ônus sucumbenciais e a consequente condenação do ente estatal/apelado ao pagamento dos honorários advocatícios. Apelação conhecida e provida.” (TJGO, Apelação (CPC) 0352548-27.2012.8.09.0051, Relator Fausto Moreira Diniz, 6ª Câmara Cível, julgado em 24.07.2019, DJe de 24.07.2019).

Daí, tenho que não merece reparo a sentença fustigada.

Dos honorários recursais.

Conforme § 11 do art. 85 do CPC, o Tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados pelo Magistrado **a quo**, levando em conta o trabalho adicional realizado nesta instância revisora.

Na sentença restou condenado o Apelante aos honorários advocatícios, os quais foram fixados, conforme os percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º, incisos I a IV e § 4º, inciso III, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, hei por bem majorá-los, em 1% (um por cento), escalonadamente, sobre os percentuais mínimos previstos nos incisos I a IV do art. 85, § 3º, conforme art. 85, § 11, do CPC, cumuláveis com os arbitrados no 1º grau.

Do exposto, conhecido do apelo, submeto o seu exame à Turma Julgadora desta egrégia 3ª Câmara Cível; pronunciando-me pelo seu desprovimento; mantendo-se incólume a sentença, por estes e seus próprios fundamentos; destarte, fixando-se honorários recursais, em desfavor do Apelante.

É o voto.

Des. Wilson Safatle Faiad - Relator

(Datado e assinado digitalmente, conforme os artigos 10 e 24 da Resolução nº 59/2016 do TJGO)

Dupla Apelação Cível nº 5229217.26.2021.8.09.0044

5ª Câmara Cível

Comarca de Formosa

1ºs Apelantes: Jaqueline Gouveia Batista e Outro

1º Apelado: Flávio Henrique Araújo Teixeira

2º Apelante: Flávio Henrique Araújo Teixeira

2ºs Apelados: Jaqueline Gouveia Batista e Outro

Relator: Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO C/C DECLARATÓRIA, OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS. INTEMPESTIVIDADE DO SEGUNDO APELO. VERIFICADA. PRELIMINARES DE EFEITO SUSPENSIVO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PREJUDICADA A PRIMEIRA E AFASTADA A SEGUNDA. ANÚNCIO DE VEÍCULO NO SÍTIO ELETRÔNICO DA OLX. DOLO DE TERCEIRO (ESTELIONATÁRIO). DEVOLUÇÃO DAS PARTES AO **STATUS QUO**. IMPOSSIBILIDADE. CULPA CONCORRENTE VERIFICADA. MITIGAÇÃO DO PREJUÍZO SENTENÇA REFORMADA. REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA.

I - Verifica a intempestividade do segundo apelo, é de rigor seu não conhecimento.

II - Afastam-se as preliminares de efeito suspensivo e nulidade da decisão por ausência de fundamentação, a primeira, dada a prejudicialidade do pedido de efeito suspensivo, quando verificado que o ato judicial que se pretendia suspender já restou consolidado. A segunda, porque a decisão sucinta está dispensada do exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nos termos do Tema nº 339 do Supremo Tribunal Federal, não caracterizando, assim, ausência de fundamentação da decisão judicial.

III - As partes, dada a oportunidade e contato direto que tiveram, concorreram, ainda que não intencionalmente, para a concretização do golpe, uma vez que, mesmo com indícios capazes de gerar a suspeita do negócio, seguiram as recomendações do estelionatário, impondo, dessa forma, a adequação de suas situações jurídicas, ante a verificada culpa concorrente.

IV - Considerando que os recorrentes efetuaram o pagamento de um boleto para quitação do saldo devedor do financiamento do veículo, em virtude da relação negocial de venda e compra deflagrada, cabe ao 1º apelado ressarcir-los da quantia despendida em seu proveito, com correção monetária pelo INPC, a partir do desembolso e juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado desta decisão.

V - Deve o apelado, primeiro requerido, suportar a indenização em favor dos apelantes de metade do valor que pagou pelo veículo à terceira pessoa estranha a relação negocial, como forma de mitigação e divisão dos prejuízos sofridos pelas partes, notadamente diante da verificada culpa concorrente na consecução dos atos que fomentaram a fraude de terceiro.

VI - Em virtude da reforma parcial da sentença, os ônus de sucumbência devem ser redistribuídos, aplicando-se o art. 86, CPC.

VII - PRIMEIRA APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. SEGUNDA APELAÇÃO CÍVEL NÃO CONHECIDA, DADA SUA INTEMPESTIVIDADE. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Dupla Apelação Cível nº 5229217-26.2021.8.09.0044.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Terceira Turma Julgadora de sua Quinta Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer da primeira Apelação Cível e dar-lhe parcial provimento, e em não conhecer da segunda Apelação Cível, nos termos do voto do Relator.

Votaram acompanhando o Relator os Excelentíssimos Desembargadores Maurício Porfírio Rosa e Kisleu Dias Maciel Filho.

Presidiu a sessão de julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Maurício Porfírio Rosa.

Esteve presente a Procuradora Geral de Justiça a Doutora Márcia de Oliveira Santos.

(Datado e assinado em sistema próprio)

Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Dupla Apelação Cível, a primeira interposta por Jaqueline Gouveia Batista e Silvano Francisco Fonseca Junior (mov. 206) e, a segunda, por Flávio Henrique Araújo Teixeira (mov. 213), em face da sentença proferida no movimento nº 200 dos autos da presente “Ação de Nulidade de Ato Jurídico c/c Declaratória, Obrigação de Fazer e Reparação por Perdas e Danos”.

O ato sentencial foi proferido nos seguintes termos:

“(…) Pelo exposto, julgo totalmente improcedentes os pedidos iniciais.

Em consequência, revogo a tutela de urgência deferida no Evento nº 10.

Havendo restrição judicial, determino o desbloqueio no prontuário do veículo, através do sistema RENAJUD, encaminhando-se os autos ao CACE/TJGO para este fim.

Deixo de condenar a parte autora ao pagamento dos ônus da sucumbência, nos termos do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, posto que é beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes, por seus procuradores e via PJe.”

Opostos recurso de Embargos de Declaração (mov. 214), estes foram acolhidos (mov. 217) pelo magistrado singelo, para deferir a exclusão da restrição judicial do veículo placa JKO4F30, nos termos do 1.012, § 1º, inciso V, do CPC.

Irresignados, os primeiros recorrentes Jaqueline Gouveia Batista e Silvano Francisco Fonseca Júnior, interpuseram recurso de apelo (mov. 206), requerendo, preliminarmente, a concessão de efeito suspensivo ao recurso, sob pena de se verificar prejuízos de difícil ou impossível reparação.

Alegam, no mérito, que o magistrado singelo deixou de acurar os elementos de prova carregados aos autos, tendo incorrido em **error in procedendo**, em patente ofensa ao art. 489 do CPC.

Aduzem que o juízo **a quo** limitou-se a lamentar o prejuízo sofrido pelos autores, sem muito aprofundamento, quando na verdade, deveria ter analisado que o objeto em discussão tratou-se de um negócio jurídico fraudulento.

Afirmam ser a relação negocial encartada inválida, porquanto os autores não receberam pela venda do veículo (comprovante de pagamento falso), inexistindo negociação direta entre as partes Jaqueline/Silvano e Flávio.

Frisam que a negociação girou em torno de preço vil, porquanto o comprador Flávio transferiu valor abaixo de mercado (R\$21.000,00) para conta bancária de terceira pessoa estranha a relação negocial.

Citam julgados paradigmas.

Defendem que a sentença, em relação a conduta pessoal do Requerido Flávio é contraditória, dado que omitiu informações e confirmou outras de natureza falsa, restando caracterizada sua culpa a contribuir para a ocorrência do golpe.

Citam que “o requerido Flávio repassou uma confiança aos autores, fazendo com que os Autores acreditassem que estariam fazendo um negócio válido porque confirmado pelo Flávio que realmente tinha uma negociação com o Rafael”.

Destacam os temas debatidos em recursos de agravos de instrumentos nestes autos, em especial, os autos de nº 5363280-23.2021.8.09.0000, na parte em que se faz menção de que o agravante Flávio, teria agido com “mais negligência que a parte vendedora”, ora primeiros apelantes.

Defendem não ter havido tradição do veículo, posto que o pagamento pela compra do veículo teria sido realizada na conta de terceira pessoa, não tendo os autores/1ºs apelantes, recebido pela venda.

Ao final, como pedido principal, pugnam pelo provimento do recurso para, em reforma da sentença, seja declarado nulo o negócio jurídico encartado nos autos, retornando as partes ao **status quo ante**, com a restituição do veículo aos autores/1ºs apelantes. Em sendo impossível a restituição, requerem a reparação do dano material, no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais), acrescido do valor do desembolso para quitação do veículo automotor no valor de R\$8.248,59 (oito mil duzentos e quarenta e oito reais e cinquenta e nove centavos), tudo, corrigido desde o evento danoso.

Subsidiariamente, pugnam pelo reconhecimento da culpa concorrente, com rateio do prejuízo, observada a proporção e extensão do dano sofrido por cada um. Caso não seja anulada a sentença

objurgada em virtude da preliminar aventada, que seja reformada para declarar válido e eficaz o negócio jurídico, autorizando, por fim a transferência do veículo para o seu nome.

Preparo dispensado, tendo em vista serem os autores, ora 1ºs apelantes, beneficiários da Justiça Gratuita para este ato (mov. 10).

O segundo Apelante Flávio Henrique Araújo Teixeira (mov. 213), requer, em preliminar de mérito, o afastamento da revelia decretada pelo dirigente processual no movimento 163, ao fundamento de que sua defesa, na forma de contestação, foi devidamente apresentada, a tempo e modo, consoante se extrai da peça acostada no movimento 40 dos autos.

Assevera que a decretação equivocada da revelia não pode fazer coisa julgada nos autos, mesmo tendo se sagrado vencedor da ação.

No mérito, postula a reforma do julgado, em especial em sua parte dispositiva, porquanto o magistrado, ao julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais, deixou de condenar os autores em honorários advocatícios sucumbenciais e despesas processuais, situação a merecer reparos, nestes pontos.

Ao final, em arremate aos fundamentos, requer a reforma do julgado, afastando a revelia decretada (mov. 163), bem como sejam os 2ºs apelados condenados às despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais.

O Apelante Flávio é beneficiário da Justiça Gratuita, por decisão proferida em recurso de agravo de instrumento dessa relatoria (PJD nº 5363280-23.2021.8.09.0000).

Contrarrazões do requerido Rafael Guimarães Merendaz (mov.222), ao recurso interposto pelos 1ºs apelantes Jaqueline e Silvano, pugnando pelo desprovimento do apelo e condenação os apelantes em custas e honorários advocatícios.

Requerimento de efeito suspensivo da sentença formulados pelos 1ºs apelantes Jaqueline e Silvano ao juízo **a quo** (mov.224), não apreciado pelo magistrado singelo, ao fundamento de que compete a instância **ad quem** a análise de tal pleito.

Requerimento de objeção do 1º apelado Flávio (mov. 233), ao pedido de efeito suspensivo formulado pelos 1ºs apelantes, pugnando pelo seu não conhecimento nos termos do 1.012, § 3º, do CPC.

Intimado para manifestar sobre a possível intempestividade de seu recurso de apelação (mov. 237), o 2º Apelante Flávio compareceu aos autos, defendendo a regularidade temporal de seu apelo, pugnando pelo seu regular processamento (Mov. 239).

É o relatório.

À Secretaria da 5ª Câmara Cível para as providências de praxe (CPC/15, arts. 931 c/c 934).
(Datado e assinado em sistema próprio).

Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto - Relator

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Dupla Apelação Cível, a primeira interposta por Jaqueline Gouveia Batista e Silvano Francisco Fonseca Junior (mov. 206) e, a segunda, por Flávio Henrique

Araújo Teixeira (mov. 213), em face da sentença (mov. 200) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Formosa, Dr. Lucas Siqueira, nos autos da presente Ação de Nulidade de Ato Jurídico c/c Declaratória, Obrigação de Fazer e Reparação por Perdas e Danos, ajuizada pelos autores/1ºs apelantes em desfavor do requerido/ 2º apelante.

O ato sentencial foi proferido nos seguintes termos:

“(...) Pelo exposto, julgo totalmente improcedentes os pedidos iniciais.

Em consequência, revogo a tutela de urgência deferida no Evento nº 10.

Havendo restrição judicial, determino o desbloqueio no prontuário do veículo, através do sistema RENAJUD, encaminhando-se os autos ao CACE/TJGO para este fim.

Deixo de condenar a parte autora ao pagamento dos ônus da sucumbência, nos termos do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, posto que é beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes, por seus procuradores e via PJe.”

Opostos recurso de Embargos de Declaração (mov. 214), estes foram acolhidos pelo magistrado singelo (mov. 217), para deferir a exclusão da restrição judicial do veículo placa JKO4F30, nos termos do 1.012, § 1º, inciso V, do CPC.

Irresignados, os primeiros apelantes Jaqueline Gouveia Batista e Silvano Francisco Fonseca Júnior, interpuseram recurso de apelo (mov. 206), requerendo, preliminarmente, a concessão de efeito suspensivo a insurgência, sob pena de se verificar prejuízos de difícil ou impossível reparação.

No mérito, requerem seja declarado nulo o negócio jurídico encartado nos autos, retornando as partes ao **status quo ante**, com a restituição do veículo aos autores. Em sendo impossível a restituição, requerem a reparação do dano material, no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais), acrescido do valor desembolsado para quitação do veículo automotor no valor de R\$8.248,59 (oito mil duzentos e quarenta e oito reais e cinquenta e nove centavos), tudo, corrigido desde o evento danoso.

O segundo apelante Flávio Henrique Araújo Teixeira, requer, em preliminar de mérito, o afastamento da revelia decretada pelo dirigente processual no movimento 163, e, no mérito, sejam os 2ºs apelados condenados às despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais

1. Do juízo de admissibilidade

Em relação à primeira apelação cível interposta por Jaqueline Gouveia Batista e Silvano Francisco Fonseca Júnior, preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso, dela conheço.

Já no tocante à 2ª apelação cível, interposta por Flávio Henrique Araújo Teixeira, destaco que esta não merece ser conhecida.

O art. 1.003, § 5º, assim dispõe:

“Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

(...).

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

Compulsando os autos, observa-se que a sentença atacada foi publicada no dia 17.02.2023, conforme se extrai do mov. 204, com início do cômputo do prazo recursal em 22.02.2023, Quarta-Feira de Cinzas, porquanto dia útil para contagem de prazo processual.

Conforme registro constante na mov. 213 a apelação foi protocolada em 15.03.2023.

O prazo fatal para interposição da insurgência foi verificado em 14.03.2023. Considerando que o recurso somente foi protocolizado no dia 15.03.2023, flagrante é sua intempestividade.

Encartada a premissa, verifico que o 2º apelo não merece ser conhecido, ante sua manifesta intempestividade.

Aliás, sobre o assunto, segue entendimento deste egrégio Tribunal:

"(...) Ao teor do exposto, com fulcro no art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil/2015, não conheço da apelação cível em epígrafe, porque inadmissível (intempestiva). Por conseguinte, não conheço do recurso adesivo aviado pelo autor, em razão de sua acessoriedade com o recurso principal. Intimem-se as partes e dê-se ciência desta decisão ao Juiz da causa. Após o trânsito em julgado desta decisão, arquivem-se os autos, com baixa na distribuição." (TJGO, Apelação Cível 435223-52.2009.8.09.0051, Relatora Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo, 4ª Câmara Cível, julgado em 02.06.2017, DJe 2284 de 08.06.2017). Grifei.

Agravo interno na apelação cível nº 5605059-20.2018.8.09.0051 Comarca: Goiânia 4ª Câmara Cível agravante: Valdeir Pereira da Silva Júnior Agravada: Incorporação Tropicale Ltda Relator: Juiz Substituto em Segundo Grau Dr. Avenir Passo de Oliveira Ementa: Agravo Interno. Apelação intempestiva. Quarta-feira de cinzas. Dia útil para contagem do prazo processual. Disponibilização da informação no regimento interno e site do tribunal de justiça. Ausência de justa causa. Desprovemento. 1. Na hipótese, restou claro no decisor que a quarta-feira de cinzas é considerada dia útil para fins de contagem de prazo recursal, embora com expediente reduzido, assim, não haverá prorrogação do prazo, se esse dia coincidir com o fim do prazo recursal. 2. A previsão no regimento interno e as informações precisas constantes no site do TJGO, infirmam a alegativa de justa causa e eventuais equívocos, porquanto é ônus da parte a contagem correta dos prazos processuais. 3. Agravo conhecido e desprovido. (TJGO, Agravo Interno na Apelação Cível 5605059-20.2018.8.09.0051, Relator Desembargador Avenir Passo de Oliveira, 4ª Câmara Cível, julgado em 17.10.2022). Grifei.

Logo, deixo de conhecer do segundo apelo manejado pelo recorrente Flávio Henrique Araújo Teixeira, vez que intempestivo.

2. Do primeiro recurso de apelação – Jaqueline Gouveia Batista e Silvano Francisco Fonseca Júnior

2.1. Da preliminar de efeito suspensivo

Primeiramente, insta salientar que o recurso de apelação cível possui, automaticamente, efeito suspensivo, conforme dispõe o art. 1.012, **caput**, do CPC/15, excetuando-se as disposições previstas em seu § 1º, e outras previstas em leis específicas.

Os 1ºs recorrentes alegam, preliminarmente, necessidade de suspensão dos efeitos da sentença que revogou a tutela de urgência deferida no movimento nº 10 e determinou o desbloqueio

da restrição judicial do veículo no RENAJUD, sob pena de se verificar prejuízos de difícil ou impossível reparação.

Pois bem. Em cotejo ao caderno processual, observo que o magistrado **a quo**, em decisão integrativa (mov. 217), deferiu a exclusão de restrição judicial do veículo placa JKO4F30, nos termos do art. 1.012, § 1º, inciso V, do CPC.

Nota-se, ainda, que epigrafada determinação fora cumprida pela Central de Operacionalização Sistemas Conveniados – CENOPEs, consoante se extrai da movimentação de nº 231.

Nesse cenário, reputo prejudicada a análise do pedido preliminar de efeito suspensivo formulado no primeiro apelo, porquanto a medida que se pretendia obstar, já se encontra efetivada por determinação do magistrado singular.

Logo, impraticável o efeito suspensivo pretendido.

2.2. Da nulidade da decisão por ausência de fundamentação

Alegam os primeiros apelantes a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, posto que o magistrado de primeiro grau não enfrentou todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão que adotou, em clara inobservância ao dever de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 489, § 1º, do CPC.

O recurso não merece acolhimento quanto a preliminar arguida.

Acerca da fundamentação, é consabido que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e artigo 11 do Código de Processo Civil. **In verbis**:

“Art. 93.

IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).”

“Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

Ocorre que, a fundamentação pode ser sucinta, estando dispensado o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas. A propósito, o tema nº 339 do Supremo Tribunal Federal:

“Tema: 339 - Obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Ementa: (...) O artigo 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.”

Na hipótese vertente, a decisão recursada está devidamente fundamentada, contendo as razões que levaram ao indeferimento do pleito inicial, tanto que permitiu aos apelantes interpor o presente recurso, impugnando o entendimento externado pelo magistrado singular.

3. Do mérito

De proêmio, colhe-se dos autos que as partes Jaqueline/Silvano e Flávio foram vítimas de um golpe quando realizaram a venda de um veículo Fiat Palio Atract, 2013-2014, após tê-lo anunciado no site de anúncios de vendas OLX, perpetrado através da intermediação de um terceiro na negociação que a princípio respondia pelo nome de Rafael, este que demonstrou interesse na aquisição do veículo

por R\$30.000,00 e informou que o motivo da compra seria para realizar outro negócio com a pessoa de Flávio, ora 1º apelado.

Os 1ºs apelantes, Jaqueline/Silvano obtiveram recibo do depósito, assinaram o DUT (Documento Único de Transferência) e entregaram o veículo ao apelado Flávio. Momentos depois perceberam que o comprovante de depósito era falso e registraram Boletim de Ocorrência. Toda negociação com Rafael foi realizada através de aplicativo de mensagens instantâneas de celular.

Ao mesmo tempo, o requerido Rafael, também através de aplicativo de mensagens de celular, teria intermediado a negociação com o 1º apelado Flávio, que realizou depósito no valor de R\$21.000,00 na conta bancária de pessoa diversa da proprietária do veículo, conforme indicado pelo estelionatário Rafael.

O magistrado de origem julgou improcedentes os pedidos iniciais, afastando por completo a responsabilidade do 1º apelado Flávio, por entender que não há como sustentar que em sua atuação haja contribuído para o desfecho do golpe ou que tenha causado lesão em desfavor dos autores, ora 1ºs apelantes.

Em relação ao requerido Rafael Guimarães Merendaz, a instrução probatória carreada aos autos demonstrou tratar-se de pessoa outra, que não o estelionatário, e, estranha à relação negocial entabulada, cujo nome tem sido utilizado indevidamente em diversas fraudes, conforme restou provado no caderno processual.

Inconformados com o desfecho dado pela decisão primeira, os 1ºs apelantes Jaqueline/Silvano insurgem contra a sentença, por considerá-la alheia às provas dos autos, o que a meu sentir, reputo existir parcial razão. Explico.

Em que pese a interação e facilidades advindas com as novas tecnologias postas à disposição da sociedade, sobreleva mencionar que lado a lado ao crescente desenvolvimento, verifica-se a multiplicação de golpes, denominados “crime do intermediário”, fomentados pelas novas ferramentas digitais.

Extrai-se que para a verificação da fraude denominada “golpe da OLX”, imprescindível que ambos, comprador e vendedor participem de uma simulação, cada qual, com o objetivo de aferir vantagens na negociação (art. 167, § 1º, II do CC).

Nesse cenário, basta que uma das partes atue com transparência, para que a fraude não se consuma.

In casu, das provas carreadas aos autos, é possível concluir que o 1º apelado Flávio, não está ausente de responsabilidades, assim como os autores, em relação aos fatos descritos na inicial e apurados durante a instrução processual.

O magistrado singular, em relato aos fatos narrados pelo 1º apelado Flávio, em sua fundamentação, assim prenotou, **in verbis**:

“(…) O requerido Flávio Henrique Araújo Teixeira, por sua vez, aduz que visualizou o anúncio do veículo da lide no site “OLX”, anunciado pela Srª. Ana em 06.05.2021, no valor de R\$23.000,00 (vinte e três mil reais).

Em contato com o número (61) 9865-2350 foi atendido pelo Sr. Rafael, o qual informou que o veículo estaria na cidade de Formosa/GO, na empresa HC Pneus, com o autor Silvano. Sendo

assim, dirigiu-se até a referida empresa, acompanhado de seu irmão, ocasião em que, com o consentimento do segundo autor, vistoriou o veículo. Pondera que indagou o autor Silvano acerca da relação deste com o Sr. Rafael, sendo-lhe respondido que o veículo seria como forma de pagamento de uma dívida entre ambos, e que foi concedido autorização pelo segundo autor negociar os valores diretamente com o Sr. Rafael.

Nesse passo, pondera que foi acertado com o Sr. Rafael o valor do veículo em R\$21.000,00 (vinte e um mil reais). Seguindo, verificado que o veículo estava alienado junto ao Banco Itaú, dirigiu-se até a agência bancária, com os autores, ocasião em que estes efetuaram o pagamento do boleto de quitação no valor de R\$8.278,53 (oito mil e duzentos e setenta e oito reais e cinquenta e três centavos). Ato seguinte, o réu Flávio e os autores dirigiram-se até o cartório para assinatura e reconhecimento de firma no Documento Único de Transferência – DUT pelas partes, momento em que houve a anuência para o pagamento no valor de R\$21.000,00 (vinte e um mil reais) a pessoa de Ana Lúcia Pontes de Oliveira, indicada pelo requerido Rafael.

Concluída a negociação, informa que foi efetivada a tradição do veículo ao requerido Flávio, o qual notou débitos de IPVA do veículo e acionou o réu Rafael, mas não conseguiu obter mais contato com este. Por isso, entrou em contato telefônico com o segundo autor, entretanto, foi informando por este acerca da fraude ocorrida e que estaria na delegacia para registrar a ocorrência dos fatos.” (Destaquei)

Pois bem. Da narrativa lançada pelo requerido Flávio, notadamente sobre sua atuação por ocasião da negociação realizada, é possível extrair que houve contato direto com os autores, por ocasião da ida ao banco para quitação do financiamento do veículo, bem como em relação ao cartório de notas, para reconhecimento de firma das assinaturas no Documento Único de Transferência – DUT.

Nesse cenário, é forçoso concluir que as partes, dada a oportunidade e contato direto que tiveram, concorreram, ainda que não intencionalmente, para a concretização do golpe, uma vez que, mesmo com indícios capazes de gerar a suspeita do negócio, seguiram as recomendações do estelionatário.

Bastava discutirem os termos do negócio nos encontros que tiveram (banco e cartório) para ascenderem a dúvida de que algo estava errado.

No entanto, por acreditarem estarem auferindo vantagens na negociação, cada qual com sua expectativa sobre os valores do veículo, os vendedores no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais) pela venda e o comprador pela quantia de R\$21.000,00 (vinte e um mil reais), acabaram por contribuir para a ocorrência da fraude.

Diante de tais constatações, baseadas nos elementos coligidos no caderno processual, reputo existir parcial razão ao recurso interposto pelos 1ºs apelantes Jaqueline/Silvano, não na reversão por completo do julgamento, revolvendo as partes ao **status quo ante**, mas, na mitigação dos prejuízos, porquanto evidenciada a culpa concorrente.

Isso porque, as partes, em que pese a oportunidade de contato direto, deixaram de comunicar entre si as tratativas que tiveram com o fraudador, o que foi determinante para a ocorrência da fraude.

Nessa mesma esteira segue o posicionamento:

Apelação. Compra e venda. Semovente. Indenizatória. Danos materiais. Tutela de urgência. Golpe da OLX. Estelionatário que agiu em negociação triangular, ludibriando o autor e o réu, os quais, ainda que de forma não intencional, contribuíram para a prática do golpe - Culpa concorrente bem reconhecida – Condenação do réu ao pagamento da quantia de R\$36.565,00 (metade do prejuízo do autor) com atualização monetária a partir do pagamento indevido do preço e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação - Sentença mantida - Majoração da verba honorária de 10% para 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil - Recursos de ambas as partes desprovidos. (TJ-SP - AC: 10001096520208260076 SP 1000109-65.2020.8.26.0076, Relator: Claudio Hamilton, Data de Julgamento: 03.06.2022, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03.06.2022)

Nessa linha hermenêutica proposta, conforme exposição trazida por Ricardo Aronne do doutrinador Moacir Amaral dos Santos (1996, p. 34), “É dentro da prova que o raciocínio do julgador se há de mover livremente na pesquisa da verdade colimada pelo processo, isto é, nela se apoia para, livremente, pela influência que exerce em seu espírito de jurista e de homem de bem, formar consciência a respeito da verdade pesquisada”.

Completando o raciocínio, prossegue, que “a liberdade a que se refere o Princípio do Livre Convencimento do Juiz é a de apreciar os dados apresentados pelas partes, ou por ele buscados, acerca dos fatos controvertidos, ou seja, dos elementos de prova, a fim de embasar e formar seu convencimento, repisa-se, na forma da lei”.

Com efeito, constata-se, no caso em análise, que ambas as partes foram vítimas de golpe, tendo contribuído para tal fato em razão da omissão de informações de um a outro ou imprudência verificada em relação a suas competências na negociação.

Além disso, a ação de estelionatários perpetrada a partir da captação de dados e informes em *sites* de internet que servem de plataforma de anúncios, já ganhou notoriedade.

Diante de tais constatações, com relação aos apelantes/autores e apelado/réu, de um a outro, como partes do processo, claramente há que se fazer a adequação de suas situações jurídicas, ante a verificada culpa concorrente.

Assim exposto, pelo menos em parte cabe acolhida ao primeiro recurso interposto, porquanto, os apelantes efetuaram o pagamento em 06.05.2021 de um boleto para quitação do saldo devedor do financiamento do veículo, no valor de R\$8.278,53, (oito mil duzentos e setenta e oito reais e cinquenta e três centavos). É o que se vê do arquivo 97 do movimento 01.

Nesse cenário, cabe, então, ao apelado/Flávio, diante de todo o contexto fático verificado, suportar, assim como os apelantes, sua parte do prejuízo, sob pena de se verificar a indigesta figura do enriquecimento sem causa, notadamente quando verificado, repiso, a flagrante culpa concorrente das partes envolvidas.

Evidentemente, considerando os limites subjetivos da lide, não sendo parte na ação o estelionatário, em relação a este não é possível se falar, ao menos por ora e, neste caderno processual, em indenizações pelos atos praticados.

Com efeito, o apelado Flávio deverá ressarcir aos apelantes, a quantia de R\$8.278,53, (oito mil duzentos e setenta e oito reais e cinquenta e três centavos), despendida em seu proveito, com a

quitação do veículo automotor, corrigido monetariamente pelo INPC, a partir do desembolso e juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado desta decisão.

Em relação ao prejuízo dos autores/apelantes pelo não recebimento do veículo, inicialmente à venda pelo preço de R\$30.000,00 (trinta mil reais), mencionado prejuízo também deverá ser rateado entre as partes, contudo, tendo por base de cálculo o valor de R\$21.000,00 (vinte e um mil reais), pago de maneira incauta pelo requerido Flávio a terceira pessoa estranha a negociação, de nome Ana. Explico.

Na proposta inicial de venda do veículo pelo preço cheio de R\$30.000,00 (trinta mil reais), deve ser abatido o valor utilizado para quitação do financiamento (R\$8.278,53), cuja sobra (R\$21.721,47) deve refletir o valor a ser rateado entre os contendentes, dada a verificada culpa concorrente.

No entanto, considerando o incontroverso valor pago pelo réu/apelado Flávio a terceira pessoa estranha a relação negocial, no montante de R\$21.000,0 (vinte e um mil reais), fixo como sendo este, o importe a ser rateado como prejuízo, até porque, muito próximo ao valor obtido após o desconto empregado na quitação do financiamento.

Dessa forma, o réu/apelado Flávio deverá indenizar os autores/apelantes, ainda, a quantia correspondente a R\$10.500,00 (dez mil e quinhentos reais) correspondentes à metade do valor que pagou a terceira pessoa estranha à negociação, por influência do estelionatário Rafael.

É dizer, como reforço, os vendedores entregaram o veículo à pessoa correta, ao passo que o comprador, por sua vez, pagou a pessoa errada, frise-se, estranha à relação negocial.

Quanto ao veículo objeto da lide, entregue voluntariamente ao apelado/Flávio, acompanhado de seu recibo de transferência (mov. 01, arq. 94), deverá permanecer de posse de seu adquirente, porquanto em relação a entrega do bem, assim como o magistrado singelo, reputo ter havido a tradição, por ato das partes.

Em relação ao pedido do requerido Rafael Guimarães Merendaz, pugnano pelo desprovisionamento do recurso dos apelantes Jaqueline/Silvano (mov. 222), com condenação dos recorrentes nos ônus sucumbenciais, face a reforma do julgado monocrático, outro entendimento não há, senão, pela sua improcedência.

Por fim, em virtude da modificação da sentença, o ônus sucumbencial deve ser redistribuído ficando cada parte responsável pelo pagamento de 50% (cinquenta por cento) das despesas processuais, inclusive honorários fixados na sentença, de acordo com o artigo 86, do Código de Processo Civil e sem majoração em sede recursal.

4. Dispositivo

Ante o exposto, conheço da apelação cível e dou-lhe parcial provimento, para, em reforma à sentença objurgada, determinar que o 1º apelado Flávio Henrique Araújo Teixeira será coadunado a pagar aos apelantes Jaqueline/Silvano a quantia de R\$18.778,53 (dezoito mil setecentos e setenta e oito reais e cinquenta e três centavos), sendo R\$8.278,53, (oito mil duzentos e setenta e oito reais e cinquenta e três centavos), desprendido em seu proveito com a quitação do veículo automotor, a ser corrigido monetariamente pelo INPC, a partir do desembolso e juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado desta decisão, e o restante, R\$10.500,00 (dez mil e quinhentos reais), correspondente a metade do valor pago de maneira incauta a terceira pessoa, estranha a relação

negocial, corrigidos monetariamente pelo INPC, a partir de 06.05.2021, data em que houve a entrega do veículo automotor, e juros de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado desta decisão.

Em razão do parcial provimento do presente recurso, cada parte ficará responsável pelo pagamento de 50% das despesas processuais, inclusive honorários no patamar fixado na sentença. Considerando que as partes litigantes gozam do benefício da assistência jurídica gratuita, aplica-se o § 3º do art. 98 do CPC.

É o voto.

(Datado e assinado em sistema próprio).

Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto - Relator

Duplo Grau de Jurisdição nº 5153882.53.2016.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Autor: Ministério Público

Réu: Edson José Ferrari

Apelação Cível

Apelante: Edson José Ferrari

Apelado: Ministério Público

Relatora: Des^a. Amélia Martins de Araújo

EMENTA: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO DISPENSADO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. NOMEAÇÃO PARA CARGO COMISSIONADO. NEPOTISMO. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO OBJETIVA. INEXISTÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA. AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIA CABAL DE INFLUÊNCIA NA NOMEAÇÃO.

I - Nos termos do artigo 17-C, § 3º, da Lei Federal nº 8.429/1992 (com a redação dada pela Lei Federal nº 14.230/2021), não haverá remessa necessária nas sentenças de que trata a Lei de Improbidade Administrativa.

II - O prazo de prescrição intercorrente previsto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.429/1992, aplica-se apenas a contar da entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, num entendimento firmado pelo STF, no Tema nº 1.199 (ARE nº 843.989/PR): - O novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

III - Segundo entendimento do STJ, a prática de nepotismo é vedada desde a vigência da Constituição Federal de 88, ou seja, anterior a edição da Súmula Vinculante nº 13 do STF.

IV - A incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante nº 13 com o art. 37, **caput**, da CF, não exige apenas a relação de parentesco entre a pessoa designada e agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão ou função comissionada, mas a presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de escolha, situação não divisada nos autos.

V - Sendo o conjunto fático-probatório insuficiente para demonstrar a prática de nepotismo, principalmente, porque o ato de nomeação em questão não foi subscrito pelo requerido/apelante, além de inexistência de subordinação hierárquica entre o agente político e a autoridade nomeante e a ausência de prova de que tenha atuado para favorecer a servidora e a sua nomeação, merece reforma a sentença que julgou procedente o pedido exordial. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Duplo Grau de Jurisdição nº 5153882-53.2016.8.09.0051 - Apelação Cível, da comarca de Goiânia, em que figura como autor/apelado Ministério Público e como réu/apelante Edson José Ferrari.

Acorda o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes da Segunda Turma Julgadora de sua 1ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em não conhecer do Reexame Necessário, conhecer da Apelação Cível e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Votaram com a Relatora a Desembargadora Maria das Graças Carneiro Requi e o Desembargador Fernando de Castro Mesquita, em razão da ausência justificada do Desembargador Carlos Roberto Favaro.

Procuradoria-Geral de Justiça representada conforme extrato de ata.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador Fernando de Castro Mesquita.

Goiânia, de 2023.

Des^a. Amélia Martins de Araújo - Relatora

(Assinado digitalmente conforme Resolução nº 59/2016)

RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Necessária e recurso de Apelação Cível, interposto por Edson José Ferrari, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia, Dr. Leonys Lopes Campos da Silva, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, ajuizada em seu desfavor pelo Ministério Público do Estado de Goiás, no intento de obter a sua reforma.

Extraí-se dos autos que o autor da aludida ação relatou na peça exordial que o requerido, aqui apelante, de forma dolosa, patrocinou o ingresso e a permanência ilegal da servidora Vilma Helena Ferrari, sua parente de 2º grau em linha reta por afinidade (cunhada), para exercício de cargo comissionado junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás.

Narrou que o requerido/apelante se utilizou de sua influência e realizou manobras ilícitas para ocultar nome de família em documentos oficiais para encobrir a nomeação ilícita de sua parente, transgredindo os princípios da moralidade, impessoalidade e da eficiência, além de violar o enunciado da Súmula Vinculante nº 13.

Acrescentou que instaurou o Inquérito Civil Público nº 32/20152 (procedimento nº 201500375557) diante da notícia da prática de nepotismo no Tribunal de Contas do Estado de Goiás, apurando que a referida servidora é casada com Marco Antônio Ferrari, irmão do Conselheiro Edson José Ferrari, o qual, à ocasião da nomeação de Vilma Helena Ferrari, já ocupava o cargo de Conselheiro junto ao Tribunal de Contas de Goiás, cujo ingresso ocorreu no ano de 2004.

Reportou que a nomeação de Vilma Helena da Silva para o cargo comissionado de Inspetor Fiscal de Despesa Pública foi publicada no Diário Oficial do Estado de Goiás, em 20.04.2005, mediante a Portaria nº 298/2005, assinada pelo então presidente Conselheiro Carlos Leopoldo Dayrell, com o ato de posse datado de 27.04.2005.

Esclareceu que o Decreto de nomeação e a respectiva publicação ocorreram com o nome Vilma Helena da Silva, mas no termo de posse fez-se constar o nome correto, qual seja: Vilma Helena Ferrari.

Preconizou que constam do dossiê funcional da ex-servidora documentos pessoais que atestam o seu nome de casada, informando que Vilma Helena Ferrari, passou a ostentar o sobrenome “Ferrari” desde o matrimônio, que ocorreu em 12.05.1979.

Ponderou que o fato de se ter sido adotado o nome de solteira para a publicação de nomeação e o nome de casada no ato de posse, evidencia, irretorquivelmente, engendramento para ocultar o parentesco da servidora com o Conselheiro Edson José Ferrari, razão porque promoveu aludida ação.

Ao final, pugnou pela procedência do pedido.

O Estado de Goiás, à mov. nº 11, ingressou na ação, entendendo existir interesse na apuração dos fatos narrados deduzidos na peça inicial.

Após a notificação, o requerido/apelante, à mov. nº 14, apresentou defesa preliminar, alegando ausência de interesse de agir do autor/apelado ante a inadequação da via processual eleita, posto que o crime de responsabilidade como infração político-administrativa a qual se sujeitam os Conselheiros

dos Tribunais de Contas tramita no Juízo competente, em virtude da prerrogativa de foro, estabelecida em função do cargo exercido.

Pontuou que a responsabilidade do Conselheiro de Tribunal de Contas pela prática de atos omissivos ou comissivos não são aferíveis via Ação de Improbidade Administrativa.

Alegou, ainda, a sua ilegitimidade passiva sob a premissa que na época dos fatos não exercia qualquer atribuição de direção do órgão e, portanto, não poderia expedir atos de nomeação de servidores, e que não restou provado que exerceu influência na indicação de Vilma Helena Ferrari, considerando que a nomeação de sua cunhada para ocupar o cargo de Inspetor Fiscal de Despesa Pública, ocorreu na “Presidência” do Conselheiro Carlos Leopoldo Dayrell, via Portaria nº 298/2005.

No mérito, explicou que, no caso, a responsabilidade é de quem praticou o ato tido como ímprobo, e que somente restaria configurado o nepotismo se houvesse o elemento objetivo da Súmula Vinculante nº 13, que é a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado, ou a necessária relação de subordinação entre os agentes públicos.

Assinalou que não existe parentesco entre o então Presidente do TCE-GO, responsável pela edição do ato de nomeação de Vilma Helena Ferrari (Portaria nº 298/2005), nem mesmo relação de subordinação entre a referida servidora e o requerido/apelante, não configurando, portanto, situação de nepotismo.

Por fim, concluiu que não há elementos que caracterizem a improbidade administrativa, pois não há a figura dolosa, pondo em relevo que na data da nomeação da ex-servidora ainda não vigorava a Súmula Vinculante nº 13, que somente veio a obrigar a Administração Pública a partir de sua edição, ocorrida em 29.08.2008.

À mov. nº 19, foi deferido o ingresso do Estado de Goiás no polo ativo da demanda.

Réplica apresentada, à mov. nº 24.

Após curso regular do processo, sobreveio a sentença singular, exarada nos seguintes termos:

(...) O réu aduz ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda.

Entretanto, conforme já salientado no recebimento da presente Ação Civil Pública (mov.35):

“No que pertine às alegações de falta de interesse ou ilegitimidade passiva, por outro lado, percebo que os argumentos lançados pelo Réu, à primeira vista, confundem-se com o próprio mérito da demanda em exame. Em verdade, o fato de o Réu argumentar que não teria sido responsável pela prática de atos de improbidade, uma vez que não foi o responsável pela nomeação da servidora implica, em última análise, no próprio reconhecimento ou não da ocorrência de improbidade, mérito da ação, não cabendo, nesta fase inicial do processo, adentrar nesta seara.

De fato, uma vez que tais preliminares encontram-se intimamente relacionadas com o próprio mérito da presente ação, não estando elas, ademais, como necessário, suficientemente demonstradas, serão elas analisadas quando do proferimento do julgamento final, quando se terá a certeza da ocorrência ou não dos atos ora imputados como ímprobos e quais os efetivos responsáveis pela sua prática, após uma exaustiva atividade instrutória.”

Desse modo, passo à análise do mérito.

2. Mérito

A controvérsia cinge-se à ocorrência de suposta violação aos princípios norteadores da Administração por parte de Edson José Ferrari, por ter influenciado na nomeação de parente (cunhada) para cargo em comissão no TCE.

Da análise dos presentes autos, verifica-se que foi instaurado o Inquérito Civil nº 32/2015 para apuração dos fatos.

Através da Portaria nº 298/2005 foi nomeada Vilma Helena da Silva (Ferrari) para exercer o cargo comissionado de Inspetor Fiscal da Despesa Pública, datado de 20.04.2005 (mov. 01, doc. 04), cuja resolução foi atribuída ao Conselheiro Carlos Leopoldo Dayrell.

No ano de 2013 o réu Edson José Ferrari, em sua atribuição como conselheiro, por força da Resolução nº 009/2012, de 23.11.2012 lotou Vilma Helena Ferrari no Serviço de Fiscalização Operacional (mov. 01, doc. 05).

Pois bem.

O nepotismo se caracteriza pelo favorecimento de familiares de agentes públicos. Está diretamente relacionado a parentesco, ou seja, é a faculdade de beneficiar familiares para ocuparem cargos e empregos comissionados, ou, ainda, serem designados para exercerem funções de natureza pública.

Desse modo, se o critério de escolha pela autoridade nomeante pautar-se na questão de familiaridade, de modo consequente o nepotismo estará caracterizado.

Quando isso acontece, os resultados dos serviços públicos oferecidos à sociedade poderão ser afetados, pois o critério de mérito fica preterido e o agente responsável pela nomeação estará sujeito às sanções previstas nas normas que regulamentam esta matéria.

Escrevendo sobre o tema, Matheus Carvalho, em sua obra “Manual de Direito Administrativo”, pág. 71, leciona que:

“Costuma-se apontar como violação ao princípio da impessoalidade a nomeação de parentes e cônjuge para assunção de cargos públicos com funções de direção, chefia ou assessoramento, por se tratar de ato praticado com a clara intenção de beneficiar um particular, sem preocupação real com o interesse público.”

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, no ano de 2008, consolidou a Súmula Vinculante nº 13 estabelecendo que: “Enunciado: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

Entretanto, referida Súmula Vinculante não se aplica aos cargos políticos, exceto se houver inequívoca falta de razoabilidade por ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral.

Feitas estas breves explanações, nos incumbe verificar o caso concreto, se os cargos do Tribunal de Contas do Estado de Goiás possuem natureza política ou não.

A Constituição Federal assevera que: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.”

Desse modo, a Constituição do Estado de Goiás assim dispõe:

“Art. 31 - O Tribunal de Contas, com sede na Capital e jurisdição em todo o Estado, compor-se-á de um juiz de direito, um advogado e um contador, nomeados pelo Governador, com prévia aprovação de Assembleia, e que se intitularão Juízes.

§ 1º - São requisitos essenciais para a nomeação de membro do Tribunal de Contas;

I - Ser brasileiro nato, maior de trinta e menor de quarenta e cinco anos; II - estar no gozo dos direitos civis e políticos; III - Possuir notória e comprovada capacidade para o exercício da função; IV - Não incorrer nas ilegalidades previstas na Constituição Federal. (...)

§ 8º - O Tribunal de Contas exercerá, no que lhe diz respeito, as atribuições constantes do art.57, e terá quadro próprio para seu pessoal.”

A Lei nº 16.168/2007 - LOTCE (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado), assim dispõe:

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás, órgão de controle externo, nos termos das Constituições Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei, compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar de seu recebimento;

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público estadual, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público estadual, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão; (...)

§ 1º No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a eficiência, a eficácia, a efetividade, a razoabilidade e a proporcionalidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenção e renúncia de receitas.

§ 2º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 3º O Tribunal de Contas prestará contas anuais à Assembleia Legislativa, bem como encaminhará relatórios trimestrais e anual de suas atividades.

§ 4º O Tribunal de Contas terá amplo poder de investigação, cabendo-lhe requisitar e examinar, diretamente ou por meio de seu corpo técnico, a qualquer tempo, todos os elementos necessários ao exercício de suas atribuições, não lhe podendo ser sonegado processo, documento ou informação, a qualquer pretexto, sob pena de responsabilidade.

(...).

Art. 3º O Tribunal de Contas do Estado de Goiás tem jurisdição própria e privativa em todo o território estadual, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

Parágrafo único. Os órgãos e as entidades jurisdicionados ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás, devem disponibilizar espaço físico adequado, em sua sede administrativa, para viabilizar o trabalho das equipes de fiscalização.

(...).

Art. 17. Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Goiás são nomeados pelo Governador, dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

(...).

Art. 18. Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Goiás são escolhidos:

I - 4 (quatro) pela Assembleia Legislativa;

II - 3 (três) pelo Governador, com aprovação da Assembléia Legislativa, sendo um de livre escolha e dois entre Auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Plenário, segundo os critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente, na forma estabelecida no art. 19 desta Lei.

Parágrafo único. As vagas de Conselheiro são preenchidas obedecendo ao critério de origem de cada um, vinculando-se cada uma delas à respectiva categoria a que pertencem. (...).

Art. 20. Os Conselheiros poderão funcionar como juízo singular, naquelas matérias definidas no Regimento Interno, ressalvados os casos em que, por disposição legal ou constitucional, imponha-se a manifestação do Tribunal como órgão colegiado.

Art. 21. Cada Conselheiro, com exceção do Presidente, dirige uma Auditoria Financeira e Orçamentária, órgão de assessoramento superior incumbido de ultimar a preparação dos assuntos a serem submetidos à deliberação de uma Câmara ou do Plenário.”

Portanto, a ocupação do réu, na qualidade de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado não constitui cargo político de modo a ensejar a inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13.

Conforme sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o enunciado da Súmula Vinculante nº 13 data de 21 de agosto de 2008, sendo publicado e, portanto, aplicável em 29 de agosto de 2008.

Antes do entendimento sumular havia dubiedade sobre a ocorrência de nepotismo, pois se afigurava arbitrária a definição dos graus de parentesco e mesmo da tipologia desses (afinidade, sanguíneo).

Assim, não seria adequado classificar como ato ímprobo a nomeação de familiares a cargos comissionados em data pretérita a 29 de agosto de 2008.

Através do documento anexado no mov. 1, doc.10 é possível constatar que o réu Edson José Ferrari atuou como Presidente do TCE nos anos 2007-2008, 2011-2012 e 2013-2014.

Feitas tais considerações, verifica-se que, de fato, na data em que Vilma Helena da Silva foi nomeada, o réu não ocupava o cargo de Conselheiro do TCE, vindo a desempenhar tal função somente dois anos após a nomeação.

Pelo documento de mov. 01, doc.04 é possível constatar que a nomeação não foi feita pelo réu, mas sim pelo Presidente na época, Carlos Leopoldo Dayrell.

Ainda foram ouvidas duas testemunhas (mov. 135), sendo a primeira delas Renato Kronit de Souza, o qual afirmou que Vilma Helena Ferrari é cunhada do réu (00:45min.) e trabalhou no TCE, ingressando no ano de 2005 em cargo comissionado. Nessa época Edson já era Conselheiro, não sabendo relatar se ele sabia que a cunhada trabalhava lá. É responsável pelo setor de gestão de pessoas. Que Vilma trabalhava na área de fiscalização, e executava seu serviço fora da sede do TCE. Que o réu acatou várias Recomendações encaminhadas pelo Ministério Público. Relata que não é usual ocorrer erro na digitação do nome da pessoa que será nomeada.

A segunda testemunha, Francisco Taveiro Neto consignou que não conhece Vilma Helena Ferrari, não sabendo se ela tem parentesco com o réu. Não pode afirmar que ocorreu erro de digitação na nomeação de Vilma. No período em que trabalhou na assessoria da Presidência do TCE não se recorda de ter atos dolosamente manipulados, e nem de empregar parentes ou realizar manobras ilícitas. Só acompanhou o réu na Presidência nos anos de 2011 e 2012.

O informante Fernando Xavier da Silva não soube afirmar se o réu tinha conhecimento de que sua cunhada havia sido nomeada. Que ela foi nomeada para trabalhar na parte de fiscalização, em um cargo do quadro suplementar, sendo que após vagar o cargo seria extinto depois de autorizado pelo Tribunal Pleno. Sabe da seriedade dos conselhos, não podendo afirmar a ocorrência de favores entre eles.

Entretanto, a própria ex-servidora e cunhada confirma que o réu a comunicou da vaga, não sabendo informar se ele chegou a conversar com alguém, relatando que na época ele era somente Conselheiro (mov. 166 – 03:05min.).

Cabe, ainda, verificar o grau de parentesco do réu e Vilma Helena Ferrari, apesar de não constar documentos nos autos, a própria ex-servidora afirmou que é cunhada do réu.

Desse modo, o ato do réu se enquadra na hipótese de nepotismo, pois atende aos requisitos de parentesco e grau, bem como sua cunhada permaneceu no cargo após a edição da Súmula Vinculante nº 13.

Devido à relação de parentesco entre o réu e Vilma, é possível verificar que ele tinha ciência que sua cunhada continuou trabalhando no TCE, entretanto, não há provas de que ele tenha manipulado a elaboração da Portaria nº 298/2005.

Contudo, é possível verificar que a ex-servidora já não adota seu nome de solteira, qual seja, Vila Helena da Silva, desde 12.05.1979, data de seu casamento com o irmão do réu, Marco Antonio Ferrari, passando a assinar Vilma Helena Ferrari (mov. 01, doc.03). Ainda se denota que todos os documentos pessoais dela já estão com o nome de casada, portanto, há grandes indícios da alteração proposital no ato de nomeação.

Note-se que foi firmado Termo de Ajustamento de Conduta junto ao TCE no ano de 2006 para fins de regularizar o quadro de funcionários comissionados que possuíam parentesco dentro do Tribunal de Contas, entretanto, mesmo sendo Conselheiro à época, o réu não impediu a contratação/permanência de sua cunhada.

Inclusive, foi encaminhada recomendação administrativa ao TCE acerca da exoneração de vários parentes de conselheiros (mov. 01, doc. 11), em especial à Vilma Helena Ferrari (mov. 01, doc. 13) na data de 15.09.2015, sendo que a servidora em questão então solicitou sua exoneração em 29.09.2015 (mov.01, doc. 12), porém, desde o ano de 2006 havia recomendação para tanto, a qual não foi adotada pelo réu quando se tratou de sua cunhada, que permaneceu no cargo por quase dez anos.

Imperioso, portanto, reconhecer a ocorrência de ato ímprobo, demonstrado o dolo necessário à configuração da improbidade administrativa, eis que as atividades desempenhadas se envolvem entre si.

Com o advento da Lei nº 14.230, de 2021, para que seja considerado ímprobo, o ato deve derivar de vontade livre e consciente do agente público de causar algum tipo de prejuízo ao erário, ferir os princípios da Administração Pública ou enriquecer ilícitamente, não bastando a voluntariedade ou o mero exercício da função.

O artigo 37, da Constituição Federal, elenca os princípios que regem a administração pública, e em especial, os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

“Art. 37. 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: (...)”.

Os atos de improbidade administrativa estão dispostos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 (com Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021), e caracterizam-se por enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) ou violação aos princípios da administração pública (art. 11), abrangendo todas as pessoas denominadas agentes públicos, quer integrantes da administração direta, indireta e fundacional, ainda que no exercício da função em caráter transitório ou sem remuneração.

Conforme a Lei de Improbidade Administrativa, os atos praticados pelos réus estão configurados no seu artigo 11, o qual busca proteger os princípios da Administração Pública, consubstanciados no Art. 37, **caput**, da Constituição Federal:

"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) (...).

XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021). (...).

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)."

Desse modo, restou evidenciada a ação/omissão dolosa do réu em clara violação aos princípios basilares da administração pública, quais sejam legalidade, impessoalidade, moralidade e probidade administrativa, para fins de beneficiar sua cunhada Vilma Helena Ferrari, para que ingressasse/permanecesse no cargo comissionado do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Assim, enquadrada está a conduta do réu Edson José Ferrari no art. 11, devendo ser aplicadas as sanções previstas no art. 12, inciso III, da LIA: "Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade,

civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) (...).

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) (...).”

3. Dispositivo

Diante do exposto, e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedentes os pedidos iniciais para fins de, condená-los à:

a) proibição de contratar com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos;

b) o pagamento de multa civil equivalente a 03 meses de subsídios recebidos pelo réu quando do cargo de Presidente do TCE, devidamente corrigido monetariamente pelo índice do INPC/IBGE, a partir da publicação desta decisão e até a efetiva quitação, com juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado, a ser revertido em favor do Estado de Goiás/GO. Considerando o princípio da causalidade, e, no presente caso, quem deu causa ao ajuizamento da demanda foi o réu, condeno o, ainda, nas custas processuais.

Sem honorários advocatícios, visto que a ação foi proposta pelo Ministério Público.

Sentença sujeita a reexame necessário, vez que não se enquadra na hipótese do artigo 17, § 19, IV da Lei nº 8.429/92 (Redação dada pela Lei nº 14.230/21). (...).

Inconformado, o requerido Edson José Ferrari, interpõe o presente recurso de Apelação Cível

sub judice.

Em suas razões, após discorrer sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade recursal e fazer um breve relato da demanda, assevera a necessidade de reforma da sentença singular.

Na sequência, alega ocorrência de prescrição intercorrente, citando o disposto no art. 23, § 5º da Lei nº 8.429/92 e o fato da ação em voga ser ajuizada em 04.07.2016 e até a data da prolação da sentença, transcorreu mais de 04 anos, ocorrendo, portanto, a prescrição intercorrente no presente caso.

Passo seguinte, assevera que a retroatividade do novo Diploma Legal é apenas em benefício do réu, se referindo ao inciso XI do art. 11, da Lei de Improbidade de Administrativa, ao tempo que diz que se trata claramente de uma norma mais benéfica direcionada ao réu, pois que se uma ação ou omissão foi praticada com base em divergência jurisprudencial, não há que se falar em ato ímprobo.

Brada que por ausência de tipificação do ato como sendo ímprobo na época em que os fatos são imputados ao apelante, devem ser afastadas as sanções aplicadas a ele, sob pena de violação à legislação federal e à própria Constituição Federal.

Sobreleva, outrossim, a ausência de dolo e que o ato de nomeação de sua cunhada não foi assinado por ele.

Alterca que a própria sentença objurgada estabelece que “não há provas de que ele (o recorrente) tenha manipulado a elaboração da Portaria nº 298/2005”, visando alterar o nome da servidora.

Reporta que apenas o fato de possuir ciência de que sua cunhada continuou a trabalhar no TCE/GO, sem que haja provas de que atuou para que isso tenha ocorrido, não configura ato doloso que possa configurar ato de improbidade administrativa.

Diz que na oitiva do Sr. Renato Kronit de Souza, a testemunha afirmou que o requerido não teria condições de, em ato solitário, exonerar a Sr^a. Vilma. Segundo a testemunha, para exonerá-la seria necessário um ato do Pleno do TCE/GO. Isso em função da previsão contida no parágrafo único do art. 30 da Lei estadual nº 15.122/2005.

Esclarece que a testemunha Renato também afirmou que as recomendações do MPGO, relacionadas às exonerações em razão de suposto nepotismo sempre foram acatadas e, assim, não eram abertas ações civis públicas. Já o Sr. Fernando Xavier da Silva foi ouvido como informante e, ao responder as perguntas, especificamente acerca do Conselheiro Carlos Leopoldo Dayrell, disse que é uma pessoa séria e que não faria uma “troca de favores” com o recorrente.

Cita outros depoimentos colhidos no caderno processual, ponderando que as provas constantes dos autos são suficientes para afastar o caráter doloso dos fatos que lhe são imputados.

Brada que a sentença é equivocada, pontuando que a primeira premissa diz respeito ao Ato de Nomeação da Sr^a. Vilma Helena. A v. sentença deixa claro que o Apelante não era o Presidente e, portanto, não assinou o Ato: (...).

Preconiza que o Ministério Público afirmou textualmente que “o demandado patrocinou o ingresso de Vilma Helena Ferrari nos quadros do TCE e manobrou para dissimular a existência do nepotismo”. Desta forma, a própria sentença julgou improcedente a prática de ato de improbidade por parte do Apelante em decorrência do Ato de Nomeação.

Aduz que na petição inicial o MP afirmou que a portaria comprova, “documentalmente, o dolo do demandado em manter a situação de nepotismo”, a v. sentença julgou improcedente essa acusação, ao afirmar: “Devido à relação de parentesco entre o réu e Vilma, é possível verificar que ele tinha ciência que sua cunhada continuou trabalhando no TCE, entretanto, não há provas de que ele tenha manipulado a elaboração da Portaria nº 298/2005.”

Conclui que, se a v. sentença comprova e afirma que o Ato de Nomeação não foi do Apelante, qual foi o raciocínio engendrado para vincular a Sr^a. Vilma ao Apelante, na prática de nepotismo?

Faz outras considerações sobre a matéria, citando legislação e jurisprudência pátria para fundamentar as suas assertivas.

Pugna pelo conhecimento e o provimento do recurso, para reformar a sentença objurgada nos termos das razões apresentadas.

O Ministério Público do primeiro grau, em contrarrazões limitou a postular a suspensão do processo, até que a Repercussão Geral Tema nº 1.199 seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 313, inciso V, alínea a, § 4º, do CPC.

O Estado de Goiás não apresentou contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu representante, Dr. Altamir Rodrigues Vieira Júnior, à mov. nº 218, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso, para manter a sentença singular por seus fundamentos.

É, em síntese, o relatório.

Peço dia para julgamento.

Des^a. Amélia Martins de Araújo - Relatora

(Datado e assinado digitalmente conforme Resolução nº 59/2016)

Duplo Grau de Jurisdição nº 5547819.39.2019.8.09.0051

Comarca de Goiânia

4ª Câmara Cível

Autora: JJD Presentes e Utilidades Eireli

Réu: Estado de Goiás

Apelações Cíveis

1º Apelante: Estado de Goiás

2ª Apelante: JJD Presentes e Utilidades Eireli

1ª Apelada: JJD Presentes e Utilidades Eireli

2º Apelado: Estado de Goiás

Relatora: Des^a. Elizabeth Maria da Silva

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA E DUPLA APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. JULGAMENTO **EXTRA PETITA** E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADES AFASTADAS. EXIGIBILIDADE DE ICMS/DIFAL DE EMPRESÁRIO CONTRIBUINTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIA PARA REVENDA. TEMA Nº 517. ANTECIPAÇÃO DO FATO GERADOR. NECESSIDADE DE LEI. TEMA 456 DO STF. LEI ESTADUAL Nº 20.945/2020. DISTINÇÃO.

I - O julgamento da apelação prejudica o exame do pedido para concessão de efeito suspensivo previsto no art. 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil.

II - Não implica vício **extra petita** o fato do magistrado adotar fundamento normativo diverso do invocado pelas partes. De acordo com a teoria da substanciação, os fundamentos jurídicos expendidos na causa de pedir não vinculam o juiz, cabendo-lhe aplicar o direito à espécie conforme os fatos

trazidos à sua apreciação, mesmo que por fundamento diverso do invocado pelas partes.

III - Não há nulidade por falta de fundamentação, quando a sentença que, ainda de forma concisa, expõe os motivos do convencimento do julgador.

IV - É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos. Tema 517 do STF (RE nº 970.821/RS).

V - Quando o adquirente/destinatário não for consumidor final (haverá revenda do produto a terceiros, sem encerrar a cadeia de produção/circulação da mercadoria), pressupõe a ocorrência de fatos geradores sucessivos e encadeados. Nesse primeiro fato gerador do ICMS, (venda da mercadoria entre o fabricante/vendedor e o lojista/adquirente por exemplo), o tributo será pago integralmente ao Estado de origem, segundo a alíquota interestadual. O Estado de destino, nesta operação, nada arrecada.

VI - A arrecadação do Estado de destino ocorrerá somente quando houver a revenda da mercadoria pelo adquirente, um segundo fato gerador, que incidirá a alíquota interna, tudo de acordo com o Código Tributário Estadual. Porém, se o adquirente/revendedor foi integrante do Simples Nacional, incidirá o ICMS por ocasião da revenda, mas será aplicada a alíquota resultante da diferença entre a alíquota interna e a interestadual (DIFAL).

VII - É este o benefício fiscal para o empresário contribuinte optante do Simples Nacional: em vez de recolher o ICMS, segundo a alíquota interna (geralmente mais alta); este contribuinte/revendedor recolhe o tributo, por ocasião da revenda da mercadoria, mas segundo a alíquota do DIFAL.

VIII - A Lei complementar nº 123/2006 autorizou a cobrança ICMS/DIFAL em seu artigo 13, § 1º, inciso XIII, alíneas “g” e “h”, em face dos empresários integrantes do Simples Nacional. A diferença entre essas alíneas reside no regime jurídico do momento de ocorrência do fato gerador.

IX - Na hipótese da alínea “g”, há a antecipação do fato gerador do ICMS/DIFAL para um momento anterior à revenda, geralmente a entrada da mercadoria no território do Estado de destino. Na hipótese da alínea “h”, não há antecipação do fato gerador, pois o Estado de destino arrecada o ICMS/DIFAL somente após a revenda da mercadoria pelo empresário integrante do Simples Nacional.

X - A excelsa Suprema Corte assentou que a antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito. Tema 456 (RE nº 598.677/RS).

XI - De acordo com o artigo 1º c/c o artigo 6º, inciso I, do Decreto estadual nº 9.104/2017, a obrigação tributária para o pagamento do ICMS/DIFAL nasce da aquisição da mercadoria, independente de sua venda. Não se trata de mera definição de prazo para pagamento de tributo, mas de verdadeira antecipação do fato gerador do ICMS, que incidi quando da entrada da mercadoria no Estado de destino.

XII - Não é possível exigir o ICMS/DIFAL, antecipando o fato gerador para o momento de aquisição e entrada no território goiano, com base somente no Decreto estadual nº 9.104/2017. Se não há lei nesse sentido, o Fisco Goiano pode exigir o ICMS/DIFAL, mas somente quando houver a revenda da mercadoria, na forma do inciso I do artigo 13 do Código Tributário Estadual.

XIII - A partir da vigência da Lei estadual nº 20.945, de 30 de dezembro de 2020, cujo teor modificou o Código Tributário Estadual para incluir o inciso VIII ao § 1º do artigo 11 e o inciso XIII ao artigo 13 desse diploma legal, é válida a antecipação do fato gerador da revenda para a entrada no território goiano da mercadoria adquirida, pois se empregou o veículo normativo adequado.

XIV - É preciso, portanto, fazer a distinção dessas operações interestaduais: a) os fatos geradores de ICMS/DIFAL antecipados, sem substituição, com base exclusivamente no Decreto estadual 9.104/2017, violam o princípio da legalidade tributária; b) os fatos geradores de ICMS/DIFAL antecipados, sem substituição, ocorridos após a vigência da Lei estadual nº 20.945, 30 de dezembro de 2020, estão congruentes com o princípio da legalidade e com a jurisprudência da excelsa Suprema Corte (Temas 456 e 517).

XV - No período anterior a vigência da Lei estadual nº 20.945/2020, são inválidos os lançamentos dos fatos geradores antecipados, sem substituição, com fundamento único no Decreto estadual nº 9.104/2017.

XVI - REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS, MAS DESPROVIDAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Duplo Grau de Jurisdição nº 5547819-39.2019.8.09.0051, figurando como autora JJD Presentes e Utilidades Eireli e réu Estado de Goiás.

Relatados e discutidos ainda as Apelações Cíveis, figurando como 1º apelante Estado de Goiás e 1ª apelada JJD Presentes e Utilidades Eireli, assim como 2ª apelante JJD Presentes e Utilidades Eireli e 2º apelado Estado de Goiás.

Acordam os integrantes da Quarta Turma Julgadora da 4ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, na sessão remota do dia 18 de maio de 2023, por unanimidade de

votos, conhecer da remessa necessária e apelações cíveis, mas desprovê-las, nos termos do voto da Relatora. Fez sustentação oral o Doutor Bruno Bueno dos Santos, em favor da 1ª apelante.

O julgamento foi presidido pela Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.

Presente o representante do Ministério Público.

Desª. Elizabeth Maria da Silva - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e apelações cíveis aviadas pelo Estado de Goiás (evento nº 96, p. 311/317) e JJD Presentes e Utilidades Eireli (evento nº 105, p. 334/370), devidamente qualificados e representados nos autos, contra a sentença registrada no evento nº 62, p. 206/211, proferida pelo excelentíssimo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia/GO, Dr. Gustavo Dalul Faria, que concedeu parcialmente a segurança vindicada pela impetrante.

Ação (evento nº 01, p. 02/22): cuida-se de mandado de segurança impetrado pela JJD Presentes e Utilidades Eireli em face do Superintendente de Controle e Fiscalização da Receita Estadual/Go, com objetivo de afastar a cobrança do DIFAL/ICMS, sob o argumento de que é inválido por não haver lei complementar e, sobretudo, por integrar o Simples Nacional. Com esses argumentos, formulou a seguinte pretensão, **ad litteram**:

Ao final, após oitiva do ilustre representante do Ministério Público, seja a segurança concedida em todos os seus termos, confirmando-se a liminar rogada, de forma definitiva e integral, para garantir à Impetrante o direito líquido e certo ao não recolhimento do ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna utilizada neste Estado e a alíquota interestadual aplicável (DIFAL), na aquisição interestadual de mercadoria destinada à comercialização efetivada por contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – SIMPLES Nacional, imposta pelo Art. 1º, **caput**, do Decreto-Estadual 9.104/17.

Sentença (evento nº 62, p. 206/211): o magistrado **a quo** concedeu parcialmente a segurança, nos seguintes termos, **ipssima verba**:

Posto isto, concedo parcialmente a ordem, para afastar a exigência do pagamento de diferencial de alíquota – DIFAL, pela impetrante, optante do Simples Nacional, nas aquisições realizadas em outros Estados e no Distrito Federal, sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto (antecipação do fato gerador sem substituição tributária), em período anterior à edição da Lei Estadual nº 20.945/20, que acrescentou ao Código Tributário do Estado de Goiás, (regra a respeito da antecipação tributária sem substituição), os incisos VIII e XIII aos artigos 11 e 13, respectivamente, anulando, de consequência, débitos fiscais que tenham por base, este fato gerador específico.

Revogo parcialmente liminar eventualmente deferida, anteriormente, mantendo os efeitos apenas em relação à parcela da pretensão reconhecida.

Determino ainda que o Estado de Goiás se abstenha de incluir o nome da autora no CADIN e de protestar os referidos débitos, ou aponta-los na conta corrente (extrato de situação fiscal),

de modo que não sejam óbice à emissão de certidão positiva com efeitos de negativa, sob pena de multa diária, em relação as débitos fiscais que tem por base, o fato gerador decorrente de aquisições realizadas em outros Estados e no Distrito Federal, sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto (antecipação do fato gerador sem substituição tributária), em período anterior à edição da Lei Estadual nº 20.945/20.

Custas divididas em 80% para a parte autora e 20% para o Estado de Goiás, visto que este foi sucumbente em parte menor.

1ª Apelação cível (evento nº 96, p. 311/317): inconformado, o impetrado, Estado de Goiás, interpôs o presente recurso, aduzindo que a sentença é **extra petita** merecendo ser cassada em parte.

Esclarece que “a discussão dos autos diz respeito tão somente ao diferencial de alíquotas cobrado com base no Decreto 9.104/2017 que regulamenta o art. 13, § 1º, XIII, alínea “h” da Lei Complementar federal nº 123/2006 nada tem a ver, portanto, com antecipação de fato gerador que é tratado na alínea ‘g’ do mesmo dispositivo” (evento nº 96, p. 314).

Afirma, ainda, “se os pedidos e a causa de pedir referem-se tão somente ao Decreto Estadual 9.104/2017 que dá cumprimento ao artigo 13, § 1º, XIII, ‘h’ da LC 123/2006 referindo-se apenas às aquisições não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, a parte da decisão referente ao regime de antecipação do recolhimento do imposto não prospera, devendo ser extirpada” (evento nº 96, p. 316).

Com fulcro no exposto, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para reformar a sentença **a quo**, a fim de decotar a parte referente ao regime de antecipação do recolhimento do imposto.

Preparo: dispensado, **ex vi** do disposto no § 1º do artigo 1.007 do Código de Processo Civil.

2ª apelação cível (evento nº 105, p. 334/370): inconformada, a impetrante, JJD Presentes e Utilidades Eireli, interpôs o presente apelo, aduzindo, que “Preliminarmente, na parte dispositiva da r. sentença, vale lembrar, o MM. Juízo **a quo** dispõe sobre tributo distinto ao objeto de discussão. Assim, incorre em erro in procedendo – **extra petita**, considerando que a providência deferida, veio totalmente estranha ao pedido e a causa de pedir, que é e sempre foi o Decreto 9.104/17” (p. 343).

Anota que “ao limitar-se a parte dispositiva sobre a questão da exigência tributária prevista na Lei em questão, ao caso concreto, para dirimir integralmente a controvérsia, o MM. Juízo **a quo** acabou por incorrer em erro **extra petita**, vez que entregou providência jurisdicional diversa da que foi postulada e a tutela entregue não está abarcada pelo conhecimento de ofício (Art. 337, § 5º, CPC/15)” (p. 345).

Giza que “a r. sentença (e a decisão integrativa que rejeitou os embargos opostos), apesar de ter parcialmente concedido a segurança ao apelante, para afastar tributo que não esteve como objeto de discussão; em relação ao Decreto 9.104/17, cumpre destacar: declarou a inexistência de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade, sob o entendimento da aplicação irrefletida e automática do tema de nº 517. Contudo, ao limitar-se a questão à aplicação do tema de nº 517, ao caso concreto, para dirimir integralmente a controvérsia, o MM. Juízo acabou deixando de individualizar o contexto goiano versus gaúcho” (p. 348).

Defende que, “resta demonstrado que a r. sentença é nula, uma vez que invocou precedente, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, assim como deixou de apreciar as distinções suscitadas pelo apelante em oportunidade última” (p. 349).

Assevera que “a despeito de haver previsão do diferencial de ICMS, na LC do SIMPLES – reputada materialmente constitucional pelo e. STF –, esta possui caráter nacional e geral, não dispensando a regulação por Lei em sentido estrito pelos Estados ou pelo Distrito Federal (Arts.: 150, I; e, 155, II, CF/88; e, Art. 97, I e III, CTN31)” (p. 356).

Sustenta que “o ICMS é um imposto de competência Estadual e Distrital, e que esses, podem, mediante lei ordinária e observadas as diretrizes constitucionais, instituí-lo ou sobre ele dispor. Nessa ordem de ideias, diante da violação ao princípio da legalidade, pelo Decreto 9.104/17, não há outra forma, a não ser dizer que a competência do ICMS também foi transgredida em Goiás: diante da invasão pelo poder Executivo, em dispor sobre matéria exclusiva do Legislativo (Arts.: 155, II, da CF/88; 6º a 8º, do CTN)” (p. 361).

Com fulcro no exposto, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para “acolhendo a distinção do caso presente, com o tema de nº 517 (cf. subtópico preliminar “IV.3”), seja dado provimento a fim de reformar in totum a r. sentença, e, assim, seja reconhecida a segurança pleiteada, para afastar a exigência relativa ao diferencial de alíquotas do ICMS previsto no Art. 1º, **caput**, do Decreto 9.104/17, porquanto ilegal e inconstitucional, com base nas razões meritórias acima demonstradas” (p. 369).

Preparo: visto no evento nº 105, p. 371/373.

Contrarrazões (evento nº 109, p. 511/519 e evento nº 111, p. 521/531): intimados, o ente público estadual e a empresa autora apresentaram respostas aos recursos.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça (evento nº 136, p. 599/622): instado a se manifestar na qualidade de **custos legis**, o Órgão Ministerial de Cúpula, representado pelo ilustre Procurador de Justiça Dr. Abraão Júnior Miranda Coelho, se pronunciou pelo conhecimento da remessa necessária e dos recursos interpostos e, no mérito, pelo parcial provimento de ambos, anulando-se a sentença tão somente em sua parte final em que se mostrou **extra petita**, e a mantendo em seus demais termos, denegando-se a ordem requerida.

É o relatório.

Nos termos do artigo 934 do Código de Processo Civil, encaminhem-se os autos para inclusão em pauta de sessão virtual.

Goiânia, 07 de dezembro de 2022.

Des^a. Elizabeth Maria da Silva - Relatora

VOTO

Estão presentes os requisitos de admissibilidade da remessa necessária e dos recursos interpostos e, por isso, deles conheço.

1. Do pedido liminar de efeito suspensivo ao apelo

A impetrante requereu o recebimento do recurso no efeito suspensivo (evento nº 118, p. 539).

No entanto, o julgamento da “apelação prejudica o exame do pedido para concessão de efeito suspensivo previsto no art. 1.012, § 4º, do CPC. (...)” (TJGO, 3ª Câmara Cível, Petição nº 5220069-31.2018.8.09.0000, Relator Desembargador Leobino Valente Chaves, DJe de 21.09.2018).

Sem delongas, declaro a prejudicialidade deste pedido.

2. Da julgamento **extra petita**

Ambos os recorrentes argumentam que a sentença é **extra petita**, ao conceder parcialmente a segurança para afastar a exigência do ICMS/DIFAL somente em relação aos fatos geradores que foram antecipados sem substituição, antes da edição da Lei estadual nº 20.945, de 30 de dezembro de 2020.

A nulidade não se sustenta. Explico.

A sentença deve se adstringir ao pedido, por força da regra positivada no artigo 492 do Código de Processo Civil, **in verbis**:

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

Se houver vício de congruência, na modalidade **extra petita**, conforme a lição do Ministro Luiz Fux, do excelso Supremo Tribunal Federal, a sentença “é inaproveitável por conferir à parte providência diversa da que foi pedida” (**in** Curso de Processo Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 1.078).

O impetrante pediu que lhe fosse garantido “o direito líquido e certo ao não recolhimento do ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna utilizada neste Estado e a alíquota interestadual aplicável (DIFAL), na aquisição interestadual de mercadoria destinada a comercialização efetivada por contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – SIMPLES Nacional” (evento nº 01, p. 19).

O magistrado concedeu parcialmente a segurança, porém afastou a exigência do tributo apenas em relação aos fatos geradores do ICMS/DIFAL que foram antecipados sem substituição tributária, antes da vigência da Lei estadual nº 20.945/2020, como se verifica do dispositivo, **in verbis**:

Posto isto, concedo parcialmente a ordem, para afastar a exigência do pagamento de diferencial de alíquota – DIFAL, pela impetrante, optante do Simples Nacional, nas aquisições realizadas em outros Estados e no Distrito Federal, sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto (antecipação do fato gerador sem substituição tributária), em período anterior à edição da Lei Estadual nº 20.945/20, que acrescentou ao Código Tributário do Estado de Goiás, (regra a respeito da antecipação tributária sem substituição), os incisos VIII e XIII aos artigos 11 e 13, respectivamente, anulando, de consequência, débitos fiscais que tenham por base, este fato gerador específico. (evento nº 62, p. 211)

Não implica vício **extra petita** o fato do magistrado adotar fundamento normativo diverso (Lei estadual nº 20.945/2020) do invocado pelas partes.

De acordo com a teoria da substanciação, “os fundamentos jurídicos expendidos na causa de pedir não vinculam o juiz, cabendo-lhe aplicar o direito à espécie conforme os fatos trazidos à sua apreciação, mesmo que por fundamento diverso do invocado pelas partes” (STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.922.279/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 30.09.2022).

Portanto, “o julgador não está adstrito à moldura jurídica apresentada pelas partes, bastando valer-se dos fatos narrados e declinar motivação adequada e suficiente para solucionar o litígio, observados, por evidente, os lindes do pedido formulado” (TJGO, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível e Reexame Necessário nº 0424285-92.2016.8.09.0102, Relatora Desembargadora Beatriz Figueiredo Franco, DJe de 17.08.2020).

Por essas razões, afasto a arguição de nulidade da sentença, por vício **extra petita**.

3. Da nulidade da sentença por vício de fundamentação

Defende a impetrante que é nula a sentença, por ausência de fundamentação idônea.

O argumento não prospera.

A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como deste egrégio Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que não há nulidade da sentença que aborda suficientemente as questões indispensáveis ao deslinde da controvérsia, demonstrando, ainda que de forma sucinta, os motivos do convencimento adotado, **ad verbum**:

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. (...). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. (...). (STF, Tribunal Pleno, AI nº 791292 QO-RG/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tema 339, Mérito de Repercussão Geral, DJe-149 de 13.08.2010)

Apelação. (...). Ausência de fundamentação afastada. (...). 1. Não padece de nulidade por falta de fundamentação a sentença que, ainda de forma concisa, expõe os motivos do convencimento do julgador (Tema nº 339, Supremo Tribunal Federal). 2. (...).

(TJGO, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0221191-51.2014.8.09.0180, Relatora Desembargadora Beatriz Figueiredo Franco, DJe de 13.07.2020)

Na situação vertente, retira-se da sentença a exposição dos fundamentos fáticos e jurídicos que ancoraram o desfecho jurídico atribuído à lide.

Houve a indicação das provas, com a devida valoração, que firmaram seu convencimento sobre os fatos alegados, bem como se procedeu articuladamente a qualificação normativa.

Apontaram-se os motivos pelos quais é válida a exigência do ICMS/DIFAL, ainda que o contribuinte seja integrante do regime fiscal do Simples, sobretudo após a vigência da Lei estadual nº 20.945/2020.

A fundamentação empregada permite o exercício da ampla defesa e satisfaz as exigências da norma positivada no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

Afasto, portanto, a arguição de nulidade da sentença.

4. Da constitucionalidade da cobrança do ICMS/DIFAL dos contribuintes empresários optantes do Simples Nacional (Tema 517 do STF)

Sustenta a contribuinte, de um lado, que é inválida a exigência do ICMS/DIFAL, nas operações interestaduais destinadas a revenda, não só por ser integrante do Simples Nacional, mas também por que o Decreto estadual nº 9.104/2017 não atende ao princípio da legalidade tributária.

Defende a Fazenda Pública Estadual, por outro, que é legítima a cobrança do ICMS/DIFAL, por não haver antecipação do fato gerador no regime fiscal goiano, motivo por que não haveria necessidade de lei, o que ampara as disposições regulamentares do Decreto estadual nº 9.104/2017.

4.1. Da equalização da divisão do ICMS nas operações interestaduais.

Em razão de limitações inerentes à distribuição assimétrica de riquezas pelo território nacional, os Estados não são capazes de produzir todos os produtos almejados por seus habitantes.

Faz-se necessária a manutenção de constante intercâmbio econômico entre os diferentes entes subnacionais, que possibilita a aquisição de bens consumíveis, de matéria-prima ou dos insumos necessários ao desenvolvimento de atividades industriais.

Com objetivo de reduzir as diferenças sociais e econômicas que separam os Estados produtores e Estados predominantemente consumidores, desenvolveram-se técnicas de compartilhamento da receita tributária, como ocorre com o ICMS.

O eminente Ministro Gilmar Mendes, do excelso Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu voto no julgamento do Tema 517, assim sintetizou as técnicas de equalização da divisão do ICMS entre os Estados, **in verbis**:

I) em se tratando de operações interestaduais que destinem bens ao consumidor final, caracterizadas pelo encerramento da cadeia de produção, o imposto correspondente à aplicação da alíquota interestadual caberá ao Estado de origem e, simultaneamente, surgirá a obrigação de recolhimento do diferencial de alíquota em benefício do Estado em que se localiza o adquirente;

II) para os casos em que o adquirente compõe elo intermediário da cadeia produtiva, a empresa fornecedora pagará imposto calculado pela alíquota interestadual em benefício do Estado produtor e, em um momento posterior, quando ocorrer novo fato gerador de ICMS, o adquirente pagará ICMS calculado pela alíquota interna ao Estado consumidor. (STF, Tribunal Pleno, RE nº 970.821/RS, Tema 517, DJe-165 de 19.08.2021)

Quando o adquirente/destinatário for consumidor final (não haverá revenda da mercadoria, encerrando a cadeia de produção), ocorre um único fato gerador do ICMS, cuja alíquota será desmembrada, de maneira que parcela do tributo ficará com o Estado de origem e o restante é redirecionado ao Estado de destino.

O vendedor recolherá parte do ICMS, segundo a alíquota interestadual, ao Estado de origem onde está localizado; o restante do tributo, será pago ao Estado de destino, segundo a alíquota resultante da diferença entre a alíquota interna e a interestadual (DIFAL).

Quando o adquirente/destinatário não for consumidor final (haverá revenda do produto a terceiros, sem encerrar a cadeia de produção/circulação da mercadoria), pressupõe a ocorrência de fatos geradores sucessivos e encadeados.

Nesse primeiro fato gerador do ICMS, (venda da mercadoria entre o fabricante/vendedor e o lojista/adquirente por exemplo), o tributo será pago integralmente ao Estado de origem, segundo a alíquota interestadual.

O Estado de destino, nesta operação, nada arrecada.

A arrecadação do Estado de destino ocorrerá somente quando houver a revenda da mercadoria pelo adquirente, um segundo fato gerador, que incidirá a alíquota interna, tudo de acordo com o Código Tributário Estadual.

Porém, se o adquirente/revendedor foi integrante do Simples Nacional, incidirá o ICMS por ocasião da revenda, mas será aplicada a alíquota resultante da diferença entre a alíquota interna e a interestadual (DIFAL).

É este o benefício fiscal: em vez de recolher o ICMS, segundo a alíquota interna (geralmente mais alta); o contribuinte/revendedor integrante do Simples Nacional, recolhe o tributo por ocasião da revenda da mercadoria, mas segundo a alíquota do DIFAL.

Consta, na Lei complementar nº 123/2006, que disciplina o Simples Nacional, a expressa previsão para a cobrança do ICMS/DIFAL, regra positivada no artigo 13, § 1º, inciso XIII, alíneas “g” e “h”, com todo o detalhamento necessário para a sua exigência, **in verbis**:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Não por outro motivo o excelso Supremo Tribunal Federal declarou a sua constitucionalidade, por ocasião do julgamento do RE nº 970.821/RS (Tema 517), **in verbis**:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito tributário. Diferencial de alíquota. Imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços – ICMS. Federalismo fiscal. Operações interestaduais. Aspecto espacial da regra-matriz. Regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições. Simples nacional. Princípio da não cumulatividade. Postulado de tratamento favorecido ao micro e pequeno empreendedor. Lei complementar 123/2006. Lei estadual 8.820/1989. Lei estadual 10.043/1993. 1. Não há vício formal de inconstitucionalidade na hipótese em que lei complementar federal autoriza a cobrança de diferencial de alíquota. Art. 13, § 1º, XIII, “g”, 2, e “h”, da Lei Complementar 123/2006. 2. O

diferencial de alíquota consiste em recolhimento pelo Estado de destino da diferença entre a alíquota interestadual e a interna, de maneira a equilibrar a partilha do ICMS em operações com diversos entes federados. Trata-se de complemento do valor do ICMS devido na operação, logo ocorre a cobrança de um único imposto (ICMS) calculado de duas formas distintas, de modo a alcançar o **quantum debeatur** devido na operação interestadual. 3. Não ofende a técnica da não cumulatividade a vedação à apropriação, transferência ou compensação de créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional, inclusive o diferencial de alíquota. Art. 23 da Lei Complementar 123/2006. Precedentes. 4. Respeita o ideal regulatório do tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte a exigência do diferencial de alíquota, nos termos da legislação estadual gaúcha. É inviável adesão parcial ao regime simplificado, adimplindo-se obrigação tributária de forma centralizada e com carga menor, simultaneamente ao não recolhimento de diferencial de alíquota nas operações interestaduais. A opção pelo Simples Nacional é facultativa e tomada no âmbito da livre conformação do planejamento tributário, devendo-se arcar com o bônus e o ônus dessa escolha empresarial. À luz da separação dos poderes, não é dado ao Poder Judiciário mesclar as parcelas mais favoráveis de regimes tributários distintos, culminando em um modelo híbrido, sem o devido amparo legal. 5. Fixação de tese de julgamento para os fins da sistemática da repercussão geral: “É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos.” 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, Tribunal Pleno, RE nº 970.821/RS, Relator Ministro Edson Fachin, Tema 517, DJe-165 de 19.08.2021)

Seja como consumidor final, seja como revendedor, haverá a incidência do ICMS/DIFAL. É irrelevante a posição que o empresário/adquirente optante do Simples Nacional ocupa na cadeia de produção.

Não afasta a incidência do ICMS/DIFAL, portanto, o fato da impetrante ter aderido ao regime do Simples Nacional.

Não afasta a incidência do ICMS/DIFAL, portanto, o fato da impetrante não ser consumidora final da mercadoria, que foi adquirida para posterior revenda.

4.2. Da antecipação do fato gerador

A Lei complementar nº 123/2006 autorizou a cobrança ICMS/DIFAL em seu artigo 13, § 1º, inciso XIII, alíneas “g” e “h”, em face dos empresários integrantes do Simples Nacional.

A diferença entre essas alíneas reside no regime jurídico do momento de ocorrência do fato gerador.

Na hipótese da alínea “g”, há a antecipação do fato gerador do ICMS/DIFAL para um momento anterior à revenda, geralmente a entrada da mercadoria no território do Estado de destino.

Na hipótese da alínea “h”, não há antecipação do fato gerador, pois o Estado de destino arrecada o ICMS/DIFAL somente após a revenda da mercadoria pelo empresário integrante do Simples Nacional.

A solução da controvérsia depende da identificação do momento que ocorre o fato gerador.

Se a mercadoria é comprada para revenda, o Estado de destino recolherá o ICMS/DIFAL quando esta acontecer, conforme o artigo 13, § 1º, inciso XIII, alínea “h” da Lei complementar nº 123/2006, **in verbis**:

Art. 13. (...)

XIII. ICMS devido: (...)

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual; (g.)

É a saída da mercadoria do estabelecimento que marca a existência do fato gerador, nos termos do inciso I do artigo 13 do Código Tributário Estadual, **in verbis**:

Art. 13. Ocorre o fato gerador do imposto, no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo contribuinte;

Se o contribuinte houver optado por aderir ao Simples Nacional, ao revender a mercadoria, recolherá o ICMS segundo a alíquota do DIFAL; se não o houver aderido, ao revendê-la, recolherá o ICMS segundo a alíquota interna.

É somente com a revenda da mercadoria que ocorre o fato gerador que dá direito ao Estado de destino de recolher o ICMS.

Com objetivo de otimizar a arrecadação, para não ter de esperar a futura revenda da mercadoria, muitos Estados antecipam o fato gerador para o momento de entrada na mercadoria em seu território.

É dessa hipótese que cuida o artigo 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g” da Lei complementar nº 123/2006, **in verbis**:

Art. 13. (...)

XIII - ICMS devido: (...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

A definição do momento de ocorrência do fato gerador somente pode ser feita por lei ordinária, por força do inciso III do artigo 97 do Código Tributário Nacional, **in verbis**:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

Nesse sentido, a excelsa Suprema Corte assentou que “a antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei

em sentido estrito” (STF, Tribunal Pleno, RE nº 598.677/RS, Relator Ministro Dias Toffoli, Tema 456, DJe-085 de 05.05.2021).

Entende-se por “lei em sentido estrito” a lei ordinária, fruto do devido processo legislativo. Nenhum ato normativo diverso de lei (decreto, portaria, resolução) pode definir o fato gerador da obrigação tributária.

No Estado do Rio Grande do Sul, de onde deriva o Recurso Extraordinário nº 970.821/RS (Tema 517), existe lei estadual que antecipa o fato gerador, por isso é válida a exigência do ICMS/DIFAL, na medida que atende ao princípio da legalidade tributária (Tema 456 do STF).

No Estado de Goiás, segundo a contribuinte, existe antecipação do fato gerador, mas não há lei que a autorize.

Porém a Fazenda Pública Estadual nega que haja antecipação, daí a desnecessidade de lei sobre esse evento, pois o fato gerador ocorrerá somente com a revenda, quando acontecerá a saída da mercadoria do estabelecimento, nos termos do inciso I do artigo 13 do Código Tributário Estadual.

À luz dessas diretrizes, a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça, ao analisar o Decreto estadual nº 9.104/2017, concluiu, num primeiro momento, que não havia antecipação do fato gerador, de modo que o ICMS somente seria recolhido com a revenda da mercadoria.

Essa interpretação estava ancorada na redação do artigo 4º do Decreto estadual nº 9.104/2017, segundo a qual o tributo é apurado em cada operação (fato gerador) e pago no mês subsequente, como normalmente ocorre, **in verbis**:

Art. 4º O ICMS correspondente ao DIFAL (Simples Nacional), deve ser:

I - apurado a cada operação;

II - totalizado mensalmente pelo destinatário;

III - pago até o dia 10 (dez) do segundo mês seguinte ao da apuração, por meio de DARE 5.1 distinto, utilizando-se o código de detalhe de receita 4502.

Esse preceito regulamentar do artigo 4º do Decreto estadual nº 9.104/2017, porém, é insuficiente, porquanto não diz o momento de ocorrência do fato gerador.

Esse dado somente é esclarecido pela conjugação do artigo 1º c/c o artigo 6º, inciso I, do Decreto estadual nº 9.104/2017, que marca a exigência do ICMS/DIFAL a partir da aquisição da mercadoria, com a entrada no território goiano, **in verbis**:

Art. 1º Fica exigido o pagamento do ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna utilizada neste Estado e a alíquota interestadual aplicável, na aquisição interestadual de mercadoria destinada à comercialização ou produção rural efetivada por contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, inclusive o Microempreendedor Individual – MEI.

Art. 6º O contribuinte que efetuar a devolução da mercadoria em período posterior ao da aquisição pode:

I - deduzir o valor do ICMS correspondente ao DIFAL (Simples Nacional) pago quando da aquisição da mercadoria, do valor que tiver que pagar ao Estado de Goiás quando de futuras aquisições interestaduais; (g.)

O fato gerador ocorre antes da revenda; pois o tributo deve ser pago pelo contribuinte/comerciante com a simples aquisição da mercadoria.

Como bem destacou o eminente Desembargador Fabiano Abel de Aragão Fernandes, “a obrigação tributária para o pagamento do DIFAL nasce da aquisição da mercadoria, independente de sua venda. Na espécie não se trata de mera definição de prazo para pagamento de tributo, mas de verdadeira antecipação do fato gerador do ICMS, o qual passaria a incidir quando da entrada da mercadoria no estado de destino” (TJGO, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 5725165-74.2019.8.09.0051, DJe de 10.02.2023).

O decreto não é o instrumento normativo apropriado para antecipar o fato gerador. Para tanto, é necessária a edição de lei ordinária, de conformidade com o Tema 456 do STF.

Não é possível exigir o ICMS/DIFAL, antecipando o fato gerador para o momento de aquisição e entrada no território goiano, com fundamento exclusivo no Decreto estadual nº 9.104/2017.

Se não há lei nesse sentido, o Fisco Goiano somente pode exigir o ICMS/DIFAL quando houver a revenda da mercadoria, na forma do inciso I do artigo 13 do Código Tributário Estadual.

Esse quadro normativo apenas se alterou com a edição da Lei estadual nº 20.945, de 30 de dezembro de 2020, cujo teor modificou o Código Tributário Estadual para incluir o inciso VIII ao § 1º do artigo 11 e o inciso XIII ao artigo 13 desse diploma legal, **in verbis**:

Art. 11. O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide, também, sobre:

(...)

VIII - a entrada, no território goiano, de mercadoria oriunda de outro Estado, do Distrito Federal ou do exterior, inclusive em transferência, sujeita ao regime de antecipação do imposto, com ou sem encerramento da tributação.

(...)

Art. 13. Ocorre o fato gerador do imposto, no momento:

(...)

XIII - da entrada, no território goiano, de mercadoria oriunda de outro Estado, do Distrito Federal ou do exterior, inclusive em transferência, sujeita ao regime de antecipação do imposto, com ou sem encerramento da tributação.

A partir da vigência da Lei estadual nº 20.945, de 30 de dezembro de 2020, é válida a antecipação do fato gerador da revenda para a entrada no território goiano da mercadoria adquirida, pois se empregou o veículo normativo adequado.

Não abala essa conclusão a recente decisão do eminente Ministro Dias Toffoli, do excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento monocrático da Reclamação nº 57.003/GO.

Naquele caso, o ilustre magistrado reconheceu que havia antecipação do fato gerador, porém isso havia sido instrumentalizado apenas por decreto.

Por conseguinte, assinalou que “a cobrança da tributação por parte do Estado de Goiás se dá, conforme se depreende da decisão reclamada, apenas com base em decreto estadual. Isso é, inexistente

lei estadual em sentido estrito estabelecendo o ICMS/DIFAL em questão” (STF, Decisão Monocrática, Reclamação nº 57.003/GO, DJ de 09.01.2023).

Por esse motivo, concluiu que era inaplicável o Tema 517, pois, no caso paradigma oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, havia lei ordinária antecipando a ocorrência do fato gerador de ICMS.

Observa-se que não se considerou, porém, a superveniência da Lei estadual nº 20.945, de 30 de dezembro de 2020, que alterou esse contexto normativo.

É preciso, portanto, fazer a distinção dessas operações interestaduais:

a) os fatos geradores de ICMS/DIFAL antecipados, sem substituição, com base exclusivamente no Decreto estadual 9.104/2017, violam o princípio da legalidade tributária;

b) os fatos geradores de ICMS/DIFAL antecipados, sem substituição, ocorridos após a vigência da Lei estadual nº 20.945, 30 de dezembro de 2020, estão congruentes com o princípio da legalidade e com a jurisprudência da excelsa Suprema Corte (Temas 456 e 517).

Para os fatos geradores ocorridos sob a vigência da Lei estadual nº 20.945/2020, não há dúvida da exigência do ICMS/DIFAL.

No período anterior a vigência da lei, são inválidos os lançamentos dos fatos geradores antecipados, sem substituição, com fundamento exclusivo no Decreto estadual nº 9.104/2017.

Desde que observado o prazo de decadência, nada impede, entretanto, que a Fazenda Pública, caso verifique a revenda da mercadoria (fato gerador), mediante processo administrativo, lance novamente o tributo e exija o recolhimento do ICMS/DIFAL, na forma do inciso I do artigo 13 do Código Tributário Estadual, c/c conforme o artigo 13, § 1º, inciso XIII, alínea “h” da Lei complementar nº 123/2006.

Não há como afastar a imposição tributária do ICMS/DIFAL, como pretende a impetrante.

Antes da vigência da Lei estadual nº 20.945/2020, o Fisco Goiano poderá exigir o recolhimento do ICMS/DIFAL do contribuinte optante do Simples Nacional, mas somente após a revenda da mercadoria.

Após a vigência da Lei estadual nº 20.945/2020, o Fisco Goiano poderá exigir o recolhimento do ICMS/DIFAL do contribuinte optante do Simples Nacional, com a antecipação do fato gerador de revenda para a simples entrada da mercadoria adquirida no território goiano.

Portanto, correta a sentença que concedeu parcialmente a segurança, para afastar a exigência do tributo apenas em relação aos fatos geradores do ICMS/DIFAL que foram antecipados, sem substituição tributária, antes da vigência da Lei estadual nº 20.945/2020.

Ao teor do exposto, conheço do reexame necessário e das apelações cíveis, MAS nego - lhes provimento, para manter a sentença.

Não é aplicável o § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, por não haver prévia fixação de honorários advocatícios em mandado de segurança.

Atenta ao fato de que as partes poderão peticionar no presente feito a qualquer momento, independentemente da fase processual, determino a devolução dos autos ao juízo de origem, após baixa de minha relatoria no Sistema do Processo Judicial Digital.

É como voto.

Goiânia, 18 de maio de 2023.

Des^a. Elizabeth Maria da Silva - Relatora

Reclamação nº 5546085.07.2022.8.09.0000

Reclamante: Joaquim de Melo

Reclamado: Relator da 5ª Câmara Cível

Interessados: Idelcio Ramos Magalhães

Terezinha Martins Magalhães

Relator: Des. Carlos Escher

Seção: 2ª Cível

EMENTA: RECLAMAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE CÂMARAS CÍVEIS. INCOMPETÊNCIA RELATIVA. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO JUÍZO QUE SE AUTODECLAROU INCOMPETENTE. NULIDADE POR ELE DECLARADA. DEFINIÇÃO PELO TRIBUNAL DA COMPETÊNCIA DESTA JUÍZO COM O RETORNO DOS AUTOS A ELE. VALIDADE DAS DECISÕES ANTERIORES. DESNECESSIDADE DE REJULGAMENTO DO APELO.

I - Tendo em vista que na ação originária foi questionada a prevenção entre duas câmaras deste tribunal (1ª e 5ª Câmaras Cíveis), a questão posta em análise cuidava-se, portanto, de competência relativa, e, ainda que se tratasse de competência absoluta, o novo CPC prevê que os efeitos das decisões já proferidas pelo juízo incompetente serão conservados até que outra seja proferida pelo juízo competente (art. 64, § 4º, do CPC), consistindo excesso a declaração, pelo próprio juízo que se reconheceu incompetente, de nulidade da decisão por ele antes proferida.

II - Uma vez reconhecida a incompetência relativa, os autos deveriam ter sido remetidos ao suposto juízo competente, sem anulação dos atos já praticados, notadamente quando pendente de julgamento conflito de competência instaurado entre os juízos envolvidos, o qual, posteriormente, foi decidido no sentido de reconhecer a competência daquele que, de ofício, havia se declarado incompetente, inexistindo qualquer ordem de rejulgamento da causa.

RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as supra indicadas.

Acordam os componentes da 2ª Seção Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Relator.

Presidiu a sessão o Desembargador Guilherme Gutemberg Isac Pinto.

Presente o(a) ilustre representante da Procuradoria de Justiça.

Documento datado e assinado digitalmente.

Des. Carlos Escher - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de reclamação, movida por Joaquim de Melo, contra a decisão do evento 234 do processo 0358196-75, proferida pelo ilustre Desembargador Maurício Porfírio Rosa, nos autos da ação de usucapião movida em seu desfavor por Idelcio Ramos Magalhães e Terezinha Martins Magalhães, pela qual foi determinada a reinclusão do feito em pauta para novo julgamento do recurso de apelação ali interposto.

Em sua peça inicial (evento 01), o reclamante narra que o recurso de apelação já foi julgado no evento 62, ocasião em que foi reformada a sentença do juízo de primeiro grau para afastar o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Relata que, posteriormente, em sede de julgamento dos embargos de declaração (evento 136), o ilustre Desembargador relator reconheceu sua incompetência e, em razão disso, anulou o julgamento do apelo, determinando a redistribuição do feito à 1ª Câmara Cível, sob a relatoria do ilustre Desembargador Carlos Roberto Fávaro.

Não concordando com o entendimento, o digno Desembargador Carlos Roberto Fávaro devolveu os autos ao douto Desembargador Maurício Porfírio Rosa, que suscitou conflito de competência.

Informa que no julgamento do conflito, foi determinada a competência da 5ª Câmara Cível, definindo-se, então, a competência do ilustre Desembargador Maurício Porfírio Rosa para julgamento do feito (CC 5552614-76).

Diz, ainda, que, com o retorno do processo ao relator, este entendeu ser o caso de pautar novamente o feito para rejuízo da apelação, sob o fundamento de que não seria possível rever a anulação anterior.

Sustentou, porém, que, com o reconhecimento da competência da 5ª Câmara Cível, a anulação do julgamento da apelação foi indevida, devendo, ao contrário, prevalecer, procedendo-se apenas com o julgamento dos embargos de declaração pendentes.

Por tal razão, requereu, liminarmente, fosse suspenso o andamento dos autos 0358196-75, até o julgamento desta reclamação. No mérito, pugnou pelo reconhecimento da validade dos atos já praticados, com a cassação da decisão que anulou o julgamento da apelação.

As custas iniciais foram regularmente recolhidas (evento 01, arquivo 09).

Pela decisão do evento 12, foi concedido o efeito suspensivo pleiteado, determinando o sobrestamento da tramitação do processo 0358196-75, até o julgamento desta demanda, cujo processamento se deu por meio da requisição de informações ao ilustre Desembargador Maurício Porfírio Rosa; da citação dos beneficiários da decisão impugnada (Idelcio Ramos Magalhães e Terezinha Martins Magalhães) e da vista dos autos à ilustrada Procuradoria da Justiça.

No evento 22, o ilustre Desembargador Maurício Porfírio Rosa prestou informações, alertando que a reclamação está sendo usada como sucedâneo recursal, motivo pelo qual deve ser indeferida a petição inicial, por ausência de interesse/adequação.

Considerou, também, que acórdãos proferidos em sede de conflito de competência não possuem efeitos retrooperantes suficientes para manter acórdão julgado nulo pelo colegiado, como no presente caso em que “foi ordenado o rejuízo da apelação cível que foi anulada pelo colegiado da Quinta Câmara Cível em razão de reconhecimento de incompetência absoluta.”

Em contestação (evento 41), os beneficiários da decisão impugnada arguíram a preliminar de inadmissibilidade da reclamação ante a existência de coisa julgada e devido à sua utilização com intuito recursal, inovando-se, inclusive, os argumentos. No mérito, reforça que o acórdão combatido está acobertado pelo manto da coisa julgada. Pedem, por isso, seja julgada improcedente a ação, condenando-se o autor no ônus da sucumbência.

Em impugnação à contestação (evento 49), o reclamante frisou que a decisão que anulava os atos foi tacitamente reformada, desaparecendo a fundamentação jurídica que a sustentava, devendo, portanto, ser restabelecida a autoridade do acórdão que julgou o mérito do apelo, impedindo, assim, a reapreciação do mérito pela 5ª Câmara Cível.

Ouvida a respeito (evento 50), a ilustrada Procuradoria de Justiça deixou de emitir parecer nos presentes autos, com a ressalva de fazê-lo apenas se acaso surgir em seu curso algum fato novo a justificar a tutela ministerial.

É, em síntese, o relatório.

Peço dia para julgamento.

Documento datado e assinado digitalmente.

Desembargador Carlos Escher - Relator

VOTO

Conforme relatado, trata-se de reclamação, movida por Joaquim de Melo, contra a decisão do evento 234 do processo 0358196-75, proferida pelo ilustre Desembargador Maurício Porfírio Rosa, nos autos da ação de usucapião movida em seu desfavor por Idelcio Ramos Magalhães e Terezinha Martins Magalhães, pela qual foi determinada a reinclusão do feito em pauta para novo julgamento do recurso de apelação ali interposto.

Em sua peça inicial (evento 01), o reclamante narra que o recurso de apelação já foi julgado no evento 62, ocasião em que foi reformada a sentença do juízo de primeiro grau para afastar o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Relata, também, que, posteriormente, em sede de julgamento dos embargos de declaração (evento 136), o Desembargador relator reconheceu sua incompetência e, em razão disso, anulou o julgamento do apelo, determinando a redistribuição do feito à 1ª Câmara Cível, sob a relatoria do digno Desembargador Carlos Roberto Fávaro.

Não concordando com o entendimento, o ilustre Desembargador Carlos Roberto Fávaro devolveu os autos ao Desembargador digno Maurício Porfírio Rosa, que suscitou conflito de competência. Informa que no julgamento do conflito, foi determinada a competência da 5ª Câmara Cível, definindo-se, então, a competência do Desembargador ilustre Maurício Porfírio Rosa para julgamento do feito (CC 5552614-76).

Disse, ainda, que, com o retorno do processo ao relator, este entendeu ser o caso de pautar novamente o feito para rejuízo da apelação, sob o fundamento de que não seria possível rever a anulação anterior.

Sustentou, porém, que, com o reconhecimento da competência da 5ª Câmara Cível, a anulação do julgamento da apelação foi indevida, devendo, ao contrário, prevalecer, procedendo-se apenas com o julgamento dos embargos de declaração pendentes.

Por tal razão, requereu, liminarmente, fosse suspenso o andamento dos autos 0358196-75, até o julgamento desta reclamação. No mérito, pugnou pelo reconhecimento da validade dos atos já praticados, com a cassação da decisão que anulou o julgamento da apelação.

As custas iniciais foram regularmente recolhidas (evento 01, arquivo 09).

Pela decisão do evento 12, foi concedido o efeito suspensivo pleiteado, determinando o sobrestamento da tramitação do processo 0358196-75, até o julgamento desta demanda, cujo processamento se deu por meio da requisição de informações ao ilustre Desembargador Maurício Porfírio Rosa; da citação dos beneficiários da decisão impugnada (Idelcio Ramos Magalhães e Terezinha Martins Magalhães) e da vista dos autos à ilustre Procuradoria da Justiça.

No evento 22, o digno Desembargador Maurício Porfírio Rosa prestou informações alertando que a reclamação está sendo usada como sucedâneo recursal, motivo pelo qual deve ser indeferida a petição inicial, por ausência de interesse/adequação.

Considerou, também, que acórdãos proferidos em sede de conflito de competência não possuem efeitos retrooperantes suficientes para manter acórdão julgado nulo pelo colegiado, como no presente caso em que “foi ordenado o rejuízo da apelação cível que foi anulada pelo colegiado da Quinta Câmara Cível em razão de reconhecimento de incompetência absoluta.”

Em contestação (evento 41), os beneficiários da decisão impugnada arguíram a preliminar de inadmissibilidade da reclamação ante a existência de coisa julgada e devido à sua utilização com intuito recursal, inovando-se, inclusive, os argumentos. No mérito, reforça que o acórdão combatido está acobertado pelo manto da coisa julgada. Pedem, por isso, seja julgada improcedente a ação, condenando-se o autor no ônus da sucumbência.

Em impugnação à contestação (evento 49), o reclamante frisou que a decisão que anulava os atos foi tacitamente reformada, desaparecendo a fundamentação jurídica que a sustentava, devendo, portanto, ser restabelecida a autoridade do acórdão que julgou o mérito do apelo, impedindo, assim, a reapreciação do mérito pela 5ª Câmara Cível.

Ouvida a respeito (evento 50), a ilustrada Procuradoria de Justiça deixou de emitir parecer nos presentes autos, com a ressalva de fazê-lo apenas se acaso surgir em seu curso algum fato novo a justificar a tutela ministerial.

É o voto.

Pois bem.

Segundo o Código de Processo Civil, uma vez publicada a decisão judicial, o juiz somente poderá alterá-la por meio de embargos de declaração ou, de ofício, para corrigir inexatidão material ou erro de cálculo (art. 494 do CPC), senão vejamos:

Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo;

II - por meio de embargos de declaração.

Ainda, os embargos de declaração servem para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão sobre a qual o juiz deveria se pronunciar de ofício (art. 1.022 do CPC), ao assim prescrever:

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

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

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

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

No caso, na ação originária foi questionada a prevenção entre duas câmaras deste tribunal (1ª e 5ª Câmaras Cíveis), tratando-se a questão, portanto, de competência relativa, nos termos dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Processual civil e consumidor. Ação coletiva de consumo. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Recurso. Distribuição. Prevenção. Art. 930, parágrafo único, do CPC/15. Inobservância. Nulidade relativa. Demonstração de efetivo e concreto prejuízo. Indispensabilidade. Caso concreto. Ausência. Taxa de atribuição de unidade. Cláusula contratual. Transferência ao consumidor. Abusividade. Fundamento do acórdão não impugnado. Súmula 283/STF. 1. Ação coletiva de consumo por meio da qual se questiona a abusividade da cobrança aos consumidores da “taxa de atribuição de unidade”, correspondente à despesa registral de individualização da matrícula do imóvel. 2. Recurso especial interposto em: 09.05.2019; conclusos ao gabinete em: 27.11.2019; aplicação do CPC/15. 3. O propósito recursal consiste em determinar se: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional; b) houve desrespeito à regra de distribuição por prevenção de órgão fracionário interno do Tribunal de origem para o conhecimento da apelação e b.1) há nulidade a ser declarada; c) há ilegalidade na cobrança da “taxa de atribuição de unidade” aos

consumidores. 4. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração. 5. A distribuição de recursos de ações conexas ao mesmo relator só faz sentido quando interpostos de processos que tenham tramitado em conjunto, no mesmo juízo de origem. 6. A eventual inobservância da distribuição por prevenção de recursos relacionados a ações conexas possui natureza de nulidade relativa, que deve ser alegada no momento oportuno, sob pena de preclusão, e cujo reconhecimento demanda a demonstração do efetivo e concreto prejuízo (princípio do **pas de nullité sans grief**). Precedentes. 7. Na hipótese concreta, a recorrente não demonstrou o efetivo e concreto prejuízo decorrente da suposta distribuição da apelação a órgão interno do tribunal de origem diverso daquele que entende prevento, limitando-se a tecer considerações acerca da distinção entre os institutos da conexão, da prevenção e da eficácia territorial da sentença proferida em ação coletiva de consumo. 8. Como não foi identificado prejuízo concreto e efetivo, não há nulidade a ser reconhecida. 9. A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado - quando suficiente para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, desprovido. (STJ, REsp nº 1.834.036/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28.04.2020, DJe de 27.05.2020.) (grifei)

Agravo interno em recurso especial. Competência interna relativa para o julgamento da causa. Arrolamento sumário. Expedição do formal de partilha. Verificação prévia da quitação integral dos tributos pela fazenda pública. Desnecessidade. Arts. 659, 662, § 2º do CPC/2015 (ARTS. 1.031 e 1.034 do CPC/1973). Violação não configurada. Agravo interno não provido. 1. A competência interna desta Corte é de natureza relativa, razão pela qual a prevenção ou a prorrogação apontada como indevida deve ser suscitada até o início do julgamento, sob pena de preclusão, nos termos do art. 71, § 4º, do RISTJ. 2. O arrolamento sumário, previsto no art. 659 do CPC, tem rito processual simplificado e célere, inexistindo a intervenção da Fazenda Pública durante tal procedimento, a qual, será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto de transmissão eventualmente devido, e de outros tributos porventura incidentes, somente após a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação, à luz do disposto no artigo 659 e seus parágrafos, e no § 2º do artigo 662 do CPC. 3. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no REsp nº 1.746.592/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 29.04.2019, DJe de 02.05.2019.) (grifei)

E, ainda que se tratasse de competência absoluta, o novo Código de Processo Civil prevê que os efeitos das decisões já proferidas pelo juízo incompetente serão conservados até que outra seja proferida pelo juízo competente, se for o caso (art. 64, § 4º, do CPC), ao dispor que:

Art. 64. (...) § 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Nesse sentido, assim já decidiu esta Corte em casos nos quais foi deferida liminar e após reconhecida a incompetência do juízo que a havia concedido, senão vejamos:

Ementa: apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Direito à saúde. Medicamento Enzalutamida. Câncer de próstata. Tratamento oncológico. Tema 793/STF. Responsabilidade da união. Incompetência da justiça estadual. Remessa dos autos à justiça federal. Efeitos da sentença mantidos. (...) 4. Nos termos do art. 64, § 4º, do CPC, salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja declarada, se for o caso, pelo juízo competente. Recurso conhecido e provido. Incompetência absoluta reconhecida. Remessa dos autos à Justiça Federal. (TJGO, Apelação Cível 5452544-63.2019.8.09.0051, Relator Desembargador Kisleu Dias Maciel Filho, 5ª Câmara Cível, julgado em 30.01.2023, DJe de 30.01.2023) (grifei)

Assim sendo, óbice não havia para o reconhecimento da suposta incompetência relativa em sede de embargos de declaração, como ocorreu na ação originária, consistindo excesso, contudo, a meu ver, a declaração, pelo próprio juízo que se reconheceu incompetente, de nulidade da decisão por ele antes proferida, devendo ter sido conservados seus efeitos até que outra fosse proferida pelo juízo competente, caso este assim entendesse, notadamente porque sequer houve menção de eventual prejuízo com a conservação do ato.

Nessa hipótese, ao ser reconhecida a incompetência relativa, os autos deveriam ter sido remetidos ao suposto juízo competente, sem anulação dos atos já praticados, notadamente quando pendente de julgamento conflito de competência instaurado entre os juízos envolvidos, o qual, posteriormente, foi decidido no sentido de reconhecer a competência daquele que, de ofício, havia se declarado incompetente.

Ainda, na decisão que julgou o conflito de competência, foi determinado o retorno dos autos àquele que, primeiro, havia se reconhecido incompetente, inexistindo qualquer ordem de rejuízo da causa.

Por isso, em observância ao princípio da economia processual, motivo não há para que a causa seja julgada novamente, se já o foi antes, devendo prevalecer a decisão que já a tinha resolvido, e não a sua precipitada anulação pelo juízo que, equivocadamente, entendeu não ser competente.

Logo, é o caso de acolher a pretensão inicial.

Ante o exposto, julgo procedente a presente reclamação, reconhecendo-se válidos, de consequência, os atos já praticados nos autos 0358196-75, em especial aquele que julgou a apelação ali interposta.

É o voto.

Documento datado e assinado digitalmente.

Des. Carlos Escher - Relator

Recurso de Apelação Cível nº 0207326.43.2005.8.09.0093

Comarca: Jataí

Relator: Des. Anderson Máximo De Holanda

Apelantes: Carlos André Martins Tonial

Marcelo Martins Tonial

Advogado: Ceyth Yuamim – OAB/GO 16.625

Apelada: Zoraide Rodrigues Paniago

Advogada: Layla Milena Oliveira Gomes – OAB/GO 31.955

Simone Oliveira Gomes – OAB/GO 18.226

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO ODONTOLÓGICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. SUBJETIVA. PROVA PERICIAL. CONDUTA CULPOSA. CONFIGURADA. IMPRUDÊNCIA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INEXISTENTE. NEXO DE CAUSALIDADE. PRESENTE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CARACTERIZADOS. REDUÇÃO DOS MONTANTES. INVIABILIDADE. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. MÉTODO BIFÁSICO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIDOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

I - Em caso de apuração de erro odontológico, a responsabilidade civil é subjetiva e se baseia na demonstração da conduta culposa, do nexo de causalidade e do dano, nos termos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

II - Na espécie, resta configurada a conduta culposa, com arrimo na prova pericial produzida, na qual se detecta erro nos tratamentos odontológicos efetuados e faz ressair a imprudência dos recorrentes.

III - Inexiste culpa exclusiva da recorrida, pois é dever do odontólogo, por ser quem possui o conhecimento técnico-científico necessário, a prescrição de terapias apropriadas a tratar as condições de saúde bucal dos pacientes, bem como de recusar a execução das consideradas ineficazes.

IV - Nexo de causalidade presente, tendo em vista que a conduta imprudente dos apelantes de executar três cirurgias dispensáveis resultou em danos à apelada.

V - Danos materiais configurados, de modo que devem ser ressarcidos todos os gastos da recorrida com os tratamentos descabidos, nos termos do art. 949 do CC.

VI - Ausente a inequívoca comprovação de que todas as despesas foram pagas exclusivamente pelo plano de saúde, resta impossibilitado o afastamento da condenação em danos materiais.

VII - A sentença deixou de fixar o montante devido a título de danos materiais, uma vez que postergou a apuração do valor para a fase de liquidação, razão pela qual é inviável a análise do pedido de redução da referida condenação.

VIII - Danos morais caracterizados, de forma que as condutas imprudentes dos recorrentes transcenderam a esfera do mero aborrecimento, ao causar prejuízos que afetaram a saúde e a dignidade da pessoa humana da recorrida, o que impõe, assim, sejam reparados.

IX - O valor indenizatório dos danos morais só pode ser reduzido quando constatada a inobservância dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Inteligência da súmula nº 32 do TJGO.

X - O STJ, no afã de conferir critérios mais objetivos em razão do alto grau subjetividade, já sedimentou que o montante dos danos morais deve ser arbitrado de acordo com o método bifásico, o qual analisa o interesse jurídico lesado e as peculiaridades do caso concreto para a definição da quantia.

XI - No caso concreto, verifica-se a razoabilidade e proporcionalidade do montante fixado, sobretudo quando aplicado o referido método bifásico, de maneira que é descabida a sua minoração.

XII - A sentença recorrida julgou parcialmente procedentes os pedidos, o que impende a sua reforma apenas para reconhecer a sucumbência recíproca do polo ativo e passivo.

XIII - Incabíveis os honorários recursais na espécie, tendo em vista o parcial provimento do recurso de apelação. Inteligência do CPC e entendimento do STJ.

RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Recurso de Apelação Cível nº 0207326-43.2005.8.09.0093.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Quarta Turma Julgadora de sua 3ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso de apelação cível e parcialmente provê-lo, tudo nos termos do voto do Relator.

Presidiu a sessão de julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Itamar de Lima.

Prejudicado pedido de sustentação oral, pela apelante, nos termos do artigo 1º, § 7º do Decreto Judiciário 830/2020.

Votaram, além do Relator Desembargador Anderson Máximo de Holanda, o Desembargador Gilberto Marques Filho e o Desembargador Wilson Safatle Faiad.

Representou a Procuradoria-Geral de Justiça, o Doutor José Eduardo Veiga Braga.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Anderson Máximo de Holanda - Relator

VOTO

Consoante relatado, trata-se de recurso de apelação cível interposto por Marcelo Martins Tonial e Carlos André Tonial contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Infância e Juventude da Comarca de Jataí, Dr. Sérgio Brito Teixeira e Silva, nos autos da ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos ajuizada por Zoraide Rodrigues Paniago.

Na sentença recorrida (movimento nº 35), o magistrado singular julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

“(...) Isto posto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação indenização para o fim de:

1. Condenar os Requeridos ao pagamento de indenização, a título de danos materiais, consistentes nos valores pagos pela Autora, para a realização das raspagens e cirurgias de enxerto ósseo nos dentes incisivos, o quais deverão ser apurados em liquidação de sentença.
2. Condenar os Requeridos ao pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor de R\$10.000,00, corrigido do arbitramento, pelo INPC, à Autora.

O valor dos danos materiais será apurado em liquidação de sentença, corrigido do desembolso pelo INPC, e com juros de mora de 1% ao mês, do ajuizamento.

Condeno os Requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes no percentual de 10% sobre o valor total da condenação, atualizado. (...)”

Irresignados, os apelantes pugnam pelo conhecimento e provimento do recurso apelatório para que seja reformada a sentença e julgado improcedentes os pedidos iniciais. Subsidiariamente, requerem a redução do valor da condenação, bem como o reconhecimento da sucumbência recíproca.

Examina-se.

1. Juízo de admissibilidade

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, notadamente de cabimento (próprio), legitimidade, tempestividade e preparo (movimento 39, arquivo 04), conheço do recurso de apelação cível.

2. Mérito da controvérsia recursal

Cinge-se a insurgência recursal em aferir se, na hipótese vertente, ficou evidenciada a culpa dos réus/apelantes e, conseqüentemente, o erro no tratamento dentário realizado pela recorrida, a ensejar o dever de indenizar, assim como se houve a culpa exclusiva da autora/apelada para afastar a responsabilidade daqueles.

Perquire-se.

Inicialmente, para melhor contextualização do entendimento aqui adotado, forçoso realizar um breve esboço da situação fática retratada nos autos.

Do exame do caderno processual, verifica-se que a apelada ajuizou ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos em desfavor dos apelantes, pautada no suposto erro cometido por estes durante os procedimentos odontológicos realizados entre os anos de 1997 e 2001 (movimento 03, arquivo 01).

Afirma que em julho de 1997 consultou com o primeiro apelante, Marcelo Martins Tonial, o qual prescreveu-lhe, inicialmente, raspagem na gengiva e, após, cirurgia de enxerto ósseo, os quais foram realizados nessa ordem.

Narra que, no retorno pós-cirúrgico, foi constatada perda de gengiva, raízes dos dentes expostas e indolência dos dentes centrais.

Relata que em razão disso passou a ter dificuldade e dor na deglutição de alimentos, o que lhe obrigou a ingerir apenas alimentos liquidificados via canudo.

Pontua que, diante do agravamento dos resultados adversos, o primeiro recorrente indicou-lhe nova cirurgia de enxerto e advertiu-lhe que, em caso de não realização, as raízes dos dentes conservariam permanentemente expostas.

Dessa forma, informa que foi procedida a nova cirurgia, mas que, após, foi apurado que o problema não só não foi corrigido, como foi agravado, haja vista que declara que as raízes permaneceram expostas e, em um primeiro momento, com feridas na gengiva.

Expõe que o segundo apelante, Carlos André Martins Tonial, se prontificou a consertar os distúrbios e efetuou procedimento para a recuperação da gengiva e cura das feridas.

Aduz que, apesar de cicatrizadas as feridas, mantiveram-se as dores, as raízes expostas, a necessidade de ingestão de alimentos tenros e a indolência dos dentes.

Frisa, ainda, que, mais uma vez, os recorrentes tentaram-na persuadir a submeter-se a uma nova cirurgia de enxerto, mas que ela não dispunha de recursos financeiros nem do material necessário.

Destaca que houve piora, pois os dentes centrais e incisivos encontravam-se molificados e os demais abalados.

Sendo assim, conta que o primeiro apelante realizou outro procedimento no afã de fixar os dentes.

Após, já na data de 24 de fevereiro de 1998, diz que foi sujeitada a um novo procedimento cirúrgico para a extração de quatro dentes, e, em seguida, foi colocada uma prótese provisória pelo segundo recorrente, a qual alega que quebrava com facilidade e implicava em constantes reparos, resultando-lhe em diversos vexames e humilhações.

Relata que em 1999 recebeu a prótese definitiva.

Argumenta que mesmo após esta, precisou de reparações e constantes substituições, os quais sustenta que foram todos pagos.

Ressalta que a necessidade de reiteradas consultas e realização de procedimentos causaram-lhe dificuldades e até demissão no emprego.

Conta que quando procurou outro dentista, ele “informou-lhe que os dentes que davam sustentação aos pinos da prótese tinham infiltrações e cáries, além de estarem abalados e que, por certo, cairiam a qualquer momento. Aduziu ainda que um dos dentes que ajudava a fixação da prótese necessitava de canal, sendo também imprescindível a colocação de outro pino, e antes que tais providências fossem tomadas a prótese não poderia ser cimentada.”

Diz que, após, os apelantes recusaram-lhe entregar toda documentação necessária. Argui que os recorrentes agiram com culpa, diante da imprudência e negligência. Diante de tais fatos, pleiteou a condenação dos recorrentes por danos materiais, morais e estéticos.

Por outro lado, os réus/apelantes, alegam, em síntese, que não ficou demonstrada a culpa destes nos danos sofridos pela recorrida, os quais afirmam que somente ocorreram por culpa exclusiva desta, que deixou de tomar os devidos cuidados e precauções na realização da higiene bucal após o procedimento pós-operatório.

Após regular tramitação do feito, foi colhido parecer técnico, na fase de instrução probatória, do perito judicial, Dr. José Lúcio Vieira Alves (CRO-GO 2766), especialista em periodontia e implantodontia (movimento 03, arquivo 03, fls. 472 a 487 dos autos físicos).

A propósito, acosta-se a conclusão constante do laudo:

“A paciente era portadora de uma doença periodontal grave crônica (periodontite avançada), com perdas ósseas totais, com reabsorções ósseas até o nível apical nos dentes 11, 12, 21 e 22, tendo como causas prováveis a genética, a mal oclusão dos dentes associados a uma higienização dentária precária e a indicação correta é a extração dos mesmos.

Os caninos e pré-molares tinham perdas ósseas de 12 a 14 milímetros e a indicação de tratamento era raspagem subgengival e cirurgia de Widman para a eliminação da bolsa periodontal e o reposicionamento para apical do retalho gengival.

A realização de cirurgia com finalidade estética, tais como enxertos ósseos na região de pré-molares e caninos não está indicado, pois as perdas ósseas eram muito avançadas (12 a 14 mm), e as reabsorções ósseas desses dentes não apresentavam nichos ou cavidades para serem preenchidas pelo osso liofilizado. A prioridade, portanto, do tratamento para a paciente é a eliminação das bolsas periodontais ou as extrações dos mesmos, com a finalidade de preservação do osso remanescente para colocação de implantes, não se importando no primeiro momento com a estética. Após a constatação da saúde periodontal poderia ser realizado os procedimentos estéticos, que de acordo com as condições socioeconômicas da paciente a reabilitação mais indicada seria a instalação de implantes. Essa indicação, como mencionada anteriormente, está sujeito as possibilidades econômicas da paciente. A instalação de próteses fixas também são indicadas, em certos casos, para solucionar esteticamente as perdas dentárias para a reabilitação protética dos dentes perdidos.”

No movimento 22, o perito esclareceu:

1. Qual seria o plano de tratamento adequado aos caninos, pré-molares e incisivos superiores direito e esquerdo conforme radiografias e modelos anexos?

Radiograficamente e pela avaliação do modelo de estudo os incisivos anteriores e superiores estavam comprometidos periodontalmente, sendo necessário a extração dos mesmos.

O plano de tratamento dos incisivos anteriores, após a avaliação da radiografia e modelo de estudo, era as extrações dos mesmos devido a perda óssea horizontal, já mencionada anteriormente.

Os caninos superiores estavam com perdas ósseas menores que os incisivos e o procedimento

mais indicado seria a cirurgia de Widman para a eliminação da bolsa periodontal. Nesse caso a retração gengival, após a cirurgia, seria inevitável, pois, a cirurgia de Widman é um reposicionamento do tecido gengival mais apicalmente.

Os pré-molares deveriam ser tratados com cirurgia de Widman para a paralisação da doença nessa região.

O enxerto ósseo não era necessário nos dentes incisivos, pois, como já mencionado se tratava de perdas ósseas horizontais e o procedimento indicado seriam as extrações.

Homologada a perícia, o juiz singular proferiu a sentença na qual julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados (movimento nº 35), de modo que julgou improcedentes o pleito concernente aos danos estéticos, mas condenou os recorrentes a ressarcir a recorrida por danos materiais e morais.

Inconformados, os apelantes interpuseram o presente recurso de apelação (movimento 39), com base nas alegações, em síntese, de inexistência de erro no plano de tratamento da recorrida, de ausência de gastos dela devido à suposta cobertura integral dos procedimentos pelo plano de saúde, de culpa exclusiva da vítima por querer apenas benefício estético e não tomar os cuidados necessários para o sucesso das terapias, bem como em virtude da levantada tese de que a prova pericial, que defendem ser a prova cabal, ter concluído pela inexistência de culpa deles.

Pois bem.

Sobre o ato ilícito, dispõe o artigo 186 do Código Civil:

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

Por sua vez, preceitua o artigo 927 do mesmo diploma legal que:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Já quanto à responsabilidade civil dos profissionais da saúde, o Código Civil preconiza nos pertinentes artigos 949 e 951:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

É importante consignar, outrossim, que a relação jurídica firmada entre as partes rege-se pelas normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma vez que a paciente/apelada é consumidora, nos termos do artigo 2º do CDC, dos serviços prestados (§ 2º do artigo 3º do CDC) pelos odontólogos/apelantes, os quais caracterizam-se fornecedores, consoante o **caput** do artigo 3º do CDC.

Nesse viés, no que se refere à responsabilidade dos profissionais liberais, o § 4º do artigo 14 da norma consumerista prevê que:

“Art. 14.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Dessa feita, depreende-se que a responsabilidade civil dos apelantes, no presente caso, é subjetiva e baseia-se, portanto, na demonstração da conduta culposa, do nexo de causalidade e do dano.

Com efeito, tem-se, na espécie, que é incontroverso que os recorrentes realizaram diversos procedimentos odontológicos na recorrida.

É o que se verifica, inclusive, do depoimento do primeiro apelante, Marcelo Martins Tonial, colhido perante a Comissão de Ética do Conselho Regional de Odontologia de Goiás (movimento 03, arquivo 01, fls. 51 a 53 dos autos físicos):

“QUE não tem condições de informar a data do primeiro atendimento, mas a consulta a ficha clínica do cliente esclarece que foi em 01 de julho de 1097; QUE a denunciante procurou o interrogando indicado pelo Dr. Alexandre Lucato; QUE a denunciante procurou o interrogando com objetivo de fazer uma cirurgia periodontal mas antes deveria submeter-se a uma avaliação e raspagem se necessário; QUE os objetivos da denunciante ao procurar o interrogando podem ser resumidos como "não perder os incisivos superiores"

(...)

QUE ao atender a denunciante análise clínica radiográfica foi indicada à conduta terapêutica raspagem sub e supra gengival; QUE o próprio acusado executou a raspagem;

(...)

QUE após a primeira avaliação concluiu pela necessidade do excerto ósseo, executando inicialmente um lado, para saber a colaboração da paciente, ai incluindo higienização; QUE quando concluiu pela necessidade do excerto não procedeu novos exames, em razão de entender desnecessários pelo fato de dos profissionais haverem examinado as radiografias recentes; QUE a denunciante foi devidamente esclarecida sobre todos os procedimentos a serem adotados e quais os riscos advindos destes procedimentos; QUE a denunciante foi esclarecida que sua situação era delicada e que ela corria até mesmo risco de perder os dentes

(...)

QUE a paciente manifestou a intenção de continuar o tratamento mesmo com a advertência de "perda dos dentes"; QUE no caso concreto não haveria outra alternativa há não ser extração e prótese, pois nem mesmo implante seria possível em razão da perda óssea; QUE o sucesso do tratamento dependera exclusivamente dos cuidados da paciente, vez que após a cirurgia a paciente vai para casa e o profissional não tem como acompanhar, QUE a primeira cirurgia foi realizada mais ou menos dia 21.07.1997, conforme ficha do paciente cuja a juntada aos autos é requerida;

(...)

QUE após a cirurgia o normal seria retorno de três em três dias para verificar a evolução, mas no primeiro retorno da denunciante foi constatado perda dos pontos, cimento cirúrgico ausente,

perda do material de enxerto; QUE no primeiro retomo a paciente não apresentava edema externo; QUE a primeira cirurgia atingia foi feita dos dentes 11 a 14; QUE após a cirurgia recomendou alimentação líquida até a recuperação do paciente, o que demoraria até a cicatrização normal que pode variar dependendo do caso e da pessoa;

(...)

QUE após o exame da paciente na primeira visita decidiram realizar imediatamente a segunda cirurgia consertando a "bagunça" observada; QUE a segunda cirurgia foi feita pelo Dr. Carlos, continuando a denunciante paciente do interrogando; QUE a segunda cirurgia apresentou as mesmas consequências da primeira; QUE no segundo retorno fizeram uma terceira cirurgia para retirada do material e fechamento da membrana para tudo voltar ao estado inicial; QUE não existiu rejeição orgânica ao tratamento desenvolvido; QUE "nada parava lá dentro" quer dizer para o interrogando que em razão dos pontos arrebatados nada que era colocado no local permanecia; QUE o interrogando estava presente em todas as cirurgias realizadas; QUE - após a segunda cirurgia não constatou nenhum "buraco" no local mas sim a ausência . parcial do material usado no enxerto ósseo;

(...)

QUE as perdas dos dentes não foi consequência das cirurgias; QUE o interrogando tem ciência ter a denunciante procurado o Dr. Carlos André, após a terceira cirurgia, com o objetivo de obter um orçamento para extração dos dentes e confecção parcial fixa;

(...)

QUE o interrogando tem lembrança que a denunciante apresentava mobilidade de grau dois ou três "vamos dizer assim"; QUE não é especialista em periodontia, mais realiza enxerto ósseo;

(...)

QUE ao examinar a paciente, diante da mobilidade dos dentes, que era delicada, entendeu que deveria ela submeter-se a cirurgia, acrescentando depois que ela havia pedido para fazer a cirurgia; QUE após o tratamento realizado pelo Dr. Carlos a denunciante procurou o Interrogando para fazer uma restauração que foi executada e paga;"

Assim, de todo contexto fático e probatório, infere-se que a apelada foi submetida, em julho de 1997, a raspagem gengival e, posteriormente, a cirurgia de enxerto ósseo feita pelo primeiro apelante, mas que, diante de complicações pós-cirúrgicas, foi ressubmetida a mais duas cirurgias com o intuito de repará-las, as quais foram procedidas em conjunto pelos apelantes.

Ainda, constata-se que, detectada a perda de dentes da recorrida, o segundo recorrente, Carlos André Martins Tonial, realizou cirurgia de extração de dentes e posterior colocação de próteses na apelada.

Portanto, na situação em exame, é inegável a existência de ação dos apelantes, a qual integra, nos termos do citado artigo 186 do Código Civil, a conduta.

No que concerne à presença, no caso em testilha, do elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa), evidencia-se que o perito testifica em seu laudo que a apelada era portadora de uma doença

periodontal em caráter grave e crônico, com perdas ósseas totais e reabsorções ósseas até o nível apical nos dentes 11, 12, 21 e 22 (movimento 03, arquivo 03, fls. 472 a 487 dos autos físicos).

Assevera, ainda, que diante das condições clínicas da recorrida, a conduta correta a ser tomada seria a eliminação de bolsas periodontais e extração dos dentes, “não se importando no primeiro momento com a estética”.

Sendo assim, concluiu o *expert* pelo descabimento das cirurgias efetuadas pelos recorrentes na recorrida de enxerto ósseo, as quais atesta possuir finalidade eminentemente estética.

Esclarece, outrossim, que somente após a recuperação da saúde periodontal da paciente poderia ter sido efetuado tratamento estético, mas que, no caso, os apropriados seriam implantes ou prótese.

À vista disso, é inegável, na espécie, o erro dos odontólogos no plano de tratamento da paciente ao submetê-la a 03 (três) atos cirúrgicos indevidos, antes de proceder com a realização dos procedimentos eficazes.

Nessa confluência, na linha dos ensinamentos do jurista italiano Chironi de que “a culpa pode ser tida como o desrespeito a um dever preexistente ou a violação a um dever jurídico”¹, denota-se que os apelantes agiram com culpa por inobservarem o prévio dever de tratarem as condições de saúde da apelada antes de realizarem, imprudentemente, as cirurgias estéticas de enxerto ósseo, que eram, além de tudo, inócuas ao caso, consoante demonstrado no laudo pericial.

Ademais, a fim de corroborar essa ilação, apura-se que essa também foi a conclusão exarada pela Comissão de Ética do Conselho Regional de Odontologia de Goiás (movimento 03, arquivo 01, fls. 55 e 56 dos autos físicos), que condenou os recorrentes em infrações ao Código Ética Odontológica (Res. CFO-179/91), citando-se as pertinentes:

“art. 4º. Constituem deveres fundamentais dos profissionais inscritos:

inciso I - exercer a profissão mantendo comportamento digno;

inciso III -zelar pela saúde e pela dignidade do paciente;

inciso X -assumir responsabilidade pelos atos praticados;

Art. 6º. Constitui infração ética:

inciso I -exagerar em diagnóstico, prognóstico ou terapêutica;

inciso II -deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento;

inciso III -executar ou propor tratamento desnecessário ou para o qual não esteja capacitado.”

Em convergência, diversamente do que alegam os recorrentes, é desarrazoada, no caso concreto, a tese de culpa exclusiva da recorrida na realização dos procedimentos de enxerto ósseo, sob o pretexto de que ela visava apenas o benefício estético mesmo eles tendo-lhe, como sustentam, esclarecidos os riscos.

Isso porque, como alinhavado, o próprio Código de Ética Odontológica preceitua que é dever do dentista prezar pela saúde e dignidade da paciente, assim como não executar tratamentos desnecessários, de forma que é indiferente, ao caso, o interesse da paciente na sua execução.

Deveras, pois, é o profissional legalmente habilitado quem possui o conhecimento técnico científico indispensável para a prescrição de terapias apropriadas, bem como para a recusa de efetuação das consideradas inúteis.

Ao contrário do alegado, impende enfatizar, outrossim, que não ficou comprovado nos autos que a finalidade estética era o exclusivo desejo da apelada.

Na verdade, o que se verifica do depoimento do primeiro apelante, colhido pela Comissão de Ética do Conselho Regional de Odontologia de Goiás, é que foi ele quem indicou à apelada o enxerto ósseo, violando, portanto, seu dever ético-legal (movimento 03, arquivo 01, fls. 51 a 53 autos físicos):

“QUE após a primeira avaliação concluiu pela necessidade do excerto ósseo, executando inicialmente um lado, para saber a colaboração da paciente, incluindo higienização; QUE quando concluiu pela necessidade do excerto não procedeu novos exames, em razão de entender desnecessários pelo fato de dos profissionais haverem examinado as radiografias recentes”

Dessa forma, uma vez que a culpa da indicação e realização do ineficaz enxerto ósseo é dos recorrentes, observa-se, ainda, que é irrelevante se falar em culpa exclusiva da recorrida pelo prolongamento do tratamento diante da alegada falta de cuidados necessários dela após o procedimento, sobretudo porque toda fase pós-cirúrgica sequer existiria se eles tivessem agido, de pronto, em conformidade com os seus deveres.

Nessa perspectiva, reputa-se existente, além disso, o nexo de causalidade no caso vertente, tendo em vista que a conduta antiética e imprudente dos apelantes de prescreverem e executarem tratamentos desnecessários resultou em danos à apelada, porquanto foi submetida a três despropositados riscos cirúrgicos, assim como a dolorosos e inconvenientes pós-operatórios.

Diante dessas ilações, preenchidos os pressupostos legais, afigura-se de rigor o dever de indenizar dos réus/apelantes.

2.1. Danos Materiais

Por seu turno, quanto à configuração dos danos materiais, constata-se que devem ser ressarcidos todos os gastos da apelada decorrentes da realização da cirurgia de enxerto e das outras duas reparatórias a que ela submeteu em seguida.

Essa é inclusive a inteligência do supracitado artigo 949 do Código Civil, ao dispor que “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento”.

A propósito, ante a falta de inequívoca comprovação, não subsiste a tese dos odontólogos de inexistência de despesas efetuadas pela paciente em virtude de suposta cobertura integral do tratamento pelo plano de saúde, máxime diante dos documentos constantes às fls. 22 a 28 dos autos físicos no movimento nº 03, arquivo 01.

Frisa-se, ainda, que a sentença postergou a apuração do valor devido a título de danos materiais para a fase de liquidação, ocasião na qual compete a análise da alegação em comento.

Dessa forma, por inexistir a prévia fixação de um montante líquido na sentença, é, outrossim, a razão pela qual é inviável se falar em redução da condenação em danos materiais.

2.2. Danos Morais

Já no que se refere aos danos morais, restam eles caracterizados quando há provas de que os apelantes desatenderam o dever de tratar a saúde periodontal da apelada e efetuaram três cirurgias descabidas, de tal maneira que a expuseram a riscos desnecessários e a um doloroso e prolongado tratamento.

Dessarte, as condutas imprudentes dos recorrentes transcenderam a esfera do mero aborrecimento ao causar prejuízos que afetaram a saúde e dignidade da pessoa humana da recorrida, o que impõe, assim, sejam reparados.

Nesse viés, verifica-se que a sentença recorrida condenou os apelantes a um montante de R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

Com efeito, no que diz respeito ao pedido de minoração do valor indenizatório, nota-se que a súmula 32 desta Corte Estadual estipula que “a verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação”.

Em outras palavras, a alteração do valor fixado será possível apenas quando este manifestar-se irrisório ou excessivo.

Pois bem. Observa-se que o direito à indenização deve ser medido pela extensão do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil.

Tratando-se de danos morais, em que é alto o grau de subjetividade da sua apuração, registrasse que o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou que o montante indenizatório deve ser arbitrado de acordo com o método bifásico, o qual analisa o interesse jurídico lesado e as peculiaridades do caso concreto para a definição do **quantum**.

Isso porque, tal método prima pela adoção de critérios mais objetivos, de modo que é “o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano” (AgInt nos EDcl no REsp 1.809.457/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.02.2020, DJe de 03.03.2020).

Nesse sentido, em uma primeira etapa, estipulou-se que se deve estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado e com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.

Em um segundo momento, devem ser consideradas as circunstâncias do caso para a fixação definitiva do valor da indenização, com espeque no parágrafo único do artigo 953 do Código Civil que prevê o arbitramento equitativo pelo juiz.

Nesse diapasão, na segunda fase, o valor indenizatório deve ser compatível com o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano e as condições sociais do ofendido.

Com base nessas premissas, na situação em exame, verifica-se que o montante está de acordo com os critérios acima delineados, sobretudo diante da importância dos interesses jurídicos lesados (saúde e dignidade da pessoa humana) e das circunstâncias do caso, em que os recorrentes submeteram, como visto, a recorrida por três vezes a cirurgias dolorosas e indevidas.

Constata-se, ainda, que os apelantes violaram, com as suas condutas, dever ético pelo qual se encarregaram de cumprir, o que aumenta o grau de reprovabilidade.

Nessa medida, o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) estipulado pelo julgador singular revela-se razoável e proporcional, especialmente em virtude da condenação solidária dos odontólogos e a possibilidade financeira de ambos em razão da profissão.

Além disso, incumbia aos apelantes ter demonstrado na espécie que tal quantia destoa do normalmente fixado em grupo de precedentes deste Tribunal em casos semelhantes, ônus do qual não se valeram.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça se orienta:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação indenizatória. Danos morais. Prestação de serviços médicos e hospitalares. Plano da saúde. Cobrança particular. Inexigibilidade reconhecida em ação declaratória anterior. Cadastro de inadimplentes. Inscrição indevida. Dano moral. Aumento do valor arbitrado. Critério bifásico. Súmula 7 do STJ.

1. Consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, em âmbito de recurso especial, os valores fixados a título de indenização por danos morais, porque arbitrados com fundamento nas peculiaridades fáticas de cada caso concreto, só podem ser alterados em hipóteses excepcionais, quando constatada nítida ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, situação inexistente no caso concreto, de modo que a sua revisão encontra óbice na Súmula 7 do STJ" (AgInt no AREsp 1900886/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13.12.2021, DJe 15.12.2021)

2. É sabido que as Turmas da Seção de Direito Privado do STJ, em razão da dificuldade de se sistematizar parâmetros objetivos, vem se uniformizando na adoção do critério bifásico (Resp 1.152.541/RS, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e Recurso Especial 1.473.393/SP – de minha relatoria), para garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso, minimizando eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano. Assim, caberia à recorrente demonstrar que o STJ, em situações semelhantes, vem arbitrando o dano moral em quantias diversas daquela fixada pelo Tribunal de origem, o que não ocorreu na espécie.

3. Agravo interno não provido.

(STJ, AgInt no AREsp 1799380/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26.04.2022, DJe 02.05.2022)

Por corolário, é descabida a redução do montante fixado a título de danos morais, impondo-se a manutenção da sentença nesse particular.

3. Ônus Sucumbenciais

Os apelantes pugnam em suas razões de inconformismo pela inversão da condenação em ônus sucumbenciais. No entanto, mantidas as condenações da sentença, torna-se inviável o acolhimento deste pleito.

Por outro lado, quanto ao pedido de fixação da sucumbência recíproca, merece razão os recorrentes.

Isso porque, o dispositivo da sentença, como visto, restou assim redigido:

“(…) Isto posto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação indenização para o fim de:

1. Condenar os Requeridos ao pagamento de indenização, a título de danos materiais, consistentes nos valores pagos pela Autora, para a realização das raspagens e cirurgias de enxerto ósseo nos dentes incisivos, o quais deverão ser apurados em liquidação de sentença.
2. Condenar os Requeridos ao pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor de R\$10.000,00, corrigido do arbitramento, pelo INPC, à Autora.

O valor dos danos materiais será apurado em liquidação de sentença, corrigido do desembolso pelo INPC, e com juros de mora de 1% ao mês, do ajuizamento.

Condeno os Requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes no percentual de 10% sobre o valor total da condenação, atualizado. (…)”

Dessa forma, depreende-se que o édito judicial recorrido julgou parcialmente procedentes os pedidos, de modo que julgou improcedentes os pedidos de danos materiais relativos aos procedimentos de colocação de próteses, assim como quanto ao pedido de condenação em danos estéticos.

À vista disso, nos termos do artigo 86, **caput**, do Código de Processo Civil, verifica-se que os litigantes foram reciprocamente sucumbentes.

Por consequência, impende a reforma da sentença, nesse aspecto, para condenar o polo ativo e passivo em custas processuais na proporção de 50% (cinquenta por cento) cada.

Quanto aos honorários de sucumbência, fixo para os advogados da apelada e dos apelantes em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Todavia, em virtude de a parte apelada ser beneficiária da gratuidade e justiça (movimento 03, arquivo 01, fl. 59 dos autos físicos), a exigibilidade dos ônus sucumbenciais deve ser suspensa, com fulcro no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

4. Honorários recursais

Em relação aos honorários recursais previstos no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, tem-se que incabíveis na espécie, conforme as balizas estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria:

“(…) É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/15, quando estiverem presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015; b) recurso não conhecido integralmente ou não provido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente, e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto. 5. Agravo interno não provido.” (STJ, 3ª Turma, Ag. Int. no AREsp. Nº1259419/GO, DJe de 03.12.2018).

Dessa feita, em razão do provimento parcial do apelo, desautorizada se está a majoração da referida verba perante esta instância recursal, de acordo artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, e AgInt nos EREsp 1539725/DF, do Superior Tribunal de Justiça.

5. Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação cível e dou-lhe parcial provimento para reformar a sentença recorrida apenas para reconhecer a sucumbência recíproca das partes, nos termos do artigo 86 do Código de Processo Civil, e condenar o polo ativo e passivo em custas processuais na proporção de 50% (cinquenta por cento) cada.

Quanto aos honorários de sucumbência, fixo para os advogados da apelada e dos apelantes no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Todavia, em virtude de a parte autora/apelada ser beneficiária da gratuidade de justiça (movimento 03, arquivo 01, fl. 59 dos autos físicos), a exigibilidade dos ônus sucumbenciais deve ser suspensão, com fulcro no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

No mais, mantenho inalterado o édito judicial vergastado por esses e seus próprios fundamentos.

Corolário dessa decisão, incabíveis os honorários recursais na espécie, tendo em vista o parcial provimento do recurso de apelação (art. 85, § 11, do CPC, e AgInt nos EREsp 1539725/DF, do STJ).

É o voto.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Anderson Máximo de Holanda - Relator

¹ (CHIRONI, G. P. *La colpa...*, 1925, p. 5, In *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil* – v. 2 / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 521)

Remessa Necessária e Duplo Recurso de Apelação Cível nº 5633938.03.2019.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Relator: Des. Anderson Máximo de Holanda

1º Apelante: Estado de Goiás

Representação: Procuradoria-Geral do Estado de Goiás

2º Apelante: Coty Brasil Comercio Ltda

Savoy Indústria de Cosméticos S.A.

Advogados: Daniella Zagari Gonçalves - OAB/SP 116.343

Marco Antônio Gomes Behrndt – OAB/SP 173.362

Rodrigo César de Oliveira Marinho - OAB/SP 233.248

1º Apelados: Coty Brasil Comercio Ltda

Savoy Indústria de Cosméticos S.A.

2º Apelado: Estado de Goiás

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E DUPLO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO DO TRIBUTO. CONDIÇÃO ONEROSA POR PRAZO CERTO. REVOGAÇÃO

PREMATURA. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO COMPORTÁVEL VIA AÇÃO MANDAMENTAL. HONORÁRIOS.

I - O mandado de segurança consubstancia-se em instrumento constitucional colocado a disposição da pessoa física ou jurídica para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, quando não amparado por outros remédios constitucionais, conforme definem os art. 5º, LXIX, da CF, e art. 1º da Lei 12.016/09.

II - As isenções onerosas não podem ser livremente suprimidas com amparo na mera conveniência do legislador tributário. Assim, a lei que concede a isenção onerosa pode até ser revogada, mas seus efeitos continuarão pelo período nela previsto, tendo o sujeito passivo o direito de se beneficiar até o seu instante final.

III - Em que pese o teor exarado na Súmula 213 do STJ, segundo a qual “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”, a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental, de modo que a restituição/compensação deverá ser postulada na esfera administrativa ou em ação judicial própria.

IV - Sem condenação em honorários advocatícios por serem incabíveis na espécie, de acordo com o art. 25 da Lei Federal nº12.016, de 07 de agosto de 2009, e Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

REEXAME NECESSÁRIO E AMBOS RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Remessa Necessária e Duplo Recurso de Apelação Cível nº 5633938-03.2019.8.09.0051.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Quarta Turma Julgadora de sua 3ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer da remessa necessária e de ambos recursos de apelação cível e desprovê-los, tudo nos termos do voto do Relator.

Presidiu a sessão de julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Itamar de Lima.

Fizeram sustentações orais o Advogado Doutor Gustavo Lelis Souza Silva, pelo primeiro apelante/segundo apelado, e o Advogado Doutor Rodrigo César de Oliveira Marinho, pelos segundos apelantes/primeiras apeladas.

Votaram, além do Relator Desembargador Anderson Máximo de Holanda, o Desembargador Gilberto Marques Filho e o Desembargador Wilson Safatle Faiad.

Representou a Procuradoria-Geral de Justiça, o Doutor Abraão Junior Miranda Coelho.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Anderson Máximo de Holanda - Relator

VOTO

Conforme relatado, trata-se de remessa necessária e duplo recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Goiás (movimento 64) e Coty Brasil Comércio Ltda e Savoy Indústria de Cosméticos S/A (movimento 85) em face da sentença (movimento 53) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia, Dr. Clauber Costa Abreu, nos autos do mandado de segurança impetrado por Coty Brasil Comércio Ltda e Savoy Indústria de Cosméticos S/A contra ato praticado pelo Superintendente da Receita da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás.

Os autores impetraram a presente ação mandamental em razão da edição de novas exigências para usufruir de benefício fiscal com prazo certo.

Na sentença vergastada (movimento 53) o juiz singular julgou parcialmente procedente o pedido inicial e concedeu a segurança vindicada, consoante seguinte excerto:

(...) Ante o exposto, concedo parcialmente a segurança pleiteada, confirmando a liminar concedida, apenas para assegurar o direito líquido e certo das Impetrantes de apurarem e de recolherem o ICMS nos termos do benefício fiscal previsto na redação originária da Lei nº 17.442/11 e com base nas mesmas regras firmadas no Termo de Acordo de Regime Especial nº 196/15-GSF, posteriormente alterado pelo TARE nº 021/17-GSF (TAREs 196/15 e 021/17), válido até 31.12.2031, sem que lhes sejam impostos os resultados das alterações e inclusões promovidas pela Lei nº 20.590/19, naquilo que lhes prejudiquem a isenção anteriormente concedida, até o termo final convencionado entre as partes.

Condeno o impetrado a restituir às impetrantes as custas processuais pagas, conforme o caso. Sem honorários, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/09.

Dê-se ciência do presente ato sentencial ao Estado de Goiás e à autoridade nominada coatora, nos termos do que dispõe o artigo 13, da Lei nº 12.016/2009.

Sentença sujeita à remessa necessária. (...)

Opostos embargos de declaração (movimento 57) pelos impetrantes, entretanto, rejeitados consoante decisão de movimento 76.

O Estado de Goiás insurgiu-se contra a sentença através do recurso de apelação interposto ao movimento 64, oportunidade em que afirmou a ausência de direito líquido e certo a amparar a ação mandamental haja vista a legalidade da revogação das isenções concedidas pela Lei nº 17.442/2011, razão pela qual requer seja denega a segurança pretendida na exordial.

Por sua vez, em síntese, as impetrantes/segundas apelantes (movimento 85) buscam a reforma do ato judicial vergastado uma vez que, apesar de reconhecer a possibilidade de compensação do eventual crédito, indeferiu o pedido de compensação porquanto entendeu pela ausência de provas de liquidez e certeza do referido crédito.

Subsidiariamente, em atenção ao princípio da eventualidade, pugnam seja reconhecido o direito das apelantes ao menos em obter a restituição pela via dos precatórios em relação aos pagamentos indevidos realizados após a impetração do mandado de segurança.

Consoante relatado inicialmente, o Estado de Goiás, após instado a manifestar-se sobre possível ofensa ao princípio da dialeticidade suscitado nas contrarrazões, o primeiro apelante compareceu aos autos através do petítório de movimento 123, oportunidade em que apresentou desistência do recurso apelatório interposto pelo ente estatal.

Não obstante isso, após inserido o relatório (movimento 125), com inclusão do feito em pauta de julgamento, o Estado de Goiás (primeiro apelante) comparece novamente aos autos ao movimento 141, ocasião em que informa a ocorrência de equívoco quanto ao pedido de desistência formulado pelo ente estatal (movimento 123) e requer o regular processamento do apelo interposto, haja vista que ainda não houve homologação nos termos do artigo 200 do Código de Processo Civil.

Estabelecidas as premissas, examina-se.

1. Juízo de admissibilidade

Presentes os pressupostos do duplo grau de jurisdição, consoante dicção do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09, conheço da remessa necessária.

De igual modo, preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, notadamente de cabimento (próprio), legitimidade, tempestividade e preparo (dispensado por lei no primeiro apelo e comprovado no movimento 85, arquivo 02 do segundo apelo), conheço de ambos os recursos de apelação cível interpostos.

2. Mérito da controvérsia recursal

Prefacialmente, pontua-se que em razão da convergência das matérias tratadas em ambos os apelos, passa-se à análise das insurgências conjuntamente.

Em proêmio, mister se faz assinalar que o mandado de segurança consubstancia-se em instrumento constitucional colocado a disposição da pessoa física ou jurídica para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, quando não amparado por outros remédios constitucionais, conforme definem os artigos 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, e artigo 1º da Lei 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança).

Acerca do tema, o doutrinador Hely Lopes Meireles preleciona que:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável 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.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 38).

A condição indispensável do *writ* é a demonstração de plano da liquidez e da certeza do direito invocado, cuja comprovação se faz por intermédio de provas que devem acompanhar a exordial, vez que é cediço que a ação mandamental não admite dilação probatória.

Depreende-se dos autos que as empresas apelantes impetraram o presente mandado de segurança em razão de suposto ato ilegal e abusivo atribuído ao superintendente da Receita da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, integrante da pessoa jurídica de direito público estatal, consubstanciado na alteração sistemática da apuração e recolhimento de ICMS para os contribuintes que cumpriram todas as condições onerosas do benefício fiscal concedido, por prazo determinado, pela Lei nº 17.442/2011.

Nas razões da insurgência, as impetrantes apontam o direito líquido e certo de apurar e recolher o ICMS preservando as diretrizes firmadas no Termo de Acordo de Regime Especial nº 196/15-GSF, posteriormente alterado pelo TARE nº 021/17-GSF (“TAREs 196/15 e 021/17”), cujos benefícios fiscais foram concedidos ao grupo econômico de que participam, por prazo certo (até 31 de dezembro de 2031) e sob diversas condições onerosas, as quais afirmam serem cumpridas regularmente consoante as disposições da Lei nº 17.442/11, da Lei nº 20.367/18, e do Decreto nº 4.825/97 (Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – “RCTE-GO”).

Relatam que “por meio de alterações legislativas que visam a modificação de regras para fruição do referido tratamento tributário diferenciado (em 2018 e 2019), o Estado de Goiás vem tentando mitigar os benefícios fiscais concedidos originalmente pela Lei 17.442/11, em clara afronta aos princípios da não surpresa, da legítima expectativa, da boa-fé e da norma prevista no artigo 178, do CTN, convalidada pela Súmula 544, do STF”.

Desse modo, impetraram a ação mandamental com vistas a obtenção do reconhecimento de que a Lei nº 20.590/19 não deve produzir efeitos em relação aos benefícios acordados nos TAREs celebrados pela COTY em nome do seu grupo econômico com o Estado de Goiás. Assim, buscam ter assegurado o direito líquido e certo de usufruírem do benefício fiscal nos termos da Lei nº 17.442/11 e dos TAREs, sem as alterações promovidas pela Lei nº 20.590/19, suspendendo a exigibilidade das diferenças de ICMS decorrentes da manutenção dos termos originais até o deslinde final da presente ação.

Outrossim, entre os pedidos formulados na exordial, restou assentado também o reconhecimento do direito creditório das impetrantes no que pertine a valores porventura recolhidos em razão das alterações e inclusões promovidas pela lei supramencionada, bem como da possibilidade de restituição desses valores por meio de escrituração do crédito ou compensação, observados os prazos prescricionais e a lei de regência à época do encontro de contas.

Após o regular trâmite processual, o magistrado singular proferiu sentença meritória (movimento 53) ocasião em que reconheceu a ilegalidade da revogação do benefício fiscal anteriormente concedido às impetrantes, antes de transcorrido o prazo convencionado nos TAREs mencionados nas linhas volvidas.

Consoante já relatado, as impetrantes/segundas apelantes pretendem a continuidade do benefício fiscal concedido nos termos da Lei nº 17.442/11 e com fulcro nas mesmas regras firmadas no Termo de Acordo de Regime Especial e demais TAREs, porquanto as alterações promovidas pela Lei Estadual nº 20.590/19 violam o artigo 178 do CTN, bem como o enunciado sumular 544 do Supremo Tribunal Federal em relação ao direito adquirido.

Por seu turno, o Ente Estatal afirma a ausência de direto líquido e certo a amparar a presente ação mandamental, notadamente em razão da legalidade da revogação das isenções concedidas pela Lei nº 17.442/2011, bem como inexistência de violação ao artigo 178 do Código Tributário Nacional e à Súmula 544 do Supremo Tribunal Federal ao direito adquirido, motivo pela qual pugna pela reforma integral da sentença fustigada e, conseqüentemente, pela denegação da segurança pretendida na situação em debate.

Pois bem. Aqui importante fazer uma breve explanação no que pertine aos benefícios fiscais concedidos sob condição onerosa, como é o caso debatido nos autos.

O Código Tributário Nacional, em seus artigos 176 a 179, defende, em relação às isenções onerosas, seu nascimento por meio de lei que especifique as condições e requisitos para sua concessão, como ocorreu, assim como determina que simples despacho da autoridade administrativa poderá concedê-la, proibindo que sejam revogadas a qualquer tempo, vejamos:

“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.

(...)

Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art.104. (Redação dada pela Lei Complementar nº 24, de 1975)

Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.”

Em análise dos dispositivos legais retrotranscritos, nota-se que não se pode impedir o legislador de editar uma lei revogando uma isenção.

Não obstante isso, as isenções onerosas não podem ser livremente suprimidas, com amparo na mera conveniência do legislador tributário. Assim, a lei que concede a isenção onerosa pode até ser revogada, mas seus efeitos continuarão pelo período nela previsto, tendo o sujeito passivo o direito de se beneficiar até o seu instante final.

Sobre o tema, pertinente reproduzir entendimento anotado pelo eminente Ministro Gurgel de Faria, ao julgar o Recurso Especial nº 1.310.341/AM, “embora o art. 178 do CTN e a Súmula 544 do STF tratem de uma regra a ser observada nas isenções concedidas sob condições onerosas, veiculam, em verdade, norma derivada diretamente do princípio constitucional da segurança jurídica, daí porque servem ao reforço da conclusão pela necessidade de manutenção dos termos fixados no benefício fiscal cuja concessão se dá mediante o preenchimento de condições onerosas.” (STJ, 1ª Turma, REsp 1310341/AM, Relator Ministro Gurgel de Faria, julgado em 13.12.2018, REPDJe 26.02.2019, DJe 25.02.2019).

Destaca-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal, em análise de caso análogo ao dos autos, editou o enunciado da Súmula nº 544 que assim dispõe:

“Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.”

O colendo Superior Tribunal de Justiça corroborou o entendimento de que as isenções onerosas e por prazo determinado, por força do artigo 178 do Código Tributário Nacional, não podem ser revogadas unilateralmente pelo ente público que as concedeu:

Tributário. Pis e Confins. Alíquota zero. Programa de inclusão digital. Lei 11.196/2005. "Lei do Bem". Instituição da alíquota zero por prazo certo e sob condições onerosas. Revogação antes do prazo final. Impossibilidade. Violação ao art. 178 do CTN. Histórico da demanda 1. A parte recorrente aponta violação ao artigo 178 do Código Tributário Nacional. Sustenta que a redução da alíquota a zero, no caso em que a exoneração é condicionada e feita por prazo certo, tem os mesmos efeitos jurídicos que a isenção, qual seja: não exigir o tributo. Dessa forma, advoga que é possível, por analogia, aplicar a regra prevista no art. 178 do CTN, que estabeleceu a fruição de benefício, por prazo certo e determinado, de alíquota zero do PIS e da COFINS, referente ao Programa de Inclusão Digital (PID), disposto nos arts. 28 a 30 da Lei nº 11.196/2005. O prazo da alíquota zero foi prorrogado pelo art. 5º da Lei nº 13.097/2015, até 31.12.2018. Contudo, por meio do art. 9º da Medida Provisória 690/15, posteriormente convertida na Lei 13.241/15, o benefício foi extinto de forma prematura em 31.12.2016. Afirma que possui direito ao benefício até 31.12.2018. 2. O Supremo Tribunal Federal, em caso similar, ao julgar o RE 1.124.753, entendeu que a matéria em análise é de cunho infraconstitucional. Em acórdão publicado em 23.3.2022, decidiu-se que "a questão da revogação da alíquota zero do PIS e da COFINS incidente sobre a venda de aparelhos de informática concedida pela chamada 'Lei do Bem' foi analisada apenas sob a ótica do artigo 178 do Código Tributário Nacional. (...) Entendo, portanto, que é de se aplicar o art. 1.033 do CPC a fim de determinar a remessa dos autos ao eg. Superior Tribunal de Justiça, a fim de que o tema seja analisado sob a ótica infraconstitucional." Dessa forma, deve esta Corte Superior apreciar o mérito recursal. Da instituição da alíquota zero sob condição onerosa e por prazo certo: violação ao art. 178 do CTN 3. A matéria em questão possui peculiaridades: verifica-se que, além da alíquota zero ter sido instituída por prazo certo, as condições fixadas pela lei para a fruição da exoneração tributária possuem caráter oneroso. Isso porque a Medida Provisória nº 535/2011, convertida na Lei nº 12.507/2011, acrescentou o parágrafo 4º ao art. 28 da Lei 11.196/2005, no qual se requer inserção, nas notas fiscais emitidas pelo produtor, pelo atacadista e pelo varejista, da expressão "Produto fabricado conforme processo produtivo básico", com a especificação do ato que o aprova. 4. A exigência de que a empresa deva se submeter a um processo específico de produção caracteriza a onerosidade para usufruir da redução da alíquota zero. Houve, assim, quebra da previsibilidade e confiança, o que ocasiona violação à segurança jurídica em relação aos contribuintes que tiveram que se adequar às normas do Programa de Inclusão Digital. Portanto, ficou violado o art. 178 do Código Tributário Nacional, ainda que, na matéria em questão, trate-se de revogação de alíquota zero. 5. Constata-se a onerosidade, também, ao haver previsão na lei (art. 28, § 1º, da Lei 11.196/2005, regulamentado pelo art. 2º, do Decreto 5.602/2005) de que para a fruição da alíquota zero o contribuinte se submetia a um

limite de preço para a venda de seus produtos. 6. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que o gozo da alíquota zero pelos varejistas demandou contrapartidas, condições, e que ela foi onerosa, de modo que, em relação a suas atividades, não se consideram válidas as disposições contidas no art. 9º da MP 690/2015, convertida na Lei 13.241/2015, que revogaram a previsão de alíquota zero da Contribuição ao PIS e da COFINS, estabelecida na Lei 11.196/2005. Houve, portanto, violação do art. 178 do CTN, de modo que deve ser assegurado aos contribuintes envolvidos no Plano de Inclusão Digital a manutenção da desoneração fiscal onerosa até o prazo previsto no diploma legal revogado. A propósito: AgInt no REsp 1.854.392/SP, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 17.09.2021, REsp 1.725.452/RS, Relator p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 15.06.2021 e REsp 1.845.082/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 15.06.2021. Conclusão 7. Recurso Especial conhecido para dar lhe provimento. (STJ - REsp: 1987675 SP 2022/0053737-1, Data de Julgamento: 21.06.2022, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 27.06.2022)

Nesse toar, escoreita a sentença ao declarar a ilegalidade da revogação do benefício fiscal anteriormente concedido às impetrantes, de modo que as alterações perpetradas pela Lei nº 20.590/19 não devem alcançar as recorrentes naquilo que lhes prejudiquem, notadamente até que seja expirado o prazo final acordado entre as partes por meio dos Termos de Acordo de Regime Especial entre elas convencionado.

Feitas as digressões alhures, tem-se que o apelo manejado pelo Estado de Goiás (movimento 64) bem como o reexame necessário não comportam provimento.

Estabelecidas essas premissas iniciais e volvendo-se ao exame da matéria cognoscível dos autos, infere-se que o ponto nodal da controvérsia posta sob debate nas razões do segundo apelo (movimento 85) cinge-se em perquirir a possibilidade de restituição do indébito via execução do julgado por meio de compensação ou precatório, consoante pleiteado pelas segundas apelantes.

Pois bem. Em prelúdio, impende consignar que, em que pese o teor exarado na Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”, imperioso destacar que as segundas apelantes visam alcançar com a presente ação, não somente a declaração do direito à compensação, mas sim a própria compensação, o que não é cabível através da ação mandamental uma vez que não admite dilação probatória, de modo que o direito líquido e certo a ser amparado deve estar devidamente comprovado, inexistindo questões a serem dirimidas.

De se ressaltar, ainda, que o pedido em debate apresenta nítido caráter de restituição, notadamente por tratar-se de valores pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria, em consonância com a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal. De igual modo, não se apresenta o mandado de segurança como substituto de ação de cobrança (Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal).

Em situações análogas, já se pronunciou essa Corte de Justiça:

Ementa: Apelação Cível. Mandado de segurança. I - Exigibilidade do ICMS-DIFAL. Empresa optante do Simples Nacional. Tema 517 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. O

Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 970.821/RS, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 517), firmou a seguinte tese: “É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos”. Embora seja inegável o caráter vinculante da orientação fixada, esta não se aplica à hipótese em análise, pois, no caso paradigma, havia lei em sentido estrito editada pelo Estado do Rio Grande do Sul, disciplinando o artigo 13, inciso XIII, alínea “g”, da Lei do Simples, o que não ocorre na espécie. II - Não Aplicação. Ausência de lei em sentido estrito. Nos presentes autos, a exigência do diferencial de alíquota de ICMS pelo Estado de destino, optante do simples nacional, nas aquisições de mercadorias destinadas à comercialização, tem como fundamento legal o Decreto nº 9.194/2017 do Poder Executivo, o qual é inconstitucional por ofensa ao princípio da legalidade, inexistindo lei em sentido estrito no âmbito estadual disciplinando a cobrança. A previsão da antecipação do DIFAL na lei complementar do simples, reputada materialmente constitucional pelo STF (RE 970821-RS), possui caráter nacional e geral, não dispensando a regulação por lei em sentido estrito pelos estados (artigo 97, CTN). III - Princípio da legalidade. Inexigibilidade da exação. Amoldando-se o caso em apreço à situação analisada pelo RE 598677, é manifesta a inobservância do princípio da legalidade e inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 9.104/2017, o que, via de consequência, enseja a inexigibilidade da exação. IV - Inconstitucionalidade do Decreto Estadual 9.104/2017. Desnecessária a observância da cláusula de reserva de plenário (artigo 949, parágrafo único, CPC), pois, apesar da pendência da ADI 5399713.60, ajuizada nesta Corte de Justiça, verifica-se a existência de duas decisões plenárias do STF, proferidas no julgamento dos REs 970.821/RS e 598.677/RS, com repercussão geral reconhecida, acerca das matérias debatidas. V - Declaração do direito à compensação tributária. Conquanto o mandado de segurança seja ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária (Súmula nº 213/STJ), não se admite em seu bojo a dilação probatória (5º, LXIX, da Constituição Federal e art. 1º da Lei nº 12.016/2009), tampouco sua utilização como substitutivo de ação de cobrança (Súmula nº 269 do STF). Comprovada a posição de credor tributário, merece ser reconhecido o direito da impetrante de restituição/compensação, ficando autorizada a lançar em sua escrituração fiscal os referidos créditos de ICMS recolhidos indevidamente devendo, todavia, o pedido de restituição/compensação de valores específicos ser formulado na esfera administrativa ou em ação judicial própria, mediante a comprovação cabal do pagamento indevido. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. (TJGO, Processo Cível e do Trabalho. Recursos. Apelação Cível 5538237-49.2018.8.09.0051, Relatora Desembargadora Ana Cristina Ribeiro Peternella França, 7ª Câmara Cível, julgado em 11.10.2022, DJe de 11.10.2022)

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados:

Administrativo. ICMS. Compensação. Utilização do mandado de segurança. Impossibilidade. Enunciado nº 213/STJ. I - Primeiramente, cumpre destacar que o Tribunal de origem concedeu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo contribuinte para "reconhecer o

direito da impetrante de excluir da base de cálculo de ICMS os valores referentes às mercadorias dadas em bonificação, do momento da impetração para o futuro", tendo em vista não ser possível, pela via mandamental, realizar a compensação dos tributos indevidamente pagos antes da impetração do aludido mandado de segurança. II - Nesse contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, em que pese ser possível, por meio de mandado de segurança, a declaração do direito à compensação de créditos ainda não atingidos pela prescrição (Súmula nº 213 do STJ), a via mandamental não é apta a produzir efeitos patrimoniais pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Súmula nº 271/STF). Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.032.984/PE, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21.11.2017, DJe 27.11.2017; AgRg no AREsp 593.508/BA, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.03.2015, DJe 06.04.2015. III - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1770495/RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05.09.2019, DJe 16.09.2019)

Processual civil e tributário. Agravo regimental no recurso especial. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. Compensação tributária realizada. Dilação probatória. Recurso especial nº 1.124.537/SP, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC. 1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que é cabível a impetração do mandado de segurança para declaração do direito à compensação de tributos indevidamente pagos, conforme a Súmula nº 213/STJ. Entretanto esse entendimento não contempla a hipótese de convalidação das compensações de créditos já efetuadas por iniciativa do próprio contribuinte, Súmula nº 460/STJ, porquanto necessária a dilação probatória. 2. Na espécie, o agravante não produziu prova acerca de seu alegado direito e o acórdão recorrido afirmou ser inviável o pronunciamento judicial acerca da legalidade de procedimento de compensação de crédito cuja existência não foi comprovada pelo impetrante. O acolhimento do recurso especial, portanto, não dispensava o reexame de prova, razão pela qual aplicada a Súmula nº 7 deste Tribunal. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1248718/SC, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28.06.2011, DJe 01.07.2011)

Outrossim, pertinente rememorar a tese firmada no Tema Repetitivo 118, por ocasião do julgamento dos REsp 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que, quando o contribuinte pleitear juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação sobre a liquidez e a certeza dos créditos, ou quando o crédito depender de quantificação, a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental, confira-se:

"(a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera

administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação". g.

Nessa senda, verifica-se que não obstante a possibilidade de declarar a compensação nos autos da ação mandamental pleiteado pelas impetrantes, denota-se que a situação a amparar o referido procedimento não restou devidamente demonstrada na espécie, mormente pela circunstância dos autos não se enquadrar na disposição da Súmula 213 do STJ, motivo pelo qual não há se falar em reforma da sentença quanto ao ponto haja vista ser incabível o pedido realizado nessa ação mandamental.

No mesmo sentido pronunciou-se a Procuradoria-Geral de Justiça, cujo parecer transcreve-se (movimento 118):

“Outrossim, com relação ao pedido de compensação, ressalta-se previsto na Súmula 213 do STJ que “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”.

Todavia, cediço que o mandado de segurança deve estar amparado em direito líquido e certo que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração, não admitindo dilação probatória (5º, LXIX, da Constituição Federal e art. 1º da Lei nº 12.016/2009), e também não é substitutivo de ação de cobrança (Súmula nº 269 do STF).

Por ocasião do julgamento dos REsp nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP (tema repetitivo nº 118), o STJ fixou o entendimento de que, quando o contribuinte pleitear juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação sobre a liquidez e a certeza dos créditos, ou quando o crédito depender de quantificação, a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

Destarte, como as apelantes não cuidaram de juntar aos autos prova da liquidez e certeza dos créditos por elas recolhidos, a restituição/compensação deverá ser postulada na esfera administrativa ou em ação judicial própria.”

Nesse contexto, imerece reparos a sentença que não conheceu do pedido de compensação/restituição nos termos vindicados na peça de insurgência, impondo-se, por consequência, o desprovimento do recurso de apelação cível interposto pelas impetrantes (Movimento 85).

3. Honorários recursais

Sem condenação em honorários advocatícios por serem incabíveis na espécie, de acordo com o artigo 25 da Lei Federal nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, e Súmulas 512 do excelso Supremo Tribunal Federal e 105 do colendo Superior Tribunal de Justiça.

4. Dispositivo

Ante ao exposto, e acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço da remessa necessária e dos recursos de apelação cível e nego-lhes provimento para manter incólume a sentença objurgada por esses e seus próprios fundamentos que incorporam o presente julgado.

É o voto.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Anderson Máximo de Holanda - Relator

Remessa Necessária em Mandado de Segurança nº 5449852.91.2019.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Autor: F.P. José - Eletromóveis Distribuidora - ME

Réu: Superintendente de Controle e Fiscalização da Receita Estadual de Goiás

Litpas: Estado de Goiás

Apelação Cível

1º Apelante: F.P. José - Eletromóveis Distribuidora - ME

2ª Apelante: Estado de Goiás

1º Apelado: Estado de Goiás

2º Apelado: F.P. José - Eletromóveis Distribuidora - ME

Relator: Des. Fabiano Abel de Aragão Fernandes

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA. DUPLO APELO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGIBILIDADE DO ICMS-DIFAL. EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. *DISTINGUISHING* DA SÚMULA Nº 78 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA 456 DA REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI EM SENTIDO ESTRITO. INEXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. COMPENSAÇÃO. INADEQUADA. SENTENÇA REFORMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I - Embora não se desconheça o teor da Súmula nº 78 desta egrégia Corte estadual, cumpre realizar um *distinguishing* no caso em exame, diante das particularidades demonstradas nos autos. Isso porque, em uma interpretação a contrário sensu da parte final deste enunciado, tem-se imprescindível a aplicação do Tema 456 do STF quando a cobrança do ICMS-DIFAL (Simples Nacional) for antecipada.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 598.677/RS, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 456), firmou a seguinte tese: “A antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à

ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito. A substituição tributária progressiva do ICMS reclama previsão em lei complementar federal”.

III - Da detida análise do inciso I do artigo 6º do Decreto estadual nº 9.104/2017, vê-se que, no âmbito do Estado de Goiás, a obrigação tributária para o pagamento do DIFAL nasce da aquisição da mercadoria, independente de sua venda.

IV - Não se trata de mera definição de prazo para pagamento de tributo, mas de verdadeira antecipação do fato gerador do ICMS, o qual passaria a incidir quando da entrada da mercadoria no estado de destino.

V - Não é possível que decreto venha a instituir a cobrança antecipada de ICMS devido pelo próprio contribuinte, nas hipóteses em que a mercadoria tenha origem em outro Estado e seja destinada a comercialização futura, como ocorre aqui.

VI - Neste Estado o Decreto estadual nº 9.104/2017 seja inválido, posto que a própria Súmula nº 78 desta egrégia Corte já declarou sua higidez. No entanto, a antecipação do fato gerador exige a edição de lei em sentido estrito, inclusive como ressalvado na parte final do referido preceito sumulado, ao indicar que “não se aplica o Tema 456 do STF na hipótese em que não há antecipação da cobrança da futura venda da mercadoria”.

VII - Havendo antecipação do fato gerador do tributo, deve ser aplicado o Tema 456 do STF, às empresas optantes do Simples Nacional.

VIII - Postulando a contribuinte, também, a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, impositivo o seu deferimento, ressalvando-se que o ajuste de contas será realizado posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento será submetido à verificação pelo Fisco, respeitando-se o prazo prescricional de 5 anos previsto no Dec. 20.910/32, a contar da data do pedido administrativo. PRIMEIRO APELO CONHECIDO E PROVIDO. SEGUNDO APELO PREJUDICADO. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Remessa Necessária em Mandado de Segurança nº 5449852-91.2019.8.09.0051.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes da Quinta Turma Julgadora da 7ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, em conhecer do primeiro apelo e da remessa

necessária e dar provimento ao primeiro e negar provimento ao segundo, restando prejudicado o segundo apelo, nos termos do voto do relator.

Votaram, além do relator, os componentes da turma, nominados(as) no extrato da ata constante dos autos.

Presidiu a sessão o Desembargador Fabiano Abel de Aragão Fernandes.

Esteve presente à sessão o(a) douto(a) representante da Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos da lei, conforme registrado no extrato da ata.

Goiânia, 06 de junho de 2023.

F. A. de Aragão Fernandes – Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do reexame necessário e do primeiro apelo, deles conheço.

Trata-se de Reexame Necessário e Duplo Apelo, estes interpostos por F.P. José – Eletromóveis Distribuidora – ME e Estado de Goiás, contra a sentença proferida pelo Excelentíssimo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Gustavo Dalul Faria, no evento 49 dos autos do mandado de segurança impetrado pelo primeiro apelante contra ato do Superintendente de Controle e Fiscalização da Receita Estadual de Goiás.

Conforme relatado, na inicial, o impetrante objetivou o reconhecimento do direito líquido e certo ao não recolhimento do ICMS correspondente à diferença entre alíquota interna utilizada no Estado de Goiás e a alíquota interestadual aplicável (DIFAL), na aquisição interestadual de mercadoria destinada a comercialização efetivada por contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional.

Afirmou ser contribuinte do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – ICMS e optante do simples nacional.

Questionou a legalidade e a constitucionalidade da exigência do diferencial de alíquota – DIFAL do Decreto nº 9.104/2017, pelo Estado de Goiás, por intermédio da autoridade coatora, pois feriria seu direito líquido e certo quanto a tratamento diferenciado e favorável ao regime de tributação escolhido e que limita o poder de tributação por parte do Estado.

Requeru a concessão de liminar para suspender a exigibilidade da cobrança do DIFAL regulada pelo Decreto Estadual 9.104/2017.

Ao final, pugnou pela confirmação da liminar, com a concessão da segurança para que a impetrada se abstenha de exigir o tributo denominado DIFAL. Almeja, ainda, a compensação dos tributos já recolhidos, devidamente atualizados.

Concedida a tutela antecipada, nos termos pleiteados pela parte impetrante (evento nº 07).

O Estado de Goiás apresentou defesa, pugnano pela suspensão do feito até o julgamento do tema 517 (RE 970.821) pelo STF (evento nº 18).

Preliminarmente, suscitou as teses de decadência e impossibilidade de compensação/restituição por mandado de segurança.

No mérito, pugnou pela denegação da segurança, defendendo que o Decreto Estadual 9.104/2017 não instituiu nova hipótese de incidência do ICMS, somente afastou a exclusão da cobrança, restabelecendo imposição tributária preexistente. Indicou, ainda, sua vinculação ao princípio da legalidade.

Percorridos os trâmites processuais pertinentes, sobreveio a sentença, proferida nos seguintes termos (evento nº 49):

Posto isto, concedo parcialmente a ordem, para afastar a exigência do pagamento de diferencial de alíquota – DIFAL, pela impetrante, optante do Simples Nacional, nas aquisições realizadas em outros Estados e no Distrito Federal, sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto (antecipação do fato gerador sem substituição tributária), em período anterior à edição da Lei estadual nº 20.945/20, que acrescentou ao Código Tributário do Estado de Goiás, (regra a respeito da antecipação tributária sem substituição), os incisos VIII e XIII aos artigos 11 e 13, respectivamente, anulando, de consequência, débitos fiscais que tenham por base, este fato gerador específico.

Revogo parcialmente liminar eventualmente deferida, anteriormente, mantendo os efeitos apenas em relação à parcela da pretensão reconhecida.

Determino ainda que o Estado de Goiás se abstenha de incluir o nome da autora no CADIN e de protestar os referidos débitos, ou apontá-los na conta corrente (extrato de situação fiscal), de modo que não sejam óbice à emissão de certidão positiva com efeitos de negativa, sob pena de multa diária, em relação as débitos fiscais que tem por base, o fato gerador decorrente de aquisições realizadas em outros Estados e no Distrito Federal, sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto (antecipação do fato gerador sem substituição tributária), em período anterior à edição da Lei estadual nº 20.945/20.

Custas divididas em 80% para a parte autora e 20% para o Estado de Goiás, visto que este foi sucumbente em parte menor.

Sem honorários.

Os aclaratórios opostos por ambos os polos foram rejeitados (evento nº 64).

Contra o édito sentencial, o impetrante interpõe o primeiro apelo (evento nº 67).

Em suas razões, aduz que a discussão ocorrida no julgamento no Tema 517 não abarca a situação trazida aos autos, quanto à cobrança sem legislação estadual.

Reforça que o referido tema apenas definiu a possibilidade da cobrança, sob a ótica da constitucionalidade às empresas optantes do Simples Nacional, insuficiente, portanto, sua aplicação para resguardar a possibilidade de realização da cobrança sem previsão em lei ordinária estadual.

Alega que a LC 123/2006 não tem o condão de regulamentar a cobrança de ICMS-DIFAL em nenhuma Unidade Federativa, tampouco em Goiás, mas apenas editar normas gerais, conforme sua função constitucional. E ainda esclarece que esta lei não regulamenta especificamente a situação do ICMS, mas a aplicação de cobranças diferenciadas às ME e EPPs.

Argumenta que o apelado insiste na realização da cobrança com base em um decreto que se fundamenta na mencionada Lei Complementar 123/2006, estando verificada a afronta ao artigo 150 da

CF/88, porquanto exige o ICMS/DIFAL e conseqüentemente o aumento de tributo sem lei que o estabeleça.

Sustenta que havendo uma cobrança com base numa aquisição para posterior revenda (saída da mercadoria do estabelecimento contribuinte), há de se reconhecer a existência de antecipação do fato gerador.

Considera que a cobrança decorrente do Decreto 9.104/2017 ocorre de maneira antecipada, não levando em conta a ocorrência ou não do fato gerador, qual seja, a saída ou ato de mercancia praticado pelo contribuinte, inaplicável portanto a redação da alínea “h”, do art. 13, § 1º. XIII da LC 123/2006.

Invoca o Tema 456 julgado pelo STF e roga por sua aplicabilidade para a concessão da segurança vindicada.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença hostilizada e conceder integralmente a segurança, reconhecendo a cobrança antecipada e a aplicação do Tema 456 do STF.

Almeja, ainda, a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes, com a determinação da abstenção da cobrança indevida em face do tributo em discussão.

Requer, também, a compensação dos tributos já recolhidos, devidamente atualizados, sob pena de violação ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito.

O Estado de Goiás avia o segundo apelo (evento nº 70), suscitando preliminarmente nulidade da sentença, por ser **extra petita**.

Argumenta, neste ponto que, se os pedidos e a causa de pedir referem-se tão somente ao Decreto Estadual 9.104/2017 que dá cumprimento ao artigo 13, § 1º, XIII, ‘h’ da LC 123/2006 mencionando apenas às aquisições não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, a parte do **decisum** referente ao regime de antecipação do recolhimento do imposto não prospera, devendo ser extirpada.

Destaca que, na decisão proferida no Tema 456, o contexto fático subjacente não é o mesmo do Estado de Goiás, na medida em que o Estado do Rio Grande do Sul promovia a antecipação do fato gerador do tributo para o momento da entrada da mercadoria no território estadual, como se colhe do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, no RE 598677/RS, o que não se promove por meio do Decreto Goiano 9.104/17.

Apona que, visando pacificar a cizânia concernente aos inúmeros questionamentos relativos à legalidade do Decreto 9.104/2017, assim como a junção indevida dos Temas 517 e 456, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, através do seu Órgão Especial, editou a Súmula nº 78, defendendo sua aplicação ao caso.

Sobreleva que o art. 927 do CPC estabelece, aos juízes e aos órgãos colegiados que compõem a Corte Estadual Goiana, o dever de atuarem em simetria com o entendimento pavimentado pelo seu Órgão Especial, externado através do enunciado de suas súmulas.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para cassar a sentença e, estando a causa madura, seja julgada improcedente, nos termos do artigo 1.013, § 3º do CPC.

A síntese. Passo ao caso.

De início, observo que as matérias tratadas nos apelos se confundem com a remessa necessária, de modo que as analisarei concomitantemente.

Na espécie, a controvérsia instaurada na lide se refere à (in)constitucionalidade e à (i)legalidade da cobrança do “DIFAL-ICMS”, compreendido na diferença de alíquota existente nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do ICMS, localizado em outro Estado da Federação, conforme previsto no artigo 155, § 2º, inciso VII, da Constituição Federal. Noutros termos, a cobrança do respectivo tributo em face das empresas optantes do Simples Nacional.

Com efeito, ao dispor sobre o ICMS, a Constituição Federal assim estabelece em seu artigo 146, inciso III, alínea “a” e artigo 155, § 2º, inciso XII, **in verbis**:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

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:

(...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

O Código Tributário Estadual (Lei nº 11651 de 26.12.1991), por seu turno, no Título II, disciplina o imposto glosado, **ad litteram**:

“TÍTULO II – DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO - ICMS

CAPÍTULO I - DA INCIDÊNCIA

SEÇÃO I - DO FATO GERADOR

SUBSEÇÃO I - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 11. O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias;

II - fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

III - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços:

a) não compreendidos na competência tributária dos municípios;

b) compreendidos na competência tributária dos municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do ICMS;

IV - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

V - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. (Redação dada pela Lei nº 12.972, de 27.12.1996)

§ 1º O imposto incide, também, sobre: (Redação dada pela Lei nº 12.972, de 27.12.1996, DOE GO de 30.12.1996)" (g.)

Outrossim, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, em seu artigo 13, § 1º, inciso XIII, alíneas "g" e "h", conquanto não tenha instituído o recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS nos Estados e DF, autorizou a sua incidência quando a empresa adquire bens de outro estado sem estar na qualidade de contribuinte final, a saber:

"Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;" (Destacou-se).

A par disso, o Estado de Goiás, por meio do Decreto Estadual 9.104/2017, regulamentou a cobrança do tributo em questão, estabelecendo em seu artigo 4º o seguinte:

Art. 4º O ICMS correspondente ao DIFAL (Simples Nacional), deve ser:

I - apurado a cada operação;

II - totalizado mensalmente pelo destinatário;

III - pago até o dia 10 (dez) do segundo mês seguinte ao da apuração, por meio de DARE 5.1 distinto, utilizando-se o código de detalhe de receita 4502.

No propósito de pacificar sua jurisprudência quanto a exigência do pagamento do DIFAL, este egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás editou a súmula nº 78, **ipsis litteram**:

Súmula nº 78 do TJGO. Não há se falar em incidência do princípio da anterioridade anual, no que concerne à nova sistemática imposta pela LC 190/22, referente ao DIFAL, porquanto não cria ou aumenta tributo, inexistindo qualquer irregularidade em relação ao Decreto Estadual 9.104/17, que apenas regulamentou a matéria, nos termos da LC 123/2006, conforme autorização do artigo 99 do Código Tributário Nacional. Não se aplica o Tema 456 do STF na hipótese em que não há antecipação da cobrança da futura venda da mercadoria, pois o art. 4º, incisos I a III, do mencionado decreto, disciplina claramente que o ICMS-DIFAL (Simples Nacional) deve ser apurado a cada operação, ou seja, somente se pagará o tributo no mês subsequente se efetuada a operação no mês anterior. (g.)

No entanto, por inteira pertinência, trago à colação a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 598.677/RS, que ensejou no tema 456:

A antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito. A substituição tributária progressiva do ICMS reclama previsão em lei complementar federal. (RE 598.677-RS em REG - tema 456, g.).

Ora, no cotejo entre o tema fixado pelo Supremo tribunal Federal e o preceito sumulado deste Eg. Tribunal (Súmula nº 78), afigura-se-me necessário o *distinguishing* no caso em exame, diante das particularidades demonstradas nos autos.

Aliás, melhor dizendo, não se trata de posicionamento contrário ao quanto disposto no referido preceito sumulado, senão sua aplicação exatamente na parte em que permite uma exceção à regra, quando as empresas optantes do simples recolher antecipadamente a cobrança às futuras vendas da mercadoria, como no caso em tratativa.

Isso porque, realizando uma interpretação a **contrario sensu** da parte final do enunciado em destaque, verifica-se a necessidade da aplicação do Tema 456 do STF quando a cobrança do ICMS-DIFAL (Simples Nacional) for antecipada, volto a repetir.

Com efeito, em se tratando de recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS, aplica-se a regra matriz de incidência do ICMS. Assim, em regra, o fato gerador do DIFAL deveria ser a venda da mercadoria.

Contudo, analisando o inciso I do artigo 6º do Decreto estadual nº 9.104/2017, vê-se que a obrigação tributária para o pagamento do DIFAL, no Estado de Goiás, nasce da aquisição da mercadoria, independente de sua venda, veja-se:

Art. 6º O contribuinte que efetuar a devolução da mercadoria em período posterior ao da aquisição pode:

I - deduzir o valor do ICMS correspondente ao DIFAL (Simples Nacional) pago quando da aquisição da mercadoria, do valor que tiver que pagar ao Estado de Goiás quando de futuras aquisições interestaduais; (g.)

Nesse contexto, forçoso concluir que, neste Estado, há uma antecipação da exigência desse tributo, o que, como visto, enseja a necessidade de se observar o Tema 456 do STF, impondo-se portanto a elaboração de lei em sentido estrito.

Ora, sendo assim, importa reportarmo-nos aos judiciosos fundamentos adotados pelo Ministro Relator Dias Toffoli, quando do julgamento do RE 598.677/RS (Tema 456), cujos excertos transcrevo porquanto sobremodo elucidativos:

Numa primeira aproximação da matéria, observo que a exigência da reserva legal não se aplica à fixação de prazo para o recolhimento do tributo (RE nº 140.669/PE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 18.05.2001).

Isso porque o tempo para o pagamento da exação não integra a regra matriz de incidência tributária (arts. 97 e 160 do CTN). Não há maiores questionamentos quanto ao prazo para o pagamento do tributo ser fixado pela legislação tributária após a verificação da ocorrência do fato gerador, caminho tradicional para o adimplemento da obrigação surgida. Como se sabe, o caminho comum para a satisfação da obrigação tributária é este: com a ocorrência do fato gerador, surge a obrigação tributária principal, de forma automática e infalível (como leciona Paulo de Barros Carvalho), a qual tem por objeto o pagamento da exação (ou a penalidade pecuniária), nos termos do art. 113 do CTN. Nasce para o contribuinte o dever de pagar o tributo; para o Fisco, o crédito adquire exigibilidade após o regular lançamento.

Nessa ordem de ideias, antes da ocorrência do fato gerador, não há obrigação tributária nem crédito constituído, ao menos nos moldes gerais fixados pelo CTN e estabelecidos na remansosa doutrina. Assim, não há que se falar em regulamentação de prazo de pagamento, uma vez que inexistente o dever de pagar.

Ao se antecipar o surgimento da obrigação tributária, o que existe, necessariamente, é, também, a antecipação, por ficção, da ocorrência do fato gerador da exação, já que a relação entre esse e aquela é “automática e infalível”, no dizer de Paulo de Barros de Carvalho. Apenas por lei isso é possível, já que o momento da ocorrência do fato gerador é um dos aspectos da regra matriz de incidência.

Portanto, a conclusão inafastável é pela impossibilidade de, por meio de simples decreto, como acabou fazendo o Fisco gaúcho, a pretexto de fixar prazo de pagamento, se exigir o recolhimento antecipado do ICMS na entrada da mercadoria no território do Rio Grande do Sul. Como visto, rigorosamente, de prazo de pagamento não se trata.

Não se argumente que a delegação prevista na Lei Estadual nº 8.820/89 seria suficiente para autorizar a antecipação do momento da ocorrência do fato gerador pela via de decreto estadual. Com efeito, o art. 24, § 7º, do diploma confere ao regulamento, de maneira genérica e ilimitada, a possibilidade de se exigir o recolhimento antecipado do imposto sempre que houver necessidade ou conveniência. Como se nota, o diálogo com o ato infralegal se deu em branco, o que não é admitido pela Corte.

Vai nesse sentido o RE nº 111.152/SP. Naquela assentada, restou consagrado na ementa que seria possível, ao menos em tese, a fixação por lei “como saída da mercadoria momento diferente daquele em que tal realmente se verifique”. Assim, entendeu a Corte que não deveria prevalecer a cobrança antecipada do tributo, instituída por decreto estadual, antes da remessa da mercadoria. Para o Ministro Aldir Passarinho, seria concebível, por ficção legal, estabelecer-se como momento da ocorrência do fato gerador momento diverso da saída do bem. Todavia, naquele caso, entendeu Sua Excelência que seria inconstitucional a delegação genérica contida na lei, a qual admitia a exigência do ICM antes da remessa da mercadoria, sem determinar, contudo, que momento seria esse.

(...)

Superada a questão da reserva legal para dispor sobre o momento da ocorrência do fato jurídico tributário, cabe analisar se a matéria está submetida à reserva de lei complementar (art. 146, III, b, c/c o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea b, da Constituição Federal).

(...)

No RE nº 499.608/PI-AgR, a Corte reiterou seu posicionamento. Para o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, a antecipação do diferencial de alíquotas de ICMS nas operações interestaduais está sujeita aos requisitos para a adoção desse instituto, entre eles, a previsão em lei. Para firmar seu convencimento, Sua Excelência valeu-se da citada ADI nº 3.426/BA. No caso, tratava-se de decreto do Estado do Piauí que exigia o recolhimento antecipado do tributo. Concluiu o STF que tal manobra, realizada exclusivamente por mero decreto, violava o princípio da legalidade. Na mesma direção vai o RE nº 592.716, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 02.09.2009.

De tudo quanto até aqui exposto, é de se observar que a jurisprudência da Corte, há muito, admite a figura da antecipação tributária, desde que o sujeito passivo (contribuinte ou substituto) e o momento eleito pelo legislador estejam vinculados ao núcleo da incidência da respectiva obrigação e que haja uma relação de conexão entre as fases, de modo que se possa afirmar que a fase preliminar é efetivamente preliminar da outra. A par disso, como, no regime de antecipação tributária sem substituição, o que se antecipa é o momento (critério temporal) da hipótese de incidência, entendo que as únicas exigências do art. 150, § 7º, da Constituição são as de que a antecipação se faça **ex lege** e o momento eleito pelo legislador esteja de algum modo vinculado ao núcleo da exigência tributária. A cobrança antecipada do ICMS constitui simples recolhimento cautelar enquanto não há o negócio jurídico da circulação sobre o qual a regra jurídica, quanto ao imposto, incide. Apenas a antecipação tributária com substituição é que está submetida à reserva de lei complementar, por determinação expressa do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea b, da Constituição.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é tranquila no sentido de que o regime de antecipação tributária sem substituição não está sujeito à disciplina de lei complementar. Nesse sentido vai o RMS nº 17.303/SE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.09.2004, cuja solução vem sendo adotada de forma mansa pelos demais Ministros daquela Corte Superior.

(...)

Em suma,

“(i) no regime de antecipação tributária sem substituição, o que se antecipa é o critério temporal da hipótese de incidência, sendo inconstitucional a regulação da matéria por decreto do poder executivo, já que o aspecto temporal do fato jurídico tributário está submetido à reserva legal.

(ii) O art. 150, § 7º, da Constituição exige somente que a antecipação no regime de tributação normal se faça **ex lege** e que o momento eleito pelo legislador esteja de algum modo vinculado ao núcleo da exigência tributária.

(iii) Somente para as hipóteses de antecipação do fato gerador do ICMS com substituição é que se exige, por força do art. 155, § 2º, XII, b, da Constituição, a previsão em lei complementar”.

No caso concreto, nego provimento ao recurso extraordinário, mantendo o acórdão recorrido, no qual se afastou a exigência contida em decreto estadual de recolhimento antecipado do ICMS quando da entrada de mercadorias em território gaúcho. (g.)

Embora de clareza solar a fundamentação do voto parcialmente transcrito, consigno que na espécie não se trata de mera definição de prazo para pagamento de tributo, mas de verdadeira antecipação do fato gerador do ICMS, o qual passaria a incidir quando da entrada da mercadoria no estado destino (Estado de Goiás).

Como assentado pelo Ministro Relator, também compreendo não ser possível que decreto venha a instituir a cobrança antecipada de ICMS devido pelo próprio contribuinte, nas hipóteses em que a mercadoria tenha origem em outro Estado e seja destinada a comercialização futura, como ocorre no território goiano.

Nesse cenário, como no caso em estudo a exigência do diferencial de alíquota de ICMS decorre de decreto autônomo do Poder Executivo, impossível sua exação, porquanto inexistente lei em sentido estrito no âmbito estadual que a discipline.

Sem maiores esforços, não se está aqui a afirmar que o Decreto estadual nº 9.104/2017 seja inválido ou inconstitucional, conquanto a própria Súmula nº 78 desta egrégia Corte reconheceu sua higidez.

No entanto, como dito, a antecipação do fato gerador exige a edição de lei em sentido estrito, inclusive como ressalvado na parte final do enunciado sumular, ao redarguir que “não se aplica o Tema 456 do STF nos casos em que não há antecipação da cobrança da futura venda da mercadoria”.

Diverso é o caso dos autos em que, indubitavelmente, há antecipação do fato gerador do tributo, não por presunção, suposição ou imaginação, mas porque assim é imposto às empresas optantes do simples (**ex vi** do artigo 6º do Decreto estadual nº 9.104/2017).

Em outras palavras, havendo a antecipação do fato gerador, aplica-se o precedente vinculante firmado no Tema 456 do STF, afastando a incidência do DIFAL aos optantes do Simples Nacional no âmbito do Estado de Goiás.

Da mesma sorte, impositiva a observância da tese fixada pelo STF, pelo Tema 517, ao dispor que “é constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples

Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos”.

Tanto assim que recentemente a Suprema Corte, provocada a se manifestar por meio da Reclamação Constitucional nº 57.003/GO, sob a Relatoria do Ministro Dias Toffoli, cassou a decisão deste eg. TJGO que mantinha a cobrança do DIFAL de ICMS a uma empresa goiana optante pelo Simples Nacional, cujo argumento era o enquadramento da matéria ao tema nº 517.

Na Decisão Monocrática que julgou dita Reclamação, o Relator esclareceu que o caso, diferentemente do que foi sustentado na decisão do TJGO, não se enquadrava no Tema nº 517, pois o contexto fático dele pressupunha a cobrança do tributo mediante lei ordinária estadual, o que não era o caso do Estado de Goiás, consoante se infere do seguinte excerto:

(...).

Como se nota, o presente caso não se enquadra no Tema nº 517, no qual, reitero, o ICMS-difal lá em discussão encontrava inequívoco amparo em lei estadual em sentido estrito. Nessa toada, percebe-se que, ao contrário do que consta da decisão reclamada, o Supremo Tribunal Federal, na apreciação desse tema, não reconheceu a legitimidade da cobrança, pelos estados, do ICMS-Difal em face das empresas do Simples Nacional sem estabelecer a reserva de lei em sentido estrito.

Ante o exposto, nos termos do art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno desta Suprema Corte, julgo procedente o pedido para cassar a decisão reclamada e determinar que outra seja proferida, com observância da fundamentação acima.

De modo correlato, o Ministro Luís Roberto Barroso, em sede da Reclamação 57.237/GO (publicada em 23.03.2023), acatando, até mesmo, que “a cobrança do diferencial de alíquota (DIFAL) no momento da ‘aquisição das mercadorias destinadas à comercialização ou produção rural’, conforme determinado no Decreto Estadual nº 9.104/2017, constitui forma de cobrança antecipada do ICMS. De modo que a controvérsia também tem ligação com a matéria objeto do RE 598.677, paradigma do Tema 456-RG”, senão vejamos:

(...) Nesses termos, o acórdão reclamado aplicou a tese firmada no julgamento do RE 970.821 (Tema 517-RG) a hipótese que não guarda similitude fática com aquela analisada no referido paradigma. Isso porque, no Estado de Goiás, o DIFAL-ICMS para as empresas optantes do Simples Nacional foi instituído por um decreto estadual e não por lei em sentido estrito. Logo, o recurso extraordinário interposto pelas reclamantes teve seguimento negado com base em aplicação, de forma equivocada, do paradigma de controle. Nesse sentido, cito a decisão da Rcl 57.003, Relator Ministro Dias Toffoli, proferida em caso envolvendo o mesmo decreto estadual, por meio do qual se entendeu que, ao contrário do posicionamento adotado na decisão reclamada, esta Corte, na apreciação do Tema 517-RG, não reconheceu a legitimidade da instituição e cobrança do ICMS-Difal em face das empresas do Simples Nacional, pelos Estados, sem observância da reserva de lei em sentido estrito.

20. Ademais, a cobrança do diferencial de alíquota (DIFAL) no momento da “aquisição das mercadorias destinadas à comercialização ou produção rural”, conforme determinado no Decreto estadual nº 9.104/2017, constitui forma de cobrança antecipada do ICMS. De modo

que a controvérsia também tem ligação com a matéria objeto do RE 598.677, paradigma do Tema 456-RG. Neste, a Suprema Corte debateu - embora na via do regime normal de tributação, e não na sistemática do Simples Nacional - sobre a “cobrança antecipada de ICMS no ingresso de mercadorias adquiridas em outro ente da federação”. Concluiu o colegiado que o momento da ocorrência do fato gerador é um dos aspectos da regra matriz de incidência e que, por isso, a sua antecipação somente é possível por lei em sentido estrito. Confirma-se a tese fixada no julgado:

A antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito. A substituição tributária progressiva do ICMS reclama previsão em lei complementar federal.

21. Diante do exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do RI/STF, confirmo a liminar anteriormente concedida e julgo parcialmente procedente o pedido, para cassar as decisões reclamadas (Autos nº 5132366-35.2020.8.09.0051), determinando que outra seja proferida com a observância do alcance das teses fixadas nos Temas 517 e 456 da repercussão geral. Prejudicado o agravo interno interposto contra a liminar. (...). (g.).

Logo, a toda evidência, não incidindo no caso em estudo o Tema 517, também não há se falar em cobrança do Diferencial de Alíquota do ICMS (DIFAL).

Portanto, com razão a primeira apelante, uma vez que, ainda que previsto a antecipação do recolhimento do tributo, sua regulamentação se deu por decreto sem fazer qualquer alusão a uma lei estadual em sentido estrito, merecendo o provimento de seu recurso.

Nesse diapasão, cito a ementa e preâmbulo do Decreto estadual 9.104/2017:

“Dispõe sobre o pagamento do ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual pelo contribuinte optante pelo Simples Nacional, nas aquisições de mercadorias destinadas à comercialização ou produção rural e altera o Anexo IX do RCTE.

Do mesmo modo, podemos afirmar que não se aplica a Lei estadual nº 20.945/2020, por não ser a legislação específica necessária à cobrança do DIFAL, em se tratando de optantes do Simples Nacional.

Isso porque, o próprio Decreto estadual nº 9.918 de 06 de agosto de 2021, ao regulamentar referida lei, afasta expressamente sua aplicação a tais contribuintes, nos seguintes termos:

O Governador do Estado de Goiás, no uso de suas atribuições constitucionais, com fundamento no art. 37, inciso IV, da Constituição do Estado de Goiás, no art. 4º das Disposições Finais e Transitórias da Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, Código Tributário do Estado de Goiás - CTE, tendo em vista o disposto nas Leis nº 20.944, de 29 de dezembro de 2020, e nº 20.945, de 30 de dezembro de 2020, também com base no que consta do Processo nº 202100004052477,

Decreta:

(...)

Art. 2º O Anexo VIII do Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997, Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás - RCTE, passa a vigorar com a seguinte redação:

"CAPÍTULO I - A DA SUJEIÇÃO PASSIVA POR ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO SEM ENCERRAMENTO DA TRIBUTAÇÃO

Art. 59-A. O contribuinte localizado neste Estado fica obrigado ao pagamento antecipado do ICMS na entrada, no território goiano, de mercadoria relacionada no Apêndice XXVI deste Anexo, oriunda de outro estado, do Distrito Federal ou do exterior, inclusive em transferência (Lei nº 11.655, de 1991, art. 51-B).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica:

I - em relação ao arroz, à operação destinada à Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB, para a execução da Política de Preços Mínimos – PGPM;

II - à operação destinada a contribuinte optante pelo Simples Nacional, inclusive o Microempreendedor Individual - MEI, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; e

III - em relação ao feijão que não tenha sido submetido a processo de industrialização." (NR) (g.)

Por essas razões, se me afigura necessária a reforma da sentença, para conceder a segurança vindicada na exordial, afastando a exigibilidade do DIFAL, enquanto não editada lei em sentido estrito ou observado o fato gerador da alíquota do diferencial no exato momento da incidência do ICMS (venda da mercadoria).

Lado outro, quanto ao pedido de compensação aventado pela impetrante, o STJ já tem entendimento sumulado de que “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária” (Súmula 213).

Todavia, uma vez concedida a ordem devem os pedidos ser requeridos na esfera administrativa, revelando-se incabível a utilização através de precatório, sob pena de conferir a vedada natureza de ação de cobrança ao **mandamus** (AgInt no Resp 1.895.331/SP, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, Dje 11.06.2021).

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.111.164/BA, sob relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe de 25.05.2009 definiu em sede de recurso repetitivo, assentou ser “necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança”.

Entretanto, posteriormente, no julgamento do REsp nº 1.715.256/SP, também sob o regime dos recursos repetitivos, houve ainda uma revisitação a matéria para delimitação do alcance e da aplicação da tese firmada no Tema nº 118/STJ, sendo fixadas, ainda, as seguintes teses jurídicas:

1) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco;

2) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação.

Nesse cenário, postulando a contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação/restituição tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, reputo impositivo o seu deferimento, ressalvando-se que o ajuste de contas será realizado posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento será submetido à verificação pelo Fisco, respeitando-se o prazo prescricional de 5 anos previsto no Dec. 20.910/32, a contar da data do pedido administrativo.

Endossando o quanto afirmei, vem se manifestando o Superior Tribunal de Justiça:

Tributário e processual civil. Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança. Compensação tributária. Súmula 213 do STJ. Precedentes. 1. Em relação à matéria, a Corte de origem assim consignou (fls. 410-411, e-STJ):

"Não obstante, com relação ao pedido de restituição dos valores pagos indevidamente, este não merece acolhimento, visto que o Mandado de Segurança não é via adequada para cobrança e/ou restituição de valores pagos a maior, devendo a impetrante manejar demanda com referido fim." 2. A pretensão do Recurso Ordinário, contudo, não consiste em promover a cobrança, restituição ou extinção de crédito tributário via compensação, o que dependeria de lei específica autorizativa (art. 170 do CTN), mas sim em apenas declarar o direito a compensação via Mandado de Segurança. 3. Nos termos da Súmula 213 do STJ: "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária." Ressalte-se que a compensação deve ser requerida na via administrativa. Nesse sentido: AgInt no Resp 1.603.841/SC, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 25.05.2022; EDcl no AgInt no AREsp 1.891.386/MA, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 12.04.2022; e EDcl no AgRg no Resp 1.176.713/GO, Relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Turma, DJe de 20.5.2022. 4. Agravo Interno não provido. (AgInt no RMS nº 68.534/GO, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.12.2022, DJe de 13.12.2022.)

Nesse desiderato, impositiva a reforma do édito sentencial.

Em asserção derradeira, concedida a segurança, fica prejudicado o recurso aviado pelo Estado de Goiás e desprovida a Remessa Necessária.

Ante o exposto, conheço da apelação cível interposta pela F.P. José – Eletromóveis Distribuidora - ME e dou-lhe provimento para reformar a sentença e conceder a segurança pleiteada para declarar a inexistência do pagamento de diferencial de alíquota – DIFAL, pela impetrante a partir da impetração, optante do Simples Nacional, nas aquisições de mercadoria destinada à comercialização, realizadas em outros Estados e no Distrito Federal, sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto (antecipação do fato gerador sem substituição tributária).

Logo, declaro o direito líquido e certo da impetrante à restituição/compensação dos valores eventualmente recolhidos, ressaltando-se que o ajuste de contas será realizado posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento será submetido à verificação pelo Fisco com observância do prazo prescricional de 5 anos previsto no Dec. 20.910/32, a contar da data do pedido administrativo.

Por consequência, determino o afastamento de qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos em razão do não recolhimento do DIFAL, tais como, o cancelamento de inscrição estadual, o cancelamento de regimes especiais, a inscrição dos débitos em CADIN, o protesto dos débitos em cartórios, o registro dos débitos em cadastros de devedores (ex: Serasa, SPC), e o impedimento à expedição de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa (art. 206 do CTN), a inscrição dos débitos em Dívida Ativa, e a cobrança dos débitos em juízo (Execução Fiscal).

Ato contínuo, reputo prejudicada a Segunda Apelação Cível, interposta pelo Estado de Goiás.

Em tempo, conheço da Remessa Necessária e nego-lhe provimento.

Desde já e independente do trânsito em julgado, determino a remessa dos autos ao juízo de origem, com as respectivas baixas necessárias, retirando o feito do acervo desta relatoria.

É como voto.

Goiânia, 06 de junho de 2023.

F. A. de Aragão Fernandes - Relator

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em Execução Penal nº 5328464.78.2022.8.09.0000

Agravante: Einstein Alcântara Souza Morais

Agravado: Ministério Público

Relator: Des. Ivo Favaro

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INADEQUADO. TORNOZELEIRA ELETRÔNICA. CONDICIONADO. INVIÁVEL. A constatação de que, na hipótese, o uso de monitoramento eletrônico inviabiliza o alcance dos propósitos de responsabilidade e autodisciplina que norteiam o regime aberto, impõe-se determinar a retirada da tornozeleira eletrônica, com a ressalva de justificativa periódica das atividades perante a VEP. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Turma Julgadora de sua 1ª Câmara Criminal, desacolhido parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para determinar a retirada do aparelho de monitoramento eletrônico do agravante, nos termos do voto do Relator e da Ata de Julgamentos.

Presidiu a Sessão de Julgamento o Desembargador Ivo Favaro.

Presente, representando o órgão de cúpula do Ministério Público, o procurador de justiça Dr. Abrão Amisy Neto.

Des. Ivo Favaro - Relator

RELATÓRIO

Agravo em execução penal de Einstein Alcântara Souza Morais da decisão do Juiz da 3ª Vara de Execução Penal da Capital, que indeferiu seu pedido de retirada da tornozeleira eletrônica (evento 95 – SEEU).

Nas razões, sustenta que foi condenado a três anos de prisão em regime aberto, estabelecido o uso de tornozeleira de monitoramento eletrônico, o que limita sobremaneira suas atividades essenciais; que sofre de ansiedade e problemas psicológicos, necessitando do uso de medicamento controlado e acompanhamento psiquiátrico e psicológico, além de atividade esportiva por recomendação médica; que seu filho sofre de transtorno do espectro autista, e é o responsável por acompanhá-lo na terapia ocupacional e fonoaudiólogo por pelo menos 8 horas semanais; que os acompanhamentos são no período diurno, então precisa estender o horário de trabalho até as 2h, pois é motorista de aplicativo de passageiros, de onde retira sua renda para as despesas com a família e tratamento de saúde de seu filho e também o seu; ressalta possuir nota máxima na plataforma, o que demonstra seu bom comportamento perante a sociedade; que praticou um único crime, e que foi policial

militar da Força Tática de São Paulo, onde recebeu inúmeros elogios. Requer a reforma da decisão com o deferimento da retirada da monitoração eletrônica, ou a dilação do horário do recolhimento domiciliar para as 2h, para que possa exercer seu trabalho de motorista de aplicativo de passageiros (evento 107 – SEEU).

O Ministério Público manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do agravo (evento 109 – SEEU).

Em juízo de retratação, mantida a decisão atacada (evento 112 – SEEU).

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento da insurgência (movimentação 9 – PJD).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos, conheço (evento 98 – SEEU).

Almeja o agravante a continuidade do resgate de sua pena no regime aberto em que se encontra, porém sem o monitoramento eletrônico.

Colhe-se do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU-CNJ), que Einstein foi condenado a 3 anos de reclusão no regime aberto, por condenação no art. 303 do CPM, peculato (evento 1.1 – SEEU).

A condenação, oriunda do Estado de São Paulo, teve sua execução transferida para Goiânia após o agravante ter sido preso nesta Capital em cumprimento de mandado de prisão expedido pela comarca de origem, para início do abatimento da sanção (evento 87.2 – SEEU).

O apenado apresentou-se para a instalação da monitoração eletrônica em 04.03.2022 e, em 23.03.2022, foi efetivamente incluído no domiciliar aberto com monitoramento eletrônico (evento 93 – SEEU).

Diante disso, estando o agravado submetido ao uso de monitoramento eletrônico, busca nesse momento a retirada do equipamento.

Pois bem. No caso, a falta de estabelecimento penal adequado não pode impedir que se adéque medida regulada pela autodisciplina e responsabilidade que é a regente do regime aberto (art. 114, II LEP). Com a vigília ininterrupta e constante do Estado sobre o apenado, dificilmente observar-se-á a sua capacidade de reinserção no convívio social, sobretudo considerando que dificulta o exercício do trabalho regular pelo apenado, desatende a finalidade precípua de ressocialização, apregoada na Lei de Execução Penal.

Confira-se o posicionamento do Tribunal:

“**Habeas Corpus**. Execução Penal. Regime aberto, com monitoração eletrônica. Ilegalidade.

(1) Por ser o regime aberto baseado no senso de responsabilidade do condenado, ele deve cumprir a pena fora do estabelecimento e sem vigilância (CP, art. 36, § 1º), razão pela qual a imposição do uso de tornozeleira eletrônica, como estipulado no caso em estudo, constitui ilegalidade. (2) Pedido de **habeas corpus** conhecido e deferido. (TJGO, **Habeas Corpus** Criminal 5377083-39.2022.8.09.0000, Relator Desembargador Edison Miguel da Silva Junior,

2ª Câmara Criminal, julgado em 12.08.2022, DJe de 12.08.2022).”

Aliás, não se pode olvidar que um dos pressupostos do regime aberto é justamente a comprovação de trabalho ou possibilidade de fazê-lo imediatamente (art. 114, I, LEP), o que acaba sendo dificultado com o uso do equipamento de monitoramento.

Bem por isso é que o § 1º, do artigo 36, do Código Penal estabelece como regra do regime aberto “que o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga”.

E a despeito de o artigo 115 da LEP autorizar o juiz da execução penal a estipular outras condições, além das já previstas na lei para o desconto no regime aberto, tenho que o uso do equipamento de monitoramento não está entre essas condições, por configurar medida desproporcional ao propósito do meio aberto.

Ademais, se o legislador desejasse, o teria feito de forma expressa, assim como fez ao autorizar o uso do equipamento de monitoramento no regime semiaberto, quando por meio da Lei 12.258 incluiu o artigo 146-B na Lei de Execução Penal.

Aliás, especificamente sobre a possibilidade de estender a vigilância eletrônica para além das hipóteses previstas expressamente na lei, necessário salientar que o veto aos incisos I, III, V, e parágrafo único, do artigo 146-B, da LEP, se deu justamente pela intenção de não permitir a monitoração para outras circunstâncias, incluindo a hipótese do regime aberto.

Ademais, vejo que entre as condições do aberto estabelecidas pela comarca de origem não constam o uso de tornozeleira eletrônica (evento 48 – SEEU), e somente após a transferência da execução é que houve a imposição da medida em audiência admonitória (evento 74 – SEEU).

Nesse particular, cumpre enfatizar que embora tenha anuído com o uso do equipamento, o pedido de modificação das condições impostas para o cumprimento no regime aberto é previsto de forma expressa no artigo 116 da LEP, “desde que as circunstâncias assim o recomendem”.

Importante registrar, o agravante não voltou a se envolver em nenhum evento delituoso, e mantém a sua subsistência por meio do exercício do trabalho de motorista de aplicativo de passageiros, demonstrando interesse em se integrar às normas sociais com propósitos diversos da vida do crime, o que demanda do Estado um posicionamento igualmente positivo em relação a ele.

Com essas considerações, por entender que o monitoramento eletrônico, na hipótese, inviabiliza o alcance dos propósitos de responsabilidade e autodisciplina que norteiam o regime aberto, provejo o pedido do agravante para determinar a retirada da tornozeleira eletrônica de Einstein Alcântara Souza Morais, com a ressalva de que deve comparecer mensalmente à VEP para justificar suas atividades.

Comunique-se o Juízo para providências junto a Central de Monitoramento.

Desacolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para determinar a retirada do equipamento de monitoramento eletrônico do agravante.

É como voto.

Des. Ivo Favaro - Relator

Apelação Criminal nº 5355418.47

Comarca: Jataí

Apelantes: Eduardo Jesus Ferreira e Diego Guilherme Medeiros Galdino (soltos)

Apelado: Ministério Público

Relator: Des. Edison Miguel da Silva Jr.

EMENTA: Apelação criminal. Tráfico de drogas majorado (145 gramas de maconha e 0,530 miligramas de cocaína). Condenação. Pena (Diego): 6 anos e 5 meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 650 dias-multa. Pena (Eduardo): 5 anos e 10 meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 510 dias-multa. Apelo da defesa do apelante Eduardo pleiteando fixação da pena-base no mínimo legal, aplicação do tráfico privilegiado de drogas, fixação da pena de multa no patamar mínimo, regime inicial semiaberto e isenção das custas processuais. Apelo da defesa do apelante Diego requerendo a desclassificação e a aplicação do tráfico de drogas privilegiado no patamar máximo.

I - O pleito de fixação do regime inicial semiaberto formulado pelo apelante Eduardo não deve ser conhecido por já ter sido devidamente reconhecido na sentença.

II - Diante do cenário anterior à entrada dos policiais na residência, conforme o direito e circunstâncias do fato, não havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a busca domiciliar sem mandado judicial. A existência de denúncia anônima de tráfico de drogas no local associada ao avistamento do apelante Diego sentado em um botijão de gás no interior da residência, que estava com o portão aberto, não constituem fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, no imóvel em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. Necessária a prévia realização de diligências policiais para apurar a veracidade e a plausibilidade da denúncia (anônima) recebida (ex: “campana que ateste movimentação atípica na residência”), que, ao que tudo indica, não ocorreu na espécie. Assim, sem justa causa prévia, a apreensão das drogas (145 gramas de maconha e 0,530 miligramas de cocaína) no domicílio não é prova lícita de materialidade, sendo imperiosa a absolvição dos apelantes.

III - Apelante Eduardo: recurso parcialmente conhecido e provido. Apelante Diego: recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação criminal 5355418-47.

Acordam os integrantes da Quarta Turma da 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão virtual, à unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso do apelante Eduardo e provê-lo, e em conhecer do recurso do apelante Diego e provê-lo.

Goiânia, 6 de março de 2023

Des. Edison Miguel da Silva Jr – Relator

RELATÓRIO

Eduardo Jesus Ferreira e Diego Guilherme Medeiros Galdino foram condenados (mov. 116) por tráfico de drogas majorado por envolver adolescente (art. 33, **caput**, c/c art. 40, VI, Lei 11.343/2006), às penas de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa (Diego); e 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa (Eduardo).

Inconformados, recorreram (Diego – mov. 124, arq. 1, fls. 532/533, e mov. 125) e (mov. 129, arq. 1, fl. 540 – Eduardo).

Nas razões (mov. 136), a defesa constituída do apelante Eduardo requereu: (1) fixação da pena-base no mínimo legal; (2) aplicação do tráfico privilegiado de drogas; (3) fixação da pena de multa no patamar mínimo; (4) regime inicial semiaberto; (5) isenção das custas processuais.

Por sua vez, em suas razões recursais (mov. 163), a defesa constituída do apelante Diego postulou a desclassificação para o crime de posse de droga para o consumo próprio, e subsidiariamente, a aplicação do tráfico privilegiado de drogas no patamar máximo.

Contrarrazões pelo conhecimento e desprovemento dos apelos (mov. 146 e 166).

O Ministério Público, com atuação no 2º grau, opinou no mesmo sentido (mov. 175).

Em relação ao apelante Eduardo, consta anotação nos autos (mov. 114, arq. 2, fls. 506/507) e no sistema dos seguintes registros criminais: (1) ação penal, em curso, por furto qualificado (0048010-03.2019.8.09.0093, data do fato: 14.04.2019); (2) condenação, em grau de recurso, por tráfico de drogas (5471086-32.2021.8.09.0093, data do fato: 09.09.2021, sentença: 05.04.2022).

No tocante ao apelante Diego, consta nos autos (mov. 114, arq. 3, fl. 508, arq. 4, fls. 509/511) e no sistema os seguintes apontamentos criminais: (1) TCO, arquivado, por posse de droga para o consumo próprio (5317178-83.2020.8.09.0094, data do fato: 20.06.2020, decisão: 20.08.2020 - arquivamento); (2) condenação por tráfico de drogas (5452513-77.2020.8.09.0093, data do fato: 11.09.2020, sentença: 02.03.2021, acórdão: 10.11.2021); (3) execução penal em tramitação (7000035-89.2021.8.09.0093).

Distribuição por conexão/prevenção ao **habeas corpus** nº 5373243-89.2020.8.09.0000 (mov. 149).

É o relatório.

À revisão.

Goiânia, 13 de fevereiro de 2023.

Des. Edison Miguel da Silva Jr - Relator

VOTO

I.

O pleito de fixação do regime inicial semiaberto formulado pelo apelante Eduardo não deve ser conhecido por já ter sido devidamente reconhecido na sentença (mov. 116).

Quanto aos demais pedidos, presentes os requisitos, os recursos devem ser conhecidos.

II.

Os apelantes foram condenados por, no dia 21.07.2020, ter em depósito, para fins de difusão ilícita, com a participação do adolescente Gabriel Alves Freitas Silva, no interior da residência situada na rua 27, quadra 05, lote 21, nº 02, Setor Colmeia Park, na cidade de Jataí-GO, 145 g (cento e quarenta e cinco gramas) de maconha e 0,530 g (quinhentos trinta miligramas) de cocaína (laudos periciais, mov. 18, arq. 4, fls. 217/221, e mov. 56, arq. 1, fls. 416/420). Além das drogas, foi apreendida 1 (uma) balança de precisão (mov. 116).

III.

Como premissa maior, o seguinte precedente superior, “1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC nº 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar os crimes de tráfico de drogas e de posse de munição, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências. 2. No caso em tela, consta do acórdão recorrido que as informações recebidas pelos policiais de forma anônima foram confirmadas com o ingresso na residência do paciente, que estava com a porta aberta permitindo a visualização do interior da residência, resultando na apreensão de 5 (cinco) tabletes de maconha pesando aproximadamente 25g (vinte e cinco gramas). 3. O ingresso forçado ao domicílio teve como justificativa tão somente a denúncia anônima e a suposta visualização do interior da residência, circunstâncias que não dispensam a necessidade de mandado judicial ou a realização de outras diligências, o que torna ilegal a invasão à residência e todas as provas daí obtidas. 4. **Habeas corpus** concedido para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio. (HC nº 712.624/RS, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27.09.2022, DJe de 04.10.2022.)”.

No caso dos autos (premissa menor), a peça acusatória, julgada procedente na sentença, descreveu os fatos que ensejaram a prisão dos apelantes da seguinte forma: “(...) na data e horário supracitados, policiais militares foram informados pelo COPOM de que na residência localizada à Rua 27, Quadra 05, Lote 21, nº 02, Setor Colmeia Park, nesta, três indivíduos estavam, livremente, comercializando drogas. Desta feita, em diligências, os militares foram até o endereço indicado e encontraram o portão aberto, de onde visualizaram o indivíduo posteriormente identificado como sendo o indiciado Diego Guilherme de Medeiros Galdino sentado em um botijão de gás. Neste passo, Diego

foi imediatamente abordado e os outros dois indivíduos foram vistos colocando um embrulho em cima do telhado da casa. Ato contínuo, os policiais fizeram revista pessoal em Diego e com ele foram encontradas duas porções de crack, embaladas e prontas para comercialização. Na sequência, os outros dois indivíduos foram identificados como sendo o indiciado Eduardo Jesus Ferreira e o adolescente Gabriel Alves Freitas. Os policiais encontraram o embrulho deixado pelo indiciado Eduardo e pelo menor Gabriel em cima do telhado, quando foi constatado que se tratava de um pedaço de maconha; uma balança de precisão e outras 14 (quatorze) porções de maconha individualmente embaladas, prontas para comercialização. Outrossim, foram apreendidos objetos utilizados para misturar droga, tais como soro e Gripeol (...).” (mov. 32).

Inquiridos (mov. 97), sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, os policiais militares, Adriano Rodrigues de Souza e Rafael da Silva Carvalho, confirmaram os fatos descritos na denúncia.

Por sua vez, os apelantes e o adolescente Gabriel negaram a prática criminosa, afirmando que os entorpecentes apreendidos se destinavam ao consumo deles (mov. 1, arq. 1, fls. 11/16, e mov. 97).

Com essas premissas, diante do cenário anterior à entrada dos policiais na residência, conforme o direito e circunstâncias do fato, não havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a busca domiciliar sem mandado judicial. A existência de denúncia anônima de tráfico de drogas no local associada ao avistamento do apelante Diego sentado em um botijão de gás no interior da residência, que estava com o portão aberto, não constituem fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, no imóvel em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. Necessária a prévia realização de diligências policiais para apurar a veracidade e a plausibilidade da denúncia (anônima) recebida (ex: “campana que ateste movimentação atípica na residência”), que, ao que tudo indica, não ocorreu na espécie.

Relevante pontuar que, ainda que as provas encontradas posteriormente configurem crime permanente, estas não podem ser usadas para justificar, a posteriori, a violação do domicílio. Isso porque as razões que justifiquem o ingresso na residência devem existir no momento da ação ou previamente a ela. A constatação posterior da situação de flagrância não é capaz de conferir licitude à invasão, de forma retroativa.

Assim, sem justa causa prévia, a apreensão das drogas (145 gramas de maconha e 0,530 miligramas de cocaína) no domicílio não é prova lícita de materialidade, sendo imperiosa a absolvição dos apelantes Diego e Eduardo, posto que todo acervo probatório produzido em desfavor deles, derivou-se de uma prova obtida por meio ilícito, não havendo nos autos qualquer elemento autônomo apto a manter o decreto condenatório.

IV.

Posto isso, voto pelo conhecimento parcial do recurso interposto pelo apelante Eduardo Jesus Ferreira, conhecimento do apelo manejado pelo apelante Diego Guilherme Medeiros Galdino, e provimento de ambos para absolvê-los da imputação de tráfico de drogas majorado (art. 33, **caput**, c/c art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/2006), com fulcro no artigo 386, inciso II, c/c artigo 157, § 1º (primeira parte), ambos do Código de Processo Penal, e artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Goiânia, 6 de março de 2023

Des. Edison Miguel da Silva Jr – Relator

Apelação Criminal 5376180.45

Comarca: Goiânia

1º Apelante: Sérgio Murilo de Jesus Cunha (nome social Ingrid Ferreira - presa)

2º Apelante: Erick Santos da Silva (nome social Alana Santos Silva - solta)

3º Apelantes: Lucas Pereira Alves e Emerson Ferreira de Andrade (nome social Gabrielly Sanchez Alves e Emilly - presas)

4º Apelante: Rodrigo Souza Leite (nome social Bianca - presa)

Apelado: Ministério Público

Relator: Des. Edison Miguel da Silva Jr.

EMENTA: Extorsão qualificada. Condenações. Penas: 9 anos e 4 meses de reclusão, regime inicial fechado, e a 10 dias-multa (Sérgio e Emerson); e de 10 anos de reclusão, regime inicial fechado, e a 10 dias-multa (Lucas, Rodrigo e Erick), bem como o valor mínimo de R\$2.300,00 para reparação do dano em relação a cada sentenciada. Apelos da defesa sustentando absolvição; redução da pena; regime mais brando; isenção da multa e das custas; e da reparação mínima do dano.

I - Constata-se provas suficientes para a condenação, depoimentos da vítima, testemunha, confissão de uma das réis e demais elementos probatórios colhidos.

II - A pena de multa integra o preceito secundário do tipo penal violado, devendo, pois, ser aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

III - O momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução (CPP, art. 804).

IV - Diante de expresso pedido pela acusação na denúncia, permite-se a condenação no valor mínimo para reparação de danos.

V - A detração penal somente se mostra hábil a ser aplicada se modificar o regime, sob pena do juízo de conhecimento invadir a competência do juízo da execução.

VI - Penas redimensionadas: 8 anos de reclusão, regime inicial semiaberto.

VII - Apelos conhecidos e parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal 5376180-45.

Acordam os integrantes da Quarta Turma da 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão virtual, à unanimidade de votos, em conhecer dos recursos e provê-los parcialmente.

Goiânia, 2 de maio de 2023

Des. Edison Miguel da Silva Jr – Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recursos da defesa contra sentença (mov. 205) que condenou as rés Sérgio Murilo de Jesus Cunha (nome social Ingrid Ferreira), Erick Santos da Silva (nome social Alana Santos Silva), Lucas Pereira Alves (nome social Gabrielly Sanchez Alves), Emerson Ferreira de Andrade (nome social Emilly), Rodrigo Souza Leite (nome social Bianca) por extorsão qualificada (CP, art. 158, §§ 1º e 3º), às penas de 9 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e a 10 dias-multa (Sérgio e Emerson); e de 10 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e a 10 dias-multa (Lucas, Rodrigo e Erick). Todas condenadas ainda ao pagamento do valor mínimo R\$2.300,00 para reparação do dano em relação a cada sentenciada.

Recorreram (mov. 214, 231, 234 e 242).

Nas razões sustentaram:

A defesa constituída da ré Sérgio Murilo (nome social Ingrid) sustentou redução da pena; regime mais brando; isenção da multa e das custas; e exclusão do valor mínimo fixado para reparação do dano (mov. 214).

Quanto às rés Lucas (nome social Gabrielly) e Emerson (nome social Emilly), a defesa constituída sustentou absolvição, por ausência de provas; redução da pena; regime mais brando; isenção ou redução da pena de multa; recurso em liberdade (mov. 232).

A defesa constituída da ré Erick (nome social Alana) requereu absolvição por insuficiência de provas; e redução da pena (mov. 234).

A ré Rodrigo (nome social Bianca) sustentou absolvição por insuficiência de prova (mov. 243).

Contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento dos recursos (mov. 261). Parecer do Ministério Público em 2º grau no mesmo sentido (mov. 274).

No Sistema, constam outros apontamentos criminais:

Sérgio Murilo de Jesus Cunha (nome social Ingrid Ferreira) – vias de fato, em andamento (5044405-11.2022).

Emerson Ferreira de Andrade (nome social Emilly) – roubo majorado, em andamento (5679176-97.2021).

Rodrigo Souza Leite (nome social Bianca) – furto qualificado, litispendência, arquivado (5465401-33.2020); furto qualificado, em andamento (5465402-18.2020); ameaça, extinta a

punibilidade pela renúncia (5555212-78.2020); roubo majorado, em andamento (5352538-03.2021); ato obsceno, extinta a punibilidade – transação penal (5625639-89.2021).

Erick Santos da Silva (nome social Alana Santos Silva) – uso de drogas, transação penal (5194884-16.2022).

Lucas Pereira Alves (nome social Gabrielly Sanchez Alves) – não constam outros registros.

Distribuído por prevenção ao **Habeas Corpus** nº 5407149-43.2022 (mov. 267).

É o relatório. Ao revisor.

Goiânia, 30 de março de 2023

Des. Edison Miguel da Silva Jr – Relator

VOTO

I.

Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos, devem ser conhecidos.

II.

Segundo a imputação, no dia 27.05.2022, por volta de 23h30 às 3h30, no Setor Vila Nova, nesta Capital, em concurso de agentes e divisão de tarefas, as rés constrangeram a vítima Marley Apolinário Saraiva, mediante violência e restrição de liberdade, a desbloquear seu aparelho celular e fornecer senhas em aplicativos de instituições financeiras e de cartões bancários, com intuito de obterem, para elas, vantagem econômica (mov. 8).

III.

A defesa das rés Lucas (nome social Gabrielly), Emerson (nome social Emilly), Erick (nome social Alana) e Rodrigo (nome social Bianca) sustentou absolvição por insuficiência probatória.

A sentença firmou a condenação na confissão da ré Sérgio (Yngrid), declarações da vítima, depoimento da testemunha Patrícia Cardoso Saraiva, esposa da vítima, e demais provas produzidas em ambas as fases processuais.

Extrai-se dos autos que, com exceção da ré Sérgio (Yngrid), as demais rés negaram participação no crime. Entretanto, a narrativa da vítima coaduna com a confissão da ré Sérgio (Yngrid) que relata, em juízo, que na data dos fatos estava na companhia das demais corrés e quando a vítima parou seu veículo próximo, a ré Rodrigo (Bianca) entrou no carro e foram para o estacionamento de um supermercado próximo ao local em que estavam; uns cinco a dez minutos depois a ré Rodrigo (Bianca) chamou e ele foi ao encontro de ambos, e a ré Rodrigo lhe entregou a máquina de cartão para que recebesse da vítima o pagamento pelo programa. Na sequência as demais rés aproximaram e a ré Emerson (Emilly) se posicionou ao lado da ré Rodrigo (Bianca), que estava sentada no banco do passageiro ao lado do motorista e a declarante fora do veículo ao lado da vítima; disse que a ré Rodrigo (Bianca) recusou a receber o pagamento do programa em dinheiro porque poderia ser roubada na rua e exigia o pagamento via cartão; devido à recusa da vítima em pagar com cartão a ré Lucas (Gabrielly) entrou no veículo e começou a enforçar a vítima; a ré Erick (Alana) permaneceu do lado de fora com outra máquina de cartão e iniciaram a passar o cartão da vítima nas máquinas e pouco depois as transações foram bloqueadas; a vítima pediu uma chave PIX e a ré Sérgio forneceu e o próprio

declarante pegou o celular da vítima e realizou uma transferência no valor de R\$1.000,00 e em seguida o depoente devolveu o aparelho para a vítima e voltou para a esquina; relatou que a ré Rodrigo (Bianca) continuou com a vítima e ambos começaram a fazer o uso de cocaína; que a ré Lucas (Gabrielly) subtraiu o aparelho celular da vítima; relatou que seu telefone estava com defeito e por isso pediu para a ré Rodrigo (Bianca) deixar-lhe o aparelho celular; o dinheiro recebido nas máquinas foi bloqueado pela operadora e dividiram em partes iguais somente os mil reais do PIX, duzentos para cada (mov. 169).

A vítima relatou que se aproximou do grupo quando retornava de uma confraternização, por volta de 12h da noite, mas ao perceber que a profissional era transexual disse que não contrataria seus serviços e entregou a quantia de R\$30,00; que a profissional recusou e queria receber via transferência eletrônica para evitar sofrer alguma subtração; disse que logo depois aproximaram as demais réas, uma delas entrou na parte de trás do veículo e apertou seu pescoço e na sequência um pó branco foi colocado em seu nariz e com isso perdeu os sentidos facilitando o desbloqueio de seu aparelho celular; que recobrou a consciência por volta de 3h, sujo de vômito e deslocou até um posto de combustível e por ali permaneceu alguns minutos e depois retornou para sua residência, dirigindo o veículo (mov. 168).

O extrato bancário da vítima demonstra que houve as transações e os beneficiários. Da mesma forma que a quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos dos aparelhos telefônicos apreendidos com a ré Sérgio (Yngrid) comprova a ligação entre as réas e a máquina de cartão utilizada nas operações.

De forma que os elementos de provas colhidos impedem a absolvição, porquanto comprovam que as réas Lucas (Gabrielly), Emerson (Emilly), Erick (Alana) e Rodrigo (Bianca) participaram do crime de extorsão.

IV.

Todos os réus pediram redução de suas penas.

IV.a

Quanto às réas Sérgio (Yngrid) e Emerson (Emilly), a sentença valorou como desfavoráveis as circunstâncias e as conseqüências, fixando suas penas-base em 7 anos e 6 meses de reclusão. Aplicou as atenuantes da confissão espontânea (Sérgio) e menoridade relativa (Emerson) e reduziu 6 meses. Na terceira fase aplicou causa de aumento do concurso de pessoas (CP, art. 158, § 1º) em 1/3, tornando-as definitiva em 9 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 10 dias-multa.

Observa-se a seguinte fundamentação das circunstâncias do crime: “graves, na medida em que a vítima foi forçada a aspirar uma substância pulverizada branca, a qual possuía em sua composição Cetamina, Tramadol, Paracetamol e Mebamizol, conforme Laudo de Perícia Criminal - Exame Toxicológico inserto no evento nº 55. Tal substância ingerida pela vítima, foi capaz de fazer com que ela perdesse os sentidos e facilitasse a ação dos acusados, que não encontraram resistência para a perpetração do delito, conforme relatado por ela quando inquirida por este Juízo (evento nº 173).” (mov. 205). A narrativa da vítima é que as réas a forçaram a usar o entorpecente para facilitar a extorsão. Em Juízo, a ré Sérgio (Yngrid) relata que a ré Emerson (Gabrielly) começou a enforcar a vítima para exigir a transferência eletrônica do dinheiro e após resolvida a questão do “pagamento”, com a

transferência do dinheiro via PIX, as quatro ré s saíram do local e permaneceu com a vítima no veículo somente a ré Rodrigo (Bianca), e ambas (vítima e Bianca) passaram a usar entorpecente. Logo, não há certeza se houve coação para que a vítima usasse entorpecente e assim facilitasse a obtenção pelas ré s da vantagem econômica indevida. De forma que deve ser afastada a valoração negativa.

No tocante à negatização da outra circunstância judicial, fundamentou: “Consequências – graves, na medida em que a vítima não recuperou a quantia em dinheiro auferida ilicitamente pelos acusados, além de ter suportado o prejuízo da perda de um relógio avaliado em R\$1.000,00 (mil reais) e uma jaqueta avaliada em R\$500,00 (quinhentos reais). Ressalta-se que apenas o aparelho celular da vítima fora devidamente restituído, conforme relatado por ela em Juízo. Ademais, a vítima relatou que ainda possui sequelas da lesão sofrida pelo enforcamento e necessita fazer tratamento para a recuperação, além de fazer acompanhamento com psicólogos e psiquiatras para superar o trauma sofrido (evento nº 173).” (mov. 205). Entretanto, quanto ao dano material causado não se revela superior ao inerente ao tipo penal, uma vez que o prejuízo pecuniário suportado pela vítima, em um delito de extorsão qualificada, é ínsito ao delito. No que se refere à circunstância de estar se submetendo a tratamento psicológico e psiquiátrico, de fato a vítima o relatou, todavia, não trouxe documentos a comprovar a assertiva. Além disso, em crime dessa natureza, praticado mediante grave ameaça, é circunstância inerente ao tipo penal.

Nesse sentido:

“Agravamento regimental em **habeas corpus**. Estelionato simples. Dosimetria da pena. Primeira fase. Exasperação com fundamento na circunstância judicial das consequências do crime. Referências a elementos inerentes ao tipo penal. Impossibilidade. Constrangimento ilegal evidenciado. 1. Deve ser mantida a decisão na qual se concede liminarmente a ordem impetrada, pois evidenciado o constrangimento ilegal alegado na inicial, isso porque, o prejuízo pecuniário suportado pela vítima não justifica o incremento da pena-base, em relação às consequências do crime, pois o dano material causado é inerente ao tipo penal. Precedente. 2. Agravamento regimental improvido.” (STJ, T6. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. AgRg no HC 763460 / MG - DJe 14.12.2022).

“De acordo com o entendimento já firmado por esta Corte Superior de Justiça, o abalo psicológico causado à vítima é consequência inerente ao tipo penal de roubo, de modo que referido fundamento, para ser considerado idôneo, enseja que o dano seja especificado de forma concreta.” (STJ, 6T. Relator Ministro Nefi Cordeiro. HC 427906 / SP - DJe 14.03.2018).

Diante disso, deve ser a pena-base redimensionada para 6 anos de reclusão. A ré Sérgio (Yngrid) confessou a prática do crime e a ré Emerson (Emilly) contava com dezoito anos na época do fato, entretanto, inviável qualquer redução pelas atenuantes da confissão e menoridade por já fixadas no mínimo legal (Súmula 231, STJ). Ausentes agravantes e causas de diminuição e presente a causa de aumento prevista no art. 158, § 1º, do CP, fixa-se em 8 anos de reclusão de forma definitiva. O regime de cumprimento das penas deve ser o semiaberto.

IV.b

Referente às ré s Lucas (Gabrielly), Rodrigo (Bianca) e Erick (Alana), foi utilizada a mesma fundamentação para negatizar as circunstâncias e consequências do crime, fixando a pena-base

também em 7 anos e 6 meses de reclusão. Ausentes atenuantes, agravantes e causas de diminuição, aumentou-a pelo concurso de pessoas, totalizando-a em 10 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 10 dias-multa. Logo, por serem as motivações de tais circunstâncias inidôneas, deve a pena-base, de todos, ser fixada no mínimo legal, ou seja, em 6 anos de reclusão. Ausentes agravantes, atenuantes e causas de diminuição e presente a causa de aumento prevista no art. 158, § 1º, do CP, fixa-se em 8 anos de reclusão de forma definitiva. O regime de cumprimento de suas penas deve ser o semiaberto.

V.

A defesa das rés Sérgio (Ingrid), Lucas (Gabrielly) e Emerson (Emilly) sustentou isenção da multa e das custas.

Quanto ao primeiro pleito em questão não deve ser acolhido, uma vez que a pena de multa integra o preceito secundário do tipo penal violado, devendo, pois, ser aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

No caso vertente, a pena de multa foi fixada em 10 dias-multa, mínimo legal, e, dada a simetria com a pena privativa de liberdade cominada, não merece reforma.

Referente à isenção da custas processuais, de acordo com a jurisprudência Superior, “o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, “nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais.” (STJ, AgRg no AREsp nº 394.701/MG; AgRg no AREsp 1880906 / SP).

VI.

A defesa da rés Sérgio (Ingrid) requereu ainda a exclusão do valor mínimo para reparação dos danos.

No caso, houve pedido pela acusação na denúncia (mov. 8) e foi fixado o valor mínimo de R\$2.300,00 para cada uma das rés.

Nota-se que houve pedido expresso, resguardando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Portanto, impõe-se sejam mantidos os valores estabelecidos na sentença condenatória, porquanto o seu afastamento ou isenção importaria em ofensa ao princípio da legalidade, já que a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados se trata de norma cogente (CPP, art. 387, IV), desde que requerida pelas partes nos autos deve ser fixada na sentença.

VII.

A detração penal na sentença condenatória, referente ao tempo de prisão preventiva, somente se mostra hábil a ser aplicada se modificar o regime, sob pena do juízo de conhecimento invadir a competência do juízo da execução.

No caso, houve a alteração do regime para o semiaberto e a detração do período de prisão cautelar não conduz à alteração do regime inicial de cumprimento da pena.

VIII.

Posto isso, voto pelo conhecimento e parcial provimento dos recursos para redimensionar as penas das rés Sérgio Murilo de Jesus Cunha (nome social Ingrid Ferreira), Erick Santos da Silva (nome social Alana Santos Silva), Lucas Pereira Alves (nome social Gabrielly Sanchez Alves), Emerson

Ferreira de Andrade (nome social Emilly), Rodrigo Souza Leite (nome social Bianca) para 8 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto.

Goiânia, 2 de maio de 2023

Des. Edison Miguel da Silva Jr - Relator

Apelação Criminal nº 5442452.61.2021.8.09.0049

Comarca de Goiânia

Apelante: Saga Munique

Apelado: Ministério Público

Relator: Des. Itaney Francisco Campos

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. VEÍCULO AUTOMOTOR. INTERESSE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MANUTENÇÃO. Conforme disposto no artigo 118, do Código de Processo Penal, quando demonstrado que o bem apreendido ainda interessa aos autos principais, deve ser ele mantido sob custódia do Poder Público. Ainda que o automóvel objeto do pedido de restituição esteja constando em nome da Recorrente no Certificado de Registro e Licenciamento, figurando como proprietária do veículo, o aludido bem foi apreendido em posse de terceiro envolvido em investigação, razão pela qual deve ser mantida a decisão de apreensão. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal nº 5442452-61.2021.8.09.0049, da Comarca de Goiânia, em que é Apelante Saga Munique e Apelado o Ministério Público.

Acordam os integrantes da Primeira Turma Julgadora da 1ª Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, acolhido o parecer ministerial de cúpula, em conhecer do apelo e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores Ivo Favaro e J. Paganucci Jr. Presidiu o julgamento o Desembargador Fábio Cristóvão de Campos Faria. Desistiu da sustentação oral a Dr^a. Sarah Aparecida de Sousa Alves.

Presente o ilustre Procurador de Justiça, Doutor Maurício José Nardini.

Goiânia, 07 de março de 2023.

Des. Itaney Francisco Campos - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Criminal (movimentação 12) interposto por Saga Munique Comércio de Veículos, Peças e Serviços Ltda., contra decisão (movimentação 8) que indeferiu seu Pedido de Restituição de Bem Apreendido, a saber, o automóvel VW JETTA 2.0, cor branca, chassi 3VWDJ2162EM038828, ano de fabricação 2014, modelo 2014, placa OMT-2509, Renavam 01010837610, apreendido nos autos da ação penal nº 0173586-12.2017.8.09.0049, no dia 12 de Julho de 2017, na posse de Uellita Vieira de Melo, denegando, ainda a sua nomeação como depositária fiel.

Infere-se da exordial acusatória que por ocasião da deflagração do procedimento investigatório realizado pela DRACO (Delegacia de Repressão às Ações Criminosas Organizadas), culminado na denominada “Operação Monge”, apurou-se a prática de ilícitos perpetrados por uma organização criminosa especializada em fraudes de vestibulares do curso de medicina, onde foram apreendidos e apresentados perante a Autoridade Policial competente o veículo mencionado, além de diversos outros objetos e documentos de origem duvidosa.

Em suas razões recursais (movimentação 31), a Apelante pleiteia a restituição do bem apreendido, afirmando ser a legítima e real proprietária do bem, que havia iniciado transação comercial com a empresa Julimar G Transportes Eireli, a qual não havia sido concluída e, durante operação da DRACO, o automóvel foi apreendido em poder de Uellita Vieira de Melo.

Aduz que a Empresa Recorrente não tem qualquer ligação com o crime e/ou qualquer delito que envolva o bem apreendido.

As contrarrazões ministeriais defendem o acerto da decisão denegatória de primeira instância, pugnano por sua manutenção na íntegra (movimentação 37).

O parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra de seu Douto representante, Dr. Luiz Gonzaga Pereira da Cunha, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação, mantendo incólume a deliberação (movimentação 51).

É o relatório.

Passa-se ao VOTO.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Como exposto, trata-se de Apelação Criminal interposta por Saga Munique Comércio De Veículos, Peças e Serviços Ltda., contra decisão que indeferiu seu Pedido de Restituição de Bem Apreendido, do veículo automóvel VW JETTA 2.0 T, cor branca, chassi 3VWDJ2162EM038828, ano de fabricação 2014, modelo 2014, placa OMT-2509, Renavam 01010837610, apreendido nos autos da ação penal nº 0173586-12.2017.8.09.0049, no dia 12 de Julho de 2017.

Conforme mencionado, em suas razões recursais, a Empresa Recorrente aduz que não tem nenhuma ligação com o crime narrado na exordial acusatória e/ou qualquer delito que envolva o bem o apreendido, sendo a legítima e real proprietária do bem móvel. Argumenta, ainda, que desde a detenção do veículo, a Empresa vem sofrendo enormes prejuízos por causa da apreensão do mencionado automóvel, posto que possuidor de débitos junto ao DETRAN, culminando na inscrição na dívida ativa.

Apura-se nos autos que, após iniciar uma transação comercial, não concluída, do automóvel V/W JETTA 2.0 entre a empresa SAGA, ora recorrente, e a empresa Julimar G Transportes Eireli, à época compradora, não foi efetuado o comunicado de venda, em razão da não finalização do negócio, nem mesmo a transferência do mencionado veículo do nome da Empresa solicitante para a Empresa compradora, protocolos normalmente realizados após a conclusão da operação. No entanto, a posse do bem foi realizada no momento do ato comercial.

Segundo consta nas razões (movimentação 31), antes mesmo da finalização do mencionado negócio, o automóvel foi apreendido em poder de Uellita Vieira de Melo, durante operação realizada pela DRACO, no dia 12 de julho de 2017.

Pois bem. Conforme se extrai da documentação acostada nos autos da ação principal (0173586-12.2017.8.09.0049), verifica-se que o veículo foi apreendido em contexto de operação policial que apurava a prática de crimes envolvendo organização criminosa (fraudes em exames vestibulares).

Em sequência, a autoridade policial responsável pela apuração dos fatos, nos autos nº 0011664-59.2017.8.09.0049, representou pela alienação antecipada dos bens apreendidos, inclusive o veículo objeto do presente pedido de restituição, o qual foi deferido pelo MM. Juiz de 1º Grau (evento nº 03, arquivo digitalizado 03, pág. 132).

Após proferida a decisão da lavra do Ilustre Magistrado de 1º Grau, Dr. Decildo Ferreira Lopes, o denunciado Rogério Cardoso de Matos, marido de Uelita Vieira de Melo, interpôs recurso Apelarório, cujas razões pleiteia a reforma do ato decisório que impôs a alienação antecipada do veículo, argumentando que o carro seria objeto de remuneração de uma prestação oriunda de acordo de colaboração premiada. O apelante ainda reivindica a propriedade do veículo para si, conforme se verifica das razões recursais apresentadas aos autos nº 0011664-59.2017.8.09.0049, iniciando-se uma controvérsia sobre os direitos relativos ao bem apreendido.

No presente momento ainda não há informações nos autos, bem como na ação penal, acerca do julgamento definitivo do recurso interposto sob o processo de nº 0011664-59.2017.8.09.0049. Em suma, a questão afeta a propriedade do bem sequer foi dirimida.

A defesa da empresa Apelante pondera somente que foi iniciada uma transação comercial entre a empresa Julimar G Transportes Eireli, não esclarece como o veículo estava na posse Uellita Vieira de Melo, terceira envolvida nos autos que se apura os crimes supostamente praticados.

Ademais, em consulta aos autos nº 0173586-12.2017.8.09.0049, verifico constar termo particular de cessão definitiva de direitos a título gratuito (fls. 114/115 – PDF 8 – movimentação 3), figurando como cedente Julimar Gonçalves Pinheiro e cessionário Rogério Cardoso de Matos, o que justifica a manutenção do bem apreendido, diante da incerteza sobre a real propriedade do veículo.

Sabe-se que três espécies de objetos/bens podem interessar ao deslinde do processo penal e por essa razão devem ser apreendidos pela autoridade policial: os instrumentos do delito, os bens provenientes da infração penal e os objetos de valor probatório. Tal interesse pode decorrer da necessidade de elucidação do crime ou de sua autoria, para assegurar eventual reparação do dano, em caso de condenação, ou quando foram obtidos em razão da prática criminosa. Nesse sentido, prescreve o artigo 118 do Código de Processo Penal:

“Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão

ser restituídas enquanto interessarem ao processo.”

Acerca do assunto, os professores Nestor Távora e Rosimar Rodrigues Alencar¹, lecionam que: “(...) para instruir o inquérito policial, a autoridade policial deve apreender os instrumentos do crime e objetos outros que tenham relação com o fato criminoso. Os objetos que podem ser apreendidos são os declinados nas alíneas do art. 240, CPP. A apreensão pode ocorrer durante a busca pessoal ou domiciliar, que, por seu turno, de regra, depende de mandado judicial (art. 5º, XI, CF). As coisas apreendidas, segundo o art. 118, CPP, enquanto interessarem ao processo, não poderão ser devolvidas antes de transitar em julgado.”

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido do artigo 118, do Código de Processo Penal, dispondo que “antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. 3. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp 123747 – RN, 5ª Turma, Relator Reynaldo Soares da Fonseca, publicado no dia 18.05.2015).

Em que pese não tenha sido oferecida denúncia em desfavor de Uelitta, que estava sob a posse do bem, ao contrário do que foi afirmado nas razões recursais, não há comprovação de que o veículo não tenha relação com os fatos ora apurados. Existindo dúvida quanto ao direito da Reclamante, imperiosa é a manutenção do veículo apreendido.

À vista disso, constatada que a ação penal (nº 0173586-12.2017.8.09.004) encontra-se em curso, pendente de julgamento definitivo, inviável a restituição do bem a Empresa recorrente.

É nesse sentido o entendimento desta Corte de Justiça. Senão Vejamos:

“Apelação criminal. Restituição de arma de fogo apreendida. Pedido indeferido. Os objetos, quando apreendidos, devem seguir o processo enquanto tiverem relevância para a investigação, somado ao fato de que se o bem apreendido interessa ao processo principal, deve ser o mesmo mantido sob custódia do Poder Público. Inteligência do artigo 118, do Código de Processo Penal. Recurso conhecido e desprovido.” (TJGO, Processo Criminal. Recursos. Apelação Criminal nº 0040562-31.2019.8.09.0011, Relator Desembargador Eudécio Machado Fagundes, 1ª Câmara Criminal, julgado em 02.12.2021, DJ de 02.12.2021)

“Apelação criminal. Restituição de bem apreendido. Decisão sem fundamentação. Tese inadmissível. 1. Não é carente de fundamentação a decisão judicial que indefere o pedido de restituição de bem apreendido, quando o objeto supostamente tenha sido utilizado para a prática do delito em apuração, sendo nítido o interesse para a ação penal proposta, bem como, ressaltada a possibilidade de perdimento da arma de fogo no caso de condenação. 2. Nos termos do art. 118 do Código de Ritos, antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Apelo conhecido e desprovido.” (TJGO, Processo Criminal. Recursos. Apelação Criminal nº 5146473-29.2022.8.09.0079, Relator Desembargador Roberto Horácio de Rezende, 3ª Câmara Criminal, julgado em 06.09.2022, DJ de 06.09.2022).

Verifica-se, por conseguinte, a importância e a conveniência do bem apreendido ao processo, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão ora atacada, aguardando-se o fim da marcha processual a fim de apurar a legalidade do direito do requerente em relação à devolução do referido bem móvel,

nos moldes do artigo 118, do Código de Processo Penal.

Ao teor do exposto, acolhendo o parecer ministerial de cúpula, conheço do apelo e nego-lhe provimento, nos termos acima expostos.

É como voto.

Goiânia, 07 de março de 2023.

Des. Itaney Francisco Campos - Relator

¹In Curso de Direito Processual Penal, Editora Juspodivm, 8ª Edição, Salvador, fls. 349/350.

Apelação Criminal nº 5311703.81.2020.8.09.0051

Comarca de Goiânia

1º Apelante: Fernando Leão Martins

2º Apelante; Eli Eduardo Brandão

3º Apelante: Wilker Alves Trajano

4º Apelante: Rodrigo Sousa Duarte

Apelado: Ministério Público

Relator: Dr. Adegmar José Ferreira

Juiz De Direito Substituto em Segundo Grau

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. ROUBO MAJORADO. FURTO QUALIFICADO. RECEPÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL. INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. AUSÊNCIA DE DEGRAVAÇÃO DOS ÁUDIOS INTERCEPTADOS. NULIDADE DA SENTENÇA. OMISSÃO NA ANÁLISE DAS TESES APRESENTADAS EM ALEGAÇÕES FINAIS. ABSOLVIÇÃO. ERRO DE PROIBIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE ROUBO PARA RECEPÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DA RECEPÇÃO DOLOSA PARA CULPOSA. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DO ROUBO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. RECORRER EM LIBERDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. **SURSIS**. PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RECORRER EM LIBERDADE. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO PREVENTIVA. PREQUESTIONAMENTO.

I - Não há se falar em inépcia da inicial acusatória quando foram observados todos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Outrossim, após prolação da sentença, eventual alegação de inépcia resta preclusa.

II - Sobre a alegada incompetência, as condutas imputadas e as provas produzidas não indicaram a presença dos requisitos necessários para o deslocamento de jurisdição para a serventia especializada ligada a apuração de crimes praticados por organização criminosa, sendo o presente enquadrado como mera associação de pessoas, razão pela qual não há que se falar em incompetência do juízo processante.

III - A respeito da necessidade de degravação das interceptações telefônicas, registre-se que as defesas tiveram total acesso a todas as provas acostadas aos autos, inclusive as mídias digitais, inseridas ainda na fase policial e tiveram tempo hábil para os requerimentos pertinentes. Ademais, a própria defesa do 3º apelante afirmou, em suas razões, que o Ministério Público não se utilizou dos arquivos gerados com a interceptação telefônica para sustentar o pedido de condenação, não havendo, portanto, qualquer prejuízo aos acusados.

IV - Não padece de nulidade a sentença que, seguindo a determinação constitucionalmente disposta pelo art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, aprecia todas as questões apresentadas pela defesa nas alegações finais, e ainda que seja despicienda a necessidade de menção expressa a cada uma das teses, no caso, houve objetivamente o enfrentamento pormenorizado de todos os pedidos.

V - O pleito absolutório dos crimes de associação criminosa, roubo, furto e receptação, se apresentam devidamente comprovados pelos depoimentos policiais, documentos, escutas telefônicas e testemunhas, inviabilizando qualquer possibilidade de se falar em absolvição.

VI - Diante dos idôneos os depoimentos dos policiais em consonância com as demais provas constantes dos autos, inclusive confissão parcial, mostra-se inegável o conhecimento da origem espúria das peças que 2º apelante transportava, inviabilizando a desclassificação da conduta para receptação culposa requerida.

VII - É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de considerar possível a utilização de uma das qualificadoras do crime de roubo para exasperar a pena-base e as demais para qualificar o delito.

VIII - Verificando que as penas-base do segundo apelante foram justificadas de forma equivocada, no que se refere aos antecedentes, deve ser promovida a sua redução. Da mesma forma, reconhece-se a necessidade de mitigação da pena do quarto apelante, ainda que de ofício.

IX - Comporta acolhida o pedido do 2º apelante para que seja reconhecida a atenuante da confissão, tendo em vista ter ele admitido que realizou o transporte das peças, e serviu para a formação da convicção condenatória do juízo **a quo**.

X - O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do **sursis** da pena se apresenta inviável, tendo em vista que os crimes foram praticados mediante grave ameaça às vítimas, utilizando-se de arma de fogo ou arma branca.

XI - Não se admite falar na possibilidade de oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal, tendo em vista a gravidade dos fatos em que se encontra inserida a conduta do réu, onde se vê presente uma diversidade de crimes com violência real às vítimas que se viram privadas de seus bens.

XII - A negativa do direito de recorrer em liberdade deve ser mantida para o primeiro apelante, tendo em vista que respondeu todo o processo preso, o montante da pena aplicado é superior a oito anos e houve adequação nas justificativas trazidas na sentença.

XIII - A detração penal, se não considerada na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, é matéria afeta ao juízo da execução.

XIV - No caso em questão, todos os princípios constitucionais foram respeitados, constituindo o prequestionamento exigência formal de que a questão objeto dos Recursos Especial e Extraordinário tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem. RECURSOS CONHECIDOS. IMPROVIDOS OS APELOS DO PRIMEIRO E TERCEIRO APELANTES E PARCIALMENTE PROVIDOS OS OUTROS APELOS SOMENTE PARA REDUZIR AS PENAS-BASE.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Goiás, por seu representante legal em exercício perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia-GO, ofereceu denúncia em desfavor de 10 (dez) pessoas, sendo elas: Fernando Leão Martins, nascido aos 28.11.1991, filho de Carmen Lúcia Leão, Lidiany Rodrigues Mendes, nascida aos 03.08.1995, filha de Rosana Cristina Rodrigues da Silva, Wilker Alves Trajano, nascido aos 27.10.1986, filho de Elizete Trajano de Santana, Eli Eduardo Brandão, nascido aos 25.06.1963, filho de Joana Eduarda Brandão, Kenedy Alves Ferreira, nascido aos 02.06.2000, filho de Josirene Alves Ribeiro, Douglas Alves Martins Júnior, nascido aos 20.07.1993, filho de Dinair Geralda Silva, Dilson de Queiroz Bernardo, nascido aos 21.06.1986, filho de Maria Cristina de Queiroz Bernardo, Pedro Paulo Martins Lopes, nascido aos 26.01.1993, filho de Valmir Lopes e Cleide Maria Martins Lopes, Benedito Paim da Silva Neto, nascido aos 11.08.1999, filho de Luciana Valéria de Lima, Rodrigo Sousa Duarte, nascido em 1º.06.2000, filho de Maria Norma Sousa Duarte, pelos fatos a seguir descritos.

Extrai-se da denúncia (mov. 79) que foi iniciada investigação pela Delegacia Especializada de Repressão a Furtos e Roubos de Veículos Automotores - DERFRVA, com o intuito identificar autores de roubos de veículos pertencentes a motoristas de aplicativos, em especial da vítima Adriano de Paula

Ricardo, que teve seu veículo roubado na madrugada de 13.04.2020, Setor Parque Tremendão, Goiânia/GO.

Ao longo das investigações, em especial, das interceptações telefônicas, foi possível identificar os integrantes da associação criminosa em que os veículos roubados eram desmontados e suas peças vendidas no comércio da Vila Canaã, nesta Capital.

Verificou-se que o denunciado Fernando, vulgo “nanico”, era responsável por coordenar os atos ilícitos perpetrados por outros investigados e contava com o auxílio de sua esposa Lidiany, a qual prestava assistência nas atividades ilícitas.

Então o casal alugou uma casa no bairro Moinho dos Ventos, nesta Capital, onde encomendavam o roubo e furto de carros específicos, também era o local em que os carros roubados eram desmontados e revendiam as peças. Além disso, o casal forneceu um veículo WV/GOL, branco, produto de crime, com placas “frias”, para outros integrantes da associação criminosa realizarem os roubos e furtos.

Revela a denúncia que Kenedy, vulgo “Neguinho”, era um dos principais autores dos roubos e auxiliado por Rodrigo, vulgo “Feião/Careca” e Benedito, vulgo “Neto”. Além disso, guardava os bloqueadores de sinais, a arma de fogo e o veículo Gol que era utilizado na prática dos crimes.

Consta que o denunciado Pedro Paulo, vulgo “Pedrinho”, proprietário da loja “Reilux”, localizada na Vila Canaã, era responsável por revender as peças dos veículos subtraídos. Também fornecia as ferramentas necessárias para o desmanche dos carros roubados/furtados.

Já o denunciado Wilker tinha a função de cuidar e vigiar a casa utilizada para realizar o desmanche dos veículos.

Por fim, o denunciado Douglas participava do planejamento das ações com o denunciado Fernando, inclusive, auxiliando na utilização dos bloqueadores de sinais veiculares.

Consta que no dia 15 de abril de 2020, por volta das 08h30min, na Rua 25, Qd. 44, Lt. 05, Jardim Bonança, Aparecida de Goiânia/GO, os denunciados Kenedy e Rodrigo com uso de uma barra de ferro, subtraíram o veículo Chevrolet/Onix, cinza, pertencente a Adeilma Araújo da Silva.

Já no dia 02 de maio de 2020, por volta das 15h50min, no lava-jato Limp, no bairro Araguaia Park, os acusados Rodrigo, Benedito e Kenedy, mediante emprego de arma de fogo, subtraíram uma camionete Toyota/Hilux, cor branca, pertencente a Alcides José Pereira da Silva e levaram-no até a casa alugada por Fernando, onde realizaram seu desmonte.

Depois, parte das peças (4 portas, 2 para-lamas, 1 capô e 1 kit airbag) foi entregue na loja de Pedro Paulo que, no dia 11 de maio de 2020, fez sua comercialização para o denunciado Dilson de Queiroz, proprietário da loja King Picks Ups. Para transportar as peças até a loja King Picks Ups, o denunciado Fenando contratou o corréu Eli Eduardo, o qual também tinha conhecimento da origem ilícita das peças.

Foi apurado, ainda, o furto de um veículo VW/Saveiro, cor branca, ocorrido em 30.05.2020, por volta de 19h, pertencente a vítima Geraldo da Silva que estacionou seu veículo em frente à residência de seu cunhado, localizada no Setor Goyas Park, nesta Capital.

Então os denunciados Rodrigo e Benedito abriram a porta com uma chave mixa e evadiram-se do local, acompanhados pelo veículo Gol, conduzido pelo denunciado Kenedy.

No dia 31 de maio de 2020, o veículo subtraído foi encontrado por policiais militares na residência de Elaine Aparecida Vieira Campos, a qual foi presa em flagrante delito.

Ao ser ouvida, Elaine relatou que guardou o veículo em tela a pedido do denunciado Rodrigo, desconhecendo a origem ilícita do mesmo. Elaine ainda informou que Rodrigo estava na companhia de Benedito e de um “neguinho” (se referindo ao denunciado Kenedy), em um veículo branco.

Após deferidas prisões preventivas dos denunciados e buscas e apreensões em suas residências, foi apreendido o veículo GOL, cor branca, uma arma de fogo, tipo revólver Taurus, calibre 38 na posse de Kenedy, 02 bloqueadores de sinais, conhecido como jammer e 04 placas veiculares falsas.

Ao final da denúncia, o representante do Ministério Público tipificou as condutas dos denunciados da seguinte forma:

Lidiany Rodrigues Mendes, Pedro Paulo Martins Lopes, Wilker Alves Trajano e Douglas Alves Martins Júnior incurso nas sanções do artigo 288, parágrafo único, do Código Penal (associação criminosa armada); o denunciado Fernando Leão Martins incurso nas sanções do artigo 288, parágrafo único, do Código Penal; artigo 157, §§ 2º, inciso II e 2º-A, inciso I (roubo da camionete Hilux); artigo 180, **caput**, (receptação do veículo VW/GOL) e artigo 311 (adulteração do veículo VW/GOL), c/c artigo 69, todos do Código Penal; o denunciado Rodrigo Sousa Duarte incurso nas sanções do art. 288, parágrafo único, do Código Penal; art. 157, §§ 2º, inciso II e 2º-A, inciso I (roubo da camionete Hilux); art. 157, § 2º, incisos II e VII (roubo do veículo Onix); art. 155, § 4º, incisos III e IV (furto do veículo Saveiro); art. 180, **caput**, (receptação do veículo VW/GOL); art. 311 (adulteração do veículo VW/GOL), c/c art. 69, todos do Código Penal; o denunciado Benedito Paim da Silva Neto incurso nas sanções do art. 288, parágrafo único, do Código Penal; art. 157, §§ 2º, inciso II e 2º-A, inciso I (roubo da camionete Hilux); art. 155, § 4º, incisos III e IV (furto do veículo Saveiro); art. 180, **caput**, (receptação do veículo VW/GOL); art. 311 (adulteração do veículo VW/GOL), c/c art. 69, todos do Código Penal; o denunciado Kenedy Alves Ferreira incurso nas sanções do art. 288, parágrafo único, do Código Penal; art. 157, §§ 2º, inciso II e 2º-A, inciso I (roubo da camionete Hilux); art. 157, § 2º, incisos II e VII (roubo do veículo Onix); art. 155, § 4º, incisos III e IV (furto do veículo Saveiro); art. 180, **caput**, (receptação do veículo VW/GOL); art. 311 (adulteração do veículo VW/GOL), todos do Código Penal e art. 12 da Lei 10.826/03, todos c/c art. 69, todos do Código Penal; o denunciado Dilson de Queiroz Bernardo incurso nas sanções do Art. 180, § 1º, do Código Penal (receptação qualificada - no exercício de atividade comercial); e o denunciado Eli Eduardo Brandão incurso nas sanções do art. 180, **caput**, do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 08.09.2020 (mov. 85).

Os autos foram desmembrados em relação a seis acusados: Lidiany Rodrigues Mendes, Pedro Paulo Martins Lopes, Douglas Alves Martins Júnior, Dilson De Queiroz Bernardo, Kenedy Alves Ferreira, Benedito Paim da Silva Neto (mov. 177 e 197).

Apresentadas as alegações finais pelas partes, sobreveio a sentença proferida em 01.04.2021 (mov. 258), da lavra do Dr. Alessandro Pereira Pacheco, ocasião em que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando os acusados Wilker Alves Trajano, Fernando Leão Martins e Rodrigo Sousa Duarte, como incurso nas penas do crime capitulado no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal (formação de quadrilha armada).

Além disso, condenou Fernando Leão Martins como incurso nas penas do crime capitulado no artigo 157, §§ 2º, inciso II, 2º-A, inciso I (roubo da camionete Toyota/Hilux) e o absolveu do crime de receptação e adulteração do veículo VW/GOL.

O corréu Eli Eduardo Brandão foi condenado apenas pelo crime de receptação simples (artigo 180, **caput**, do Código Penal).

Ainda, condenou Rodrigo Sousa Duarte pelo crime de roubo majorado do veículo GM/Onix (artigo 157, § 2º, incisos II e VII, do CP) e pelo crime de furto qualificado referente ao veículo VW/Saveiro (artigo 155, § 4º, incisos III e IV, do CP) e foi absolvido do roubo da camionete Toyota/Hilux e da receptação e adulteração do veículo VW/GOL.

Na sequência, passou a dosar as penas, iniciando-se pelo corréu Wilker (condenado apenas pelo delito de formação de quadrilha), ao qual foi-lhe imposta a reprimenda de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão. Estabeleceu o regime aberto e manteve o benefício da liberdade provisória e não substituiu por restritivas de direitos.

Em seguida, para Fernando foi estabelecida a pena de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 10 dias-multa. Estabeleceu regime inicial fechado e manteve a segregação até o trânsito em julgado.

Para Rodrigo foi fixada a pena final de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Estabeleceu regime inicial fechado, porém, manteve o benefício da liberdade provisória.

Por fim, Eli Eduardo recebeu a pena de 1 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Estabeleceu o regime semiaberto e manteve o benefício da liberdade provisória e não substituiu por restritivas de direitos.

Condenou os sentenciados Fernando, Eli Eduardo e Wilker ao pagamento das custas processuais, **pro rata**, e afastou Rodrigo, por ser beneficiário da Assistência Judiciária.

Devidamente intimados, os quatro condenados interpuseram recursos apelatórios (mov. 261, 269, 270 e 282). As razões recursais foram inseridas nos movimentos 282, 297, 306 e 357.

A Defensoria Pública representou o corréu Rodrigo, em que pediu a absolvição dos crimes nos quais foi condenado - formação de quadrilha armada, roubo do veículo GM/Onix e furto do veículo VW/Saveiro (mov. 282).

O procurador do corréu Fernando pugnou pela absolvição dos crimes em que foi condenado (associação criminosa e roubo da camionete Toyota/Hilux). Alternativamente, requereu a desclassificação do delito de roubo para o de receptação, ou ao menos sejam afastadas as qualificadoras do roubo e reduzida a pena-base para o mínimo legal, além da concessão do benefício de recorrer em liberdade (mov. 306).

O defensor constituído pelo condenado Eli Eduardo Brandão requereu sua absolvição do crime de receptação ou a desclassificação para receptação culposa (art. 180, § 3º, do Código Penal), com a aplicação da pena de multa, isoladamente. Além disso, pediu o reconhecimento da atenuante da confissão, alteração do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (mov. 297).

Por fim, o defensor do condenado Wilker apresentou preliminar de nulidade processual, aduzindo inépcia da peça acusatória, incompetência do Juízo sentenciante, ausência de degravação

dos áudios interceptados, nulidade da sentença, devido a omissão na análise das teses apresentadas em alegações finais e por ter aumentado a pena “sem qualquer evidência na denúncia”.

No mérito, requereu a absolvição do crime de associação criminosa armada pela atipicidade da sua conduta ou ausência de dolo e, principalmente, pelo Erro de Proibição; seja decotada a causa de aumento do emprego de arma; fixar a pena-base no mínimo; aplicação da atenuante da confissão; substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; imposição de regime aberto ou a concessão do **sursis** da pena; oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal; recorrer em liberdade; detração do tempo de prisão preventiva e prequestiona a matéria para efeito recursal (mov. 357).

Em contrarrazões recursais, o Ministério Público defendeu o acerto do **decisum** hostilizado, propugnando por sua manutenção (mov. 289, 330, 364).

Instado a se manifestar, o órgão ministerial de cúpula, por seu representante, Dr. Sérgio Abinagem Serrano, opinou pelo conhecimento dos recursos e desprovimento daqueles manejados por Wilker Alves Trajano, Eli Eduardo Brandão e Rodrigo Sousa Duarte, porém, em relação a Rodrigo, que seja corrigida, de ofício, a análise equivocada da circunstância judicial dos “antecedentes”, na fixação das penas-bases dos crimes que lhe foram imputados.

Em relação ao recurso de Fernando Leão Martins, firmou o parecer pelo seu conhecimento e parcial provimento, a fim de que seja corrigida a análise equivocada da circunstância judicial das “consequências” do crime (art. 59, CP), na fixação da pena-base em relação ao crime de roubo (mov. 368).

É o relatório.

A doutra revisão.

Des. Itaney Francisco Campos - Relator

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Apelações Criminais interpostas por Fernando Leão Martins, Eli Eduardo Brandão, Wilker Alves Trajano e Rodrigo Sousa Duarte, em face da sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Criminal desta Capital que condenou o primeiro (Fernando) pelos crimes de formação de quadrilha armada e roubo majorado, a pena de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 10 dias-multa; o segundo (Eli Eduardo) somente pelo crime de receptação a pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 10 dias-multa; o terceiro (Wilker) somente pelo crime de formação de quadrilha armada a pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão (deixou de aplicar a pena de multa); o quarto (Rodrigo) pelos crimes de formação de quadrilha armada, roubo majorado e furto qualificado, impondo-lhe a pena de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Nas razões, todos buscam a absolvição ou a redução das penas.

Além disso, o primeiro apelante (Fernando) requereu a desclassificação do delito de roubo para o de receptação, ou ao menos sejam afastadas as qualificadoras do roubo e reduzida a pena-base para o mínimo legal, além da concessão do benefício de recorrer em liberdade.

O segundo apelante (Eli Eduardo), alternativamente a absolvição da receptação, pediu a desclassificação para receptação culposa, com a aplicação da pena de multa, isoladamente. Além disso, requereu o reconhecimento da atenuante da confissão, alteração do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O terceiro apelante (Wilker) apresentou diversas teses preliminares, em que busca a declaração de nulidades durante a processualização do feito e na sentença. No mérito, além da absolvição, pediu a exclusão da causa de aumento do emprego de arma; redução da pena-base; aplicação da atenuante da confissão; substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; imposição de regime aberto ou a concessão do **sursis** da pena; oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal; recorrer em liberdade; detração do tempo de prisão preventiva e prequestiona a matéria para efeito recursal.

Por fim, o quarto apelante (Rodrigo), se restringiu a pedir a absolvição dos crimes de roubo e formação de quadrilha.

Recursos adequados e tempestivamente interpostos. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, deles conheço.

Das preliminares levantadas pelo 3º apelante (Wilker).

Inicialmente, considerando que as questões preliminares são prejudiciais à análise do mérito, eis que trazem alegações ligadas a eventuais nulidades, passo a avaliá-las preferencialmente.

Comporta asseverar que após devida análise pormenorizada dos autos, verifica-se que todas as preliminares aqui suscitadas já foram rebatidas na sentença.

1. Da inépcia da peça acusatória.

Diz a defesa que “a denúncia foi mal formulada e que a mesma descreve os fatos de forma genérica e superficial, visto que lhe falta elementos essenciais para lhe dar validade”.

No entanto, ao contrário do alegado, a denúncia foi oferecida com suporte idôneo, descrevendo as práticas delitivas com todos os seus requisitos e circunstâncias, possibilitando a compreensão da acusação, de forma a permitir o pleno exercício do direito de defesa, tornando-se legítima a instauração da ação penal.

De outro lado, o entendimento já sedimentado da jurisprudência nacional caminha no sentido de que após a prolação da sentença penal, não mais se admite questionamento a respeito de qualquer irregularidade na peça acusatória.

Nesse sentido:

“Apelação criminal. Tráfico de drogas. Nulidade das provas. (...) Inépcia da denúncia. 1 a 4 **Omissis**. 5. Preenchidos os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, descabida a tese de inépcia da denúncia, até porque tal matéria fica superada com a prolação da sentença (...)” (TJGO, 1ª Câmara Criminal, AC nº 5491208-95, Relator Desembargador J. Paganucci Jr., DJ de 01.08.2022).

Assim, fica afastada a referida nulidade.

2. Da alegada incompetência do Juízo sentenciante.

A defesa entende que o presente feito deveria ser julgado pelo Juízo da Vara dos Delitos Praticados por Organização Criminosa e de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores.

Ocorre que, conforme asseverou o julgador monocrático, as condutas imputadas e as provas produzidas não indicaram a presença dos requisitos necessários para o deslocamento de jurisdição para a referida serventia especializada.

Assim, não se comprovou que os acusados se organizaram em uma estrutura semelhante a uma empresa, ou seja, com divisão de tarefas, estabilidade do grupo, permanência e hierarquia, mediante um escalonamento, permitindo ascensão no âmbito interno, com chefia e chefiados.

Dessa forma, o presente caso configura mera associação de pessoas, razão pela qual não há que se falar em incompetência do juízo processante.

3. Da ausência de degravação dos áudios interceptados

Em outra preliminar, o réu Wilker entende que houve cerceamento de defesa, pois não foi possibilitado a parte defendente conhecer todas as provas produzidas, razão pela qual dever ser declarada a nulidade do feito.

Ao refutar tal tese, a sentença esclareceu o seguinte:

“Cumpre registrar, ainda, que as defesas tiveram total acesso e carga dos autos, tendo livre acesso as todas as provas acostadas aos autos, inclusive as referidas mídias digitais, inseridas ainda na fase policial, por tal razão, observo que não houve qualquer prejuízo, pois as defesas tiveram tempo hábil para os requerimentos pertinentes sobre os referidos CD's, sendo a ampla defesa exercida em sua plenitude, razão pela qual rejeito a preliminar.”

Em complemento, o próprio advogado afirmou, em suas razões, que o Ministério Público não se utilizou dos arquivos gerados com a interceptação telefônica para sustentar o pedido de condenação, veja-se o trecho retirado das razões:

“o próprio órgão acusador jamais utilizou-se dos referidos CD's mídias para fundamentar seu pleito pela condenação, limitando-se a transcrever alguns dos relatórios da autoridade policial.”

Portanto, não há razão para trazer novamente a argumentação sobre a obrigatoriedade de se realizar a degravação de todas as interceptações produzidas, eis que não utilizadas como elemento de prova e, portanto, não houve prejuízo aos acusados.

4. Nulidade da sentença.

Nesse ponto, alega que a sentença foi mal elaborada por não ter aplicado a multa prevista para o crime de associação criminosa, além de ter aumentado a pena, sem evidência na denúncia, na instrução e nas alegações finais do membro do Ministério Público, bem como teria deixado de apreciar as teses suscitadas pela defesa em sede de alegações finais.

Ocorre que nenhuma das alegações comporta acolhida.

Em primeiro, sobre a omissão na fixação de pena de multa, nota-se verdadeiro desconhecimento da lei pelo defensor, eis que o artigo 288, no **caput** e em seu parágrafo único não prevê a aplicação de multa acessória. Ademais, ainda que houvesse essa previsão, a arguição caracterizaria ausência de interesse recursal, pois a omissão teria sido benéfica ao apelante.

Sobre o aumento da pena “sem evidência na denúncia”, nota-se que a sentença fixou a pena-base no mínimo legal, a qual foi acrescida de 1/3 por restar configurada a associação criminosa armada, ou seja, o mesmo tipo penal apresentado na peça acusatória e que foi objeto de apuração durante a instrução do feito.

Desta feita, não há que se falar em ausência de correlação entre a acusação e a sentença.

Por fim, sobre a ausência de apreciação das teses listadas nas alegações finais, mais uma vez não assiste razão à defesa, eis que o resultado da análise da sentença permite concluir, com absoluta clareza, que houve o devido enfrentamento de todos os argumentos trazidos pela defesa naquela fase processual, sejam as preliminares, sejam as meritórias, havendo, inclusive, a elaboração dos tópicos específicos.

Ademais, certo é que o julgador não está obrigado a exaurir todos os argumentos defensivos, tampouco apontar tópico a tópico os pedidos, bastando que a sentença seja fundamentada. Deve, sim, explicitar os motivos do seu convencimento, fornecer as razões de fato e de direito que o levaram a tal conclusão, o que se verificou no caso em tela.

Mérito:

1. Pedido Absolutório

Doravante, superadas as arguições preliminares, passa-se a análise do mérito dos apelos, iniciando-se pelo pedido absolutório, comum a todos.

De acordo com a acusação, o 1º apelante Fernando Leão Martins teria adulterado as placas de um veículo VW/GOL, cor branca, além de ser o responsável por coordenar os atos ilícitos perpetrados pelos outros corréus, alugou a casa onde eram armazenadas as peças roubadas e revendia-as. Fernando contava com o auxílio de sua esposa, a denunciada Lidiany e foi considerado o líder do grupo.

O 2º apelante Eli Eduardo Brandão seria o responsável pelo transporte das peças roubadas, incorrendo no crime de receptação.

Por seu turno, o 3º apelante Wilker Alves Trajano teria a função de cuidar e vigiar a casa alugada por Fernando, que era utilizada como o desmanche dos veículos e depósito de peças roubadas.

Já o 4º apelante Rodrigo Sousa Duarte seria um dos executores dos crimes de roubo, na companhia dos corréus Kenedy Alves Ferreira e Benedito Paim da Silva Neto.

Reanalizando o vasto acervo probatório produzido, é possível concluir que há elementos suficientes para a formação do juízo condenatório, conforme se verifica a seguir.

A testemunha Samuel Pereira Moura, delegado de polícia em exercício na Delegacia Estadual de Furtos e Roubos de Veículos, ao ser ouvido em juízo (mov. 194), declarou, resumidamente, que a investigação iniciou-se a partir do número do celular do acusado Fernando Leão Martins. Em uma das ligações, Fernando pediu ao corréu Kenedy uma indicação de um indivíduo para fazer o transporte de peças roubadas até um galpão na Canaã. Então contactaram o acusado Eli Eduardo para tal serviço, o qual usava tornozeleira e foi possível averiguar o trajeto por ele seguido. As peças foram entregues na loja de Dilson e Pedro Paulo Martins Lopes, vulgo “Pedrinho”, proprietário da loja “Reilux”.

Afirmou, ainda, que acompanharam as ligações de Fernando e foram até um imóvel onde localizaram peças de uma caminhonete Hilux roubada, de placas TRA-0459. Também encontraram um lixão em Guapó com peças roubadas e no celular de Fernando tinham fotos das peças roubadas. Foram identificadas ligações entre Kenedy e Fernando sobre o galpão em que as peças estavam. Também foi possível identificar o veículo utilizado para os roubos (Gol branco com placas clonadas). Disse que

Kenedy fez uma ligação para Benedito (velho conhecido da Delegacia de Furtos e Roubos de Veículos), sendo que Benedito alegou a Kennedy que estava com receio de estar sendo investigado e citaram Rodrigo.

Relatou que também falaram sobre um veículo Onix e de um veículo Saveiro, sendo que este último tinha rastreador e foi localizado na casa de uma senhora que disse que havia sido deixado no local por Benedito, Rodrigo e um “moreninho” (Kenedy). Contou que durante a operação policial foram presos nove indivíduos, foi apreendido o veículo Gol branco, com placa adulterada, utilizada no roubo da Hilux, furto da Saveiro e roubo do Ônix, dois bloqueadores de sinal.

Afirmou que analisou os aparelhos celulares do Kenedy e que continha fotos do galpão (“mocó”). Relatou que Fernando tinha contato com o acusado Pedro Paulo, que era um eventual receptor. Contou que analisando as imagens colhidas ao longo da investigação, no roubo do Ônix foi identificado o corréu Rodrigo. No roubo da Hilux, Benedito aparece nas imagens. Relatou que em uma ligação interceptada, Fernando falou que pagava R\$1.000,00 (um mil reais) para Kenedy realizar roubos. Fernando não ia nas ações mas era o dono da arma, rastreadores, do veículo Gol branco clonado e foi ele e sua esposa, Lidiany, que locaram o galpão utilizado para desmanche dos veículos.

Ressaltou que o acusado Eli Eduardo, após ser colocado em liberdade, por esta operação policial, foi novamente preso em flagrante, duas semanas depois, fazendo transporte de peças roubadas para um outro grupo criminoso, demonstrando que ele vive disso. Disse que o Gol branco foi apreendido na posse de Kenedy e que as imagens gravadas no local do roubo da caminhonete Hilux foi possível identificar três indivíduos (Benedito aparece nas imagens), Kenedy estava no veículo Gol e há indícios de que o outro indivíduo que estava com eles era Rodrigo, já que após o crime, foi identificada uma ligação entre Kenedy e Benedito demonstrando preocupação em estarem sendo investigados, afirmaram que trocariam de telefone e que era para avisar Rodrigo.

Ainda, afirmou que os três andavam sempre juntos, praticando crimes (inclusive o furto da Saveiro). Contou que no caso do furto da Saveiro, a proprietária do imóvel onde o veículo foi localizado, afirmou que o veículo havia sido deixado ali por Benedito, Rodrigo e um indivíduo moreninho, posteriormente identificado como sendo o corréu Kenedy e, ainda, foram interceptadas ligações em que Fernando afirma que pagava a Kennedy para executar os roubos.

A testemunha Marcelo Estavan Machado, policial civil, também ouvido em juízo (mov. 194) narrou que a investigação se iniciou em decorrência de outra investigação envolvendo roubos a motoristas de aplicativos. Então foi identificado o acusado Fernando e nas interceptações telefônicas, notaram uma estreita ligação com o corréu Kennedy, em que falavam sobre roubos e furtos de veículos. Apurou-se nas primeiras ligações que o corréu Eli Eduardo era a pessoa contratada para fazer o transporte das peças roubadas do local do desmanche até uma loja na Vila Canaã.

Então, constataram que o acusado Eli Eduardo usava tornozeleira eletrônica e por isso foi possível localizar o imóvel utilizado para o desmanche, sendo onde ele buscou as peças e deixou na loja da Canaã. Em uma das ligações, Fernando afirmou que as peças da Hilux deveriam ser entregues para o acusado Pedro Paulo, vulgo “Pedrinho”. Declarou que a senhora que foi presa em poder da Saveiro furtada afirmou que o veículo foi deixado na casa dela pelo corréu Rodrigo e “Neto”.

Também confirmou que Fernando locou o imóvel onde se realizava o desmanche dos carros e

em uma das ligações. Em relação ao Wilker afirmou que foi identificada uma ligação em que ele afirmou a Fernando que estava com receio de alguém descobrir o imóvel utilizado para desmanche dos veículos e colocaram um cachorro no local. Ficou caracterizado que Wilker sabia do local de desmanche e fazia a sua vigilância.

Também confirmou que posteriormente, Eli Eduardo foi novamente preso fazendo transporte de peças roubadas. Afirmou, ainda, que o local onde Eli buscou as peças era característica de desmanche. Alegou que em uma das ligações ficou claro que não era somente Kennedy que utilizava o veículo Gol. Em relação ao veículo Onix, restou verificado que o roubo foi praticado por três indivíduos, sendo Kennedy ficou na direção do Gol e Benedito e Rodrigo que abordaram a vítima.

A vítima Marilene Aparecida Rosa Aires foi ouvida em juízo (mov. 195) e declarou que no dia 16.03.2020, foi abordada por um indivíduo, armado e subtraiu seu veículo VW/Gol branco. Afirmou que soube da utilização de seu veículo na prática de roubo. Disse ter reconhecido o autor do roubo, por fotografia. Contou que o indivíduo era moreno, tinha uma cicatriz na sobrancelha e tatuagem. Afirmou que reconheceu com certeza o autor do crime na delegacia e assinou termo de reconhecimento.

A vítima Adeilma Araujo da Silva, em juízo (mov. 195), relatou que teve seu veículo Chevrolet/Onix roubado no dia 14.04.2020, em Aparecida de Goiânia-GO. Declarou que, na data do fato, ao estacionar, viu um outro veículo Gol, cor branca, passar, foi até embaixo na rua, retornou e foi em cima de seu veículo. Na ocasião, um indivíduo moreno que estava na direção do Gol desceu e a vítima percebeu que era um assalto; tentou dar ré mas não conseguiu evadir-se. Alegou que eram dois indivíduos e estavam armados. O outro indivíduo afirmou para a vítima que iria levar o carro, tirou ela do veículo e o subtraiu. Contou que um deles estava com uma faca. No outro dia recuperou o veículo, que estava em um condomínio no Setor Bela Vista, “esfriando”. Afirmou ter reconhecido um dos autores do crime, sendo o acusado Kennedy. Acrescentou que o outro indivíduo era claro, jovem, cabelo volumoso e que não estava na delegacia quando foi realizar o reconhecimento.

A vítima Geraldo da Silva, ao ser ouvido em juízo (mov. 195), relatou que teve seu veículo Saveiro furtado no dia 30 de maio de 2020, no Setor Goiás Park. Contou que na data do fato levou seu funcionário em outra cidade para ver a mãe que estava doente, no veículo de um amigo e deixou seu veículo Saveiro estacionado. Ao chegar em seu destino, soube que sua Saveiro havia sido subtraída. Alegou que o veículo foi recuperado, sendo encontrado em uma residência nas proximidades do Setor Goiânia Viva. Contou que os autores mexeram na porta do passageiro mas entraram pela porta do motorista. Afirmou que seu cunhado viu as filmagens do local e foram dois indivíduos que efetuaram o furto de seu veículo.

A vítima Alcides José Pereira da Silva, em juízo (mov. 195), relatou que teve sua camionete Hilux roubada, em um lavajato. Disse que chegou da fazenda e levou seu veículo para lavar. Em sua residência, recebeu a notícia de que seu veículo havia sido roubado no lavajato. Afirmou que não estava no local no momento do crime. Soube que chegaram dois indivíduos, colocaram arma na cabeça do dono do lavajato, pediram a chave da camionete, entraram na mesma e evadiram-se. Relatou que foram recuperadas quatro partes da camionete em um mato na saída de Guapó.

A testemunha Cláudio Aparecido Borges, ao ser ouvido em juízo (movimentação 195), relatou que clonaram seu veículo VW/Gol, cor branca, placas PPZ-3603. Narrou que estava em sua residência

quando foi procurado por policiais que questionaram sobre seu carro. Afirmou que tinha deixado seu veículo em um sinaleiro para vender e levou os policiais até o local. Contou que analisou as filmagens envolvendo o veículo utilizado nos roubos e verificou que este tinha calotas diferentes e tinha farol de neblina, sendo que o seu não tinha. Após alguns dias, surgiram multas envolvendo seu veículo. Afirmou que soube que o veículo semelhante ao seu, que estava envolvido nos roubos, foi apreendido.

A testemunha Maurício Batista de Souza, ao ser ouvido em juízo (mov. 195), declarou que é proprietário de um imóvel e que o alugou, em 2020, para um casal. Relatou que este casal, após algum tempo, levaram outro casal, que supostamente seriam pais de um deles. Afirmou ter recebido o valor do aluguel e não mais viu referidas pessoas. Contou que no momento do aluguel, informaram que o senhor utilizaria o local para trabalhar como mecânico. Ao entrar no imóvel com os policiais, não viu móveis, roupas, mas somente parafusos, colchões e geladeira. Afirmou ter reconhecido o casal que alugou seu imóvel na delegacia e confirmou o reconhecimento em juízo, confirmando sua assinatura no termo de reconhecimento (fls. 445/446), quando reconheceu os acusados Lidiany e Fernando. Soube que seu imóvel estava sendo utilizado para desmanche.

A vítima Paulo Sérgio de Souza Silva, em juízo (mov. 195), declarou que estava sentado em uma mesa no seu lavajato, quando chegaram dois indivíduos, estando um deles armado. Pediram as chaves da camionete Hilux que estava em seu comércio e evadiram-se no citado veículo. Relatou que os indivíduos chegaram a pé e que não chegou a reconhecê-los por foto ou pessoalmente na delegacia.

A testemunha de defesa Marcos Andrei Alves Pereira, em juízo (mov. 216), relatou que conhece o acusado Wilker e que não sabe se ele tem convívio com os demais acusados. Afirmou que Wilker é trabalhador e não soube dar maiores detalhes sobre os fatos.

A testemunha de defesa Thiago de Sousa Silva, em juízo (mov. 216), afirmou que conhece o acusado Wilker mas não soube dar detalhes sobre os fatos.

O acusado Rodrigo Souza Duarte, ao ser interrogado (mov. 232), negou a prática de todas as acusações em seu desfavor. Negou conhecer os demais acusados e somente viu Kennedy em duas oportunidades. Alegou nunca ter visto o veículo VW/GOL e nunca trocou as placas do mesmo. Da mesma forma, afirmou não ter conhecimento do veículo Onix e não sabe nada do fato envolvendo este. Contou que o Kennedy pediu para que guardasse um veículo Saveiro, tendo ele alegado que o referido veículo estava “certinho”. Deixou o veículo na casa de uma tia.

O acusado Fernando Leão Martins, ao ser interrogado (mov. 232), negou a prática das acusações feitas em seu desfavor. Alegou que trabalha em ferro velho e que certa vez o corréu Kennedy afirmou que tinha umas peças veiculares para vender, com preço barato. Contou que buscou as peças na oficina do irmão do Kennedy, para repassá-las para Pedro Paulo Martins, ganhando corretagem. Alegou que deixou as peças em um imóvel que tinha alugado no Setor Moinho dos Ventos. Como seu veículo estava estragado, contratou um frete para fazer o transporte. Afirmou que sabia que as peças eram de origem ilícita. Alegou que combinou com Kennedy dele buscar as peças juntamente com o indivíduo que realizou o frete. Negou que ordenava a prática de roubos de veículos. Alegou que ficou acertado que Pedro iria tirar nota das peças da Hilux, mesmo sendo de origem ilícita. Negou ter pego qualquer ferramenta com Dilson ou Pedro para desmontar carro. Negou ter conversado com o acusado Wilker sobre colocar um cachorro no imóvel para vigiar o local. Negou, ainda, ter conversado com

Douglas a respeito de roubos de veículos ou bloqueadores de sinal, conversou apenas a respeito de arrumar um emprego para ele em uma oficina. Declarou ter visto Kennedy andando em um veículo VW/Gol, mas que nunca andou no mesmo. A respeito da fotografia das peças da Hilux, um dia após o roubo do veículo, afirmou que foi o Kennedy quem lhe enviou e ofereceu-lhe para venda. Negou ter conversado com Kennedy a respeito de roubo de veículo, que pagaria R\$1.000,00 (um mil reais) para execução do serviço. Alegou que a conversa provavelmente girou em torno da aquisição das peças veiculares.

O acusado Eli Eduardo Brandão, ao ser interrogado (mov. 233), confirmou ter feito o transporte de uma carroceria, um capô e outras peças de uma Hilux. Alegou que pegou as peças em uma casa para levar até uma oficina na Vila Canaã. Contou que na casa onde buscou as peças tinha um cachorro. Afirmou que foi com um rapaz buscar as peças, sendo que ele estava com a chave da casa e foi esse rapaz que o ajudou a colocar as peças em sua camionete. Afirmou que não sabe o nome da pessoa que contratou seu serviço de frete, mas que foi a mesma pessoa que lhe auxiliou com o carregamento das peças. Alegou que nunca havia feito serviço para essa pessoa. Relatou que não tinha nota fiscal das peças que transportou e não a solicitou.

O acusado Wilker Alves Trajano, ao ser interrogado (mov. 233), confirmou que conhece os acusados Fernando e Lidiany. Alegou que não sabia o que Fernando fazia da vida, mas que o conhece há muitos anos, desde criança. Contou que certo dia, por volta das 18h00, ligou para Fernando e pediu ajuda ao mesmo, pois sua motocicleta havia quebrado. Que estava em Abadia de Goiás. Declarou que já cuidou de um cachorro para Fernando. Negou que alguma vez tenha ido para algum imóvel no Setor Moinho dos Ventos.

Diante do acervo de provas detalhado ficou demonstrado que Fernando embora não praticasse os crimes de roubo pessoalmente, era quem ordenava ou encomendava os roubos e furtos dos veículos (autor intelectual). Ele era o dono da arma, rastreadores, bem como alugou o imóvel utilizado para desmanche dos veículos. As mídias extraídas do aparelho celular apreendido em poder do acusado Douglas traz uma conversa entre ele e o apelante Fernando, e ainda constam fotografias dos bloqueadores de sinais (Jammer) utilizados pelo grupo criminoso nos roubos dos veículos e que foram apreendidos por ocasião do cumprimento do mandado de prisão de Kenedy.

O grupo utilizava um veículo Gol, cor branca, com placas clonadas, para prática de roubos que era conduzido por Kenedy. O envolvimento do apelante Fernando nos crimes de receptação e adulteração do sinal identificador do veículo ficou caracterizado no áudio de índice 49681125, do dia 20.05.2020, na qual ele questiona o acusado Kenedy se ele está com referido carro, obtendo resposta positiva. Nota-se que o veículo era tratado com propriedade de Fernando e ficava sob a guarda do acusado Kenedy, para ser por este usado, juntamente com os acusados Rodrigo e Benedito, nas subtrações de automóveis.

Sobre o pedido formulado pelo 1º apelante (Fernando) a respeito da desclassificação do delito de roubo para o de receptação, ou a exclusão das qualificadoras do roubo (uso de arma e concurso de pessoas), as provas são robustas o suficiente para afastar tais requerimentos, principalmente pela alta qualidade do trabalho investigativo realizado que foi totalmente confirmado em juízo, trazendo o referido apelante como o coordenador de um grupo de pessoas que tinham a prática de roubos e furtos de

veículos como meio de vida, contribuindo para abastecer as lojas da Vila Canaã, nesta Capital.

A respeito do pedido desclassificatório de receptação dolosa para culposa, defendido pelo segundo apelante Eli Eduardo Brandão, seu depoimento indica que tinha pleno conhecimento de que as peças que transportara provinha de ilícito penal, mormente por ser pessoa que convive diariamente em região renomada pela venda de peças roubadas, tanto que foi chamado para realizar o transporte por já ser conhecido dos comerciantes locais. Portanto, não tendo a defesa apresentado provas de que o réu poderia ter sido imprudente ao realizar o transporte de peças espúrias em seu carro, inviável a desclassificação pretendida.

O 4º apelante Wilker Alves Trajano, condenado somente pelo crime de associação criminosa armada, busca o reconhecimento de que agiu mediante erro de proibição.

Com efeito, comporta lembrar que referido instituto trata-se de hipótese de excludente de ilicitude, em que o agente supõe praticar uma conduta legal ou legítima, mas que em verdade configura ilícito penal.

As interceptações telefônicas realizadas na fase investigativa demonstram, com alto grau de segurança, que Wilker tinha total conhecimento de que o imóvel alugado por Fernando era usado para armazenar peças de veículos roubadas, inclusive foi quem providenciou um cachorro da raça *pitbull* para evitar que pessoas desautorizadas entrassem. Diante disso, não há como albergar tal tese.

Referido apelante também requereu a exclusão da causa de aumento referente ao emprego de arma, o que também se mostra impossível, eis que as provas demonstraram que ele tinha pleno conhecimento de que os veículos subtraídos ocorriam mediante grave ameaça as vítimas exercida com uso de arma de fogo, além do concurso de pessoas.

Desse modo, o conjunto de indicativos do envolvimento dos apelantes nos crimes em que foram condenados restou demonstrado de forma bem concreta, não deixando margem de dúvidas, devendo ser mantidas as condenações.

Da dosimetria das penas.

1º Apelante Fernando Leão Martins

Roubo da caminhonete Hilux (artigo 157, §§ 2º, inciso II, 2º-A, inciso I do Código Penal)

O julgador sentenciante fixou a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, considerando desfavoráveis os vetores das circunstâncias do crime e consequências.

Para justificar as circunstâncias negativas, utilizou-se uma das qualificadoras do crime de roubo (concurso de pessoas), o que é plenamente admitido pelo Superior Tribunal de Justiça:

“É firme na jurisprudência desta Corte Superior que "na hipótese de pluralidade de qualificadoras, é plenamente possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e das demais para exasperar a pena-base ou agravar a pena intermediária na segunda fase do critério trifásico.” (STJ, HC 482766/SP, Relator Ministro Joel Ilan, 5ª Turma, DJe 29.04.2019)

Sobre as consequências do crime, ficou registrado que “houve graves consequências, uma vez que o veículo da vítima foi desmanchado, tendo esse enorme transtorno e prejuízo, sendo recuperado apenas parte das peças”.

Desta feita, entendendo devidamente justificados os vetores negativos, devendo ser mantida a

pena-base no patamar estabelecido na sentença, eis que restou atendido o critério da proporcionalidade e razoabilidade.

Na segunda fase nada foi mencionado e na terceira, houve o acréscimo 2/3, tendo em vista o uso de arma de fogo no evento delitivo, conforme previsão expressa do inciso I do § 2º-A do artigo. 157, do Código Penal, o que indica o absoluto acerto em estabelecer a pena final do roubo em 09 anos e 02 meses de reclusão.

A pena pecuniária foi mantida no mínimo legal de 10 dias-multa.

Da pena do crime de associação criminosa armada.

No caso do crime capitulado no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, a pena-base já foi fixada no mínimo legal de 1 ano de reclusão, sobre a qual incidiu o aumento obrigatório de 1/3 (previsto no parágrafo único, eis que se trata de associação armada), totalizando 01 ano e 04 meses de reclusão a qual tornou-se definitiva e não permite qualquer modificação desta Corte, eis que já fixada no mínimo possível.

Assim, somando as reprimendas, fica justificado o total de 10 anos e 06 meses de reclusão e 10 dias-multa.

Também deve ser mantido o regime inicial fechado, bem como a sua constrição física, diante da gravidade de suas condutas e pela boa fundamentação apresentada na sentença que assim justificou a necessidade de sua prisão:

“Estando presentes ainda os requisitos da prisão cautelar do acusado Fernando Leão Martins, ou seja, presente a prova da autoria e da materialidade do delito, e visando a garantia da aplicação da lei penal, tendo em vista que o condenado respondeu todo o processo preso e após condenação em regime de segregação de liberdade não seria lógico colocá-lo em liberdade, sendo que os motivos da prisão ainda persistem, principalmente como garantia da ordem pública levando-se em consideração a periculosidade demonstrada pelo condenado no comando da associação criminosa, bem como, havendo o cometimento de delitos com a utilização de violência e grave ameaça a pessoa e ainda o envolvimento anterior deste na suposta prática de delitos violentos, deixando evidenciado que a única forma de impedir a continuidade delitiva e garantir a segurança social e a manutenção do mesmo prisão, este para apelar da sentença deverá se manter preso, autorizando a expedição da guia de execução criminal provisória após o cumprimento do mandado de intimação da sentença.”

2º Apelante Eli Eduardo Brandão

Condenado somente pelo crime de receptação, em razão do transporte das peças roubadas, sua pena-base foi fixada em 01 ano e 04 meses de reclusão e pecuniária em 10 dias-multa, sendo motivado seu afastamento do mínimo legal em decorrência do reconhecimento dos maus antecedentes, eis que a certidão inserida na mov. 228, comprova a existência sentença penal condenatória com o trânsito em julgado anterior aos fatos aqui apurados, estando inclusive em cumprimento de pena.

Não obstante, embora adequadamente justificada a pena-base, na segunda fase, entendo que comporta acolhida o pedido de reconhecimento da atenuante da confissão, tendo em vista que, de fato, Eli Eduardo admitiu ter realizado o transporte das peças, e serviu para a formação da convicção

condenatória do juízo **a quo**. Portanto, promovo a redução de sua pena na segunda fase para o mínimo legal de 01 ano de reclusão e pecuniária em 10 dias-multa.

O regime prisional deve ser mantido no semiaberto, levando-se em consideração a reincidência, motivo pelo qual também afasto a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da expressa proibição contida no inciso II, do art. 44 do Código Penal.

3º Apelante Wilker Alves Trajano

Referido corréu condenado somente pelo crime de formação de quadrilha armada a pena de 01 ano e 04 meses de reclusão, também pediu a revisão da dosimetria, o que se mostra impossível, haja vista que já fixada no menor patamar admitido em lei, considerando que se está diante do crime em sua vertente majorada, com fração de aumento previamente definida, de forma invariável, no tipo penal, ficando portanto também afastada a possibilidade de se reconhecer a confissão para reduzir a pena ante o entendimento consolidado pela Súmula 231 do STJ.

Sobre o pedido de imposição de regime aberto, resta prejudicado eis que o juiz sentenciante já fez a opção por este regime.

No que se refere ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do **sursis** da pena, o fato do crime ter sido praticado com emprego de arma afasta a possibilidade de aplicação de tais benefícios.

Igualmente, não se admite falar na possibilidade de oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal, tendo em vista a gravidade dos fatos em que se encontra inserida a conduta do réu, onde se vê presente uma diversidade de crimes com violência real às vítimas que se viram privadas de seus bens.

O pleito de recorrer em liberdade resta prejudicado conforme expressado na sentença:

“Com relação aos condenados Wilker Alves Trajano, Rodrigo Sousa Duarte e Eli Eduardo Brandão, apesar de Rodrigo ter sido condenado em regime fechado e o Eli ao cumprimento de pena em regime semiaberto, por não estarem presos preventivamente por este processo, tendo sido concedido benefícios anteriores a estes, concedo a estes o direito de recorrer em liberdade, por não haver neste momento motivos para a revogação dos benefícios concedidos e nova decretação da prisão preventiva.”

A detração penal, quando não considerada na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, é matéria afeta ao juízo da execução, nos termos do artigo 66, inciso III, “c”, da Lei 7.210/84.

Nesse sentido:

“Apelação criminal dupla. Tráfico de drogas. Associação ao tráfico. Falsa identidade. 1º Apelo. Ministerial. Manutenção integral da sentença. Princípio da independência funcional. 2º Apelo. Defensivo. Absolvição. Insuficiência de provas. Redução da pena. Detração. (...) 6. A detração penal, se não considerada na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, é matéria afeta ao juízo da execução. 7. Recursos conhecidos, integralmente provido o primeiro e parcialmente o segundo. De ofício, reduzida a pena da codenunciado” (TJGO, AC 0360336-14.2008.8.09.0090, Relator Desembargador J. Paganucci Jr., 1ª Câmara Criminal, DJe de 07.01.2021).

Do prequestionamento:

Por fim, quanto ao prequestionamento de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, sabe-se que ele constitui exigência formal de que a questão objeto dos possíveis Recursos Especial e Extraordinário tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem.

No caso em questão, todos os princípios constitucionais foram respeitados, tendo a sentença observado os dispositivos legais aplicáveis.

Destarte, acolhendo o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento somente para reconhecer a confissão ao 3º apelante, com a consequente redução da pena, mantendo no mais a sentença.

4º Apelante Rodrigo Sousa Duarte

Importa mencionar que o referido apelante não apresentou irresignação em relação as penas que lhe foram impostas.

Não obstante, por ser questão de ordem pública, ligada a restrição ao direito de liberdade e, ainda, diante do requerimento formulado pelo representante ministerial de cúpula, no sentido de se proceder, de ofício, a reavaliação da circunstância judicial dos antecedentes na fixação das penas-bases dos crimes que lhe foram imputados, passo a averiguar os fundamentos apresentados na sentença.

Acompanhando a sequência estabelecida no édito condenatório, passo a verificar a dosimetria da pena ligada ao crime formação de quadrilha armada.

Nesta parte, foi considerado em desfavor do réu somente os antecedentes, sendo afirmado que Rodrigo “responde a vários outros processos, inclusive com sentença penal condenatória por fato anterior a estes autos (16.01.2019 - 11ª Vara Criminal)”.

Ocorre que, conforme bem ponderado no parecer do douto Procurador de Justiça oficiante, “não há nos autos informação referente ao trânsito em julgado da sentença condenatória utilizada pelo julgador para considerar os seus antecedentes maus, devendo ser corrigida a sua dosimetria nesse ponto.”

A certidão inserida na mov. 227 indica que a data utilizada na sentença (16.01.2019), trata-se do dia dos fatos e não de seu trânsito em julgado.

Assim, deve ser afastada a referida circunstância desabonadora e, conseqüentemente, reduzida a pena-base para o mínimo legal de 01 ano de reclusão, sobre a qual incide a fração de 1/3 decorrente da majorante do emprego de arma, totalizando 01 ano e 04 meses de reclusão.

A respeito do crime de roubo majorado do veículo Onix (art. 157, § 2º, incisos II e VII do CP), tendo como vítima Adeilma Araújo da Silva, a fundamentação da pena-se repetiu em relação a valoração negativa os antecedentes, com o que não pode ser mantido, conforme mencionado.

Por outro lado, deve permanecer em desfavor do réu o vetor das circunstâncias em que foram praticadas o crime, a qual ficou assim justificada:

“As circunstâncias do crime podem referir-se à duração do delito, ao local do crime, à atitude durante ou após a conduta criminosa, dentre outras. No caso em análise, têm que o condenado aproveitou-se do fato da vítima ser do sexo feminino e estar acompanhada de seus filhos menores no momento da prática do fato sendo que este foi cometido com a utilização de arma branca, onde apesar de qualificar o delito, sendo presente outra qualificadora como o concurso,

pode ser utilizado nesta fase processual, fatos estes que facilitaram a prática do delito.”

Assim, faço ligeira alteração na pena-base do crime de roubo, passando de 05 anos e 06 meses, para 04 anos e 09 meses de reclusão e mantendo a pecuniária no mínimo de 10 dias-multa.

Em seguida, foram aplicadas a causa especial de aumento de pena prevista no § 2º, inciso II, do artigo 157 do Código Penal, elevando-a na fração mínima de 1/3, pois “apesar de o delito ter sido cometido em concurso de pessoas e com o emprego de arma branca, esta última foi utilizada para agravar as circunstâncias”, o que totaliza 06 anos e 04 meses de reclusão, mantida pecuniária em 10 dias-multa.

Por fim, a respeito da pena do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, inciso III e IV, do CP - do veículo Saveiro), a pena-base também seguiu o mesmo padrão de considerar desfavoráveis os antecedentes e as circunstâncias, devendo ser afastados os antecedentes e mantidas as circunstâncias, eis que adequadamente fundamentadas, veja-se:

“Quanto às circunstâncias em que foram praticadas o crime: estas também são prejudiciais, onde havendo presença de duas qualificadoras como no presente caso, chave falsa e concursos de pessoas, uma poderá ser utilizada para qualificar o delito e a outra nesta circunstância, sendo que a utilização de chave falsa facilita em muito a prática delitiva (prejudicial)”

Assim, levando-se em consideração as circunstâncias judiciais apreciadas, em que apenas uma se mostra prejudicial ao condenado Rodrigo, reduzo sua pena-base de 03 anos e 06 meses para 02 anos e 09 meses de reclusão, mantido os 10 dias-multa. Ausentes atenuantes, agravantes e causas especiais de aumento ou diminuição da pena para o delito de furto.

Realizando a somatória das penas (01 ano e 04 meses de reclusão - crime de associação criminosa; 06 anos e 04 meses de reclusão – crime de roubo; 02 anos e 09 meses de reclusão – crime de furto), fica totalizada em 10 anos e 05 meses de reclusão e 20 dias-multa, a qual torno definitiva.

Fica mantido o regime inicial fechado, bem como a sua liberdade até o trânsito em julgado.

Destarte, acolhendo o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço dos recursos e nego provimento aos apelos do primeiro e terceiro apelantes (Fernando Leão Martins e Wilker Alves Trajano) e dou parcial provimento ao apelo do segundo apelante (Eli Eduardo Brandão) para reduzir sua pena e, de ofício, também promovo a redução da pena do quarto apelante (Rodrigo Sousa Duarte).

É como voto.

Dr. Adegmar José Ferreira

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau

Relator

Apelação Criminal nº 549457.12.2020.8.09.0051

Apelante: Marcos Vinícius Domídio Carvalho

Apelado: Ministério Público

Relator: Des. Ivo Favaro

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO. DROGAS. BUSCA PESSOAL. CUMPRIMENTO. MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. FATO CONCRETO. AUSENTE. DOMICÍLIO. VIOLAÇÃO. PROVA ILEGAL. ABSOLVIÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO.

I - Não se verifica a existência de fundadas razões para autorizar o ingresso no domicílio do acusado, abordado pelos policiais em via pública em cumprimento a mandado de prisão preventiva pelo delito de homicídio e nada de ilícito sendo encontrado com ele.

II - Seguindo entendimento do STF, deve haver justa causa para o ingresso forçado em domicílio, o que não ficou demonstrado, violando direito constitucionalmente.

III - Sem provas lícitas da materialidade do crime, a absolvição é medida imperiosa.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Turma Julgadora de sua 1ª Câmara Criminal, desacolhido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para absolver Marcos Vinícius Diomídio Carvalho, nos termos do voto do Relator e da Ata de Julgamentos.

Participaram do julgamento, votando com o Relator, os desembargadores J. Paganucci Jr. e Fábio Faria, que o presidiu. Proferiu sustentação oral a advogada Maísa Lima de Paiva.

Presente, representando o órgão de cúpula do Ministério Público, a Procuradora de Justiça Cleide Maria Pereira.

Goiânia, 08 de agosto de 2023.

Des. Ivo Favaro - Relator

RELATÓRIO

Marcos Vinícius Diomídio Carvalho foi denunciado nas sanções do artigo 33 da Lei 11.343, por guardar na sua residência 1 (uma) porção de maconha, pesando aproximadamente 50 g (cinquenta gramas), balança e 32 (trinta e dois) sacos plásticos, usados na mercancia de drogas, no dia 5.9.2020, Setor Central, em Goiânia (movimentação 47).

Consta que policiais civis em cumprimento a mandado de prisão pelo delito de homicídio,

percorreram locais frequentados pelo investigado na mercancia de drogas e o abordaram em via pública; realizada a busca pessoal, nada de ilícito foi encontrado; em entrevista, admitiu guardar drogas e objetos do tráfico em sua residência; em diligência, os agentes ingressaram no local e apreenderam a droga e petrechos do tráfico; o denunciado assumiu a propriedade do entorpecente e da balança, alegando ser para consumo pessoal, lado outro, disse que os sacos plásticos eram de uma ex-namorada, mas confessou o comércio de maconha e crack entre os meses de fevereiro a agosto de 2020 no Setor Central, nesta capital.

A denúncia foi recebida em 22.1.2021 (movimentação 61).

Sentença condenou-o a 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, à razão mínima, substituída por duas restritivas de direitos, ambas na modalidade prestação de serviços à comunidade. Concedido recurso em liberdade (movimentação 116).

Apelação (movimentação 132), alegando preliminarmente, desrespeito à norma constitucional de inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI) e nulidade das provas obtidas por meio ilícito, além de todas aquelas derivadas, com a conseqüente absolvição. No mérito, busca a desclassificação da conduta para uso próprio e a concessão da assistência judiciária gratuita e recurso em liberdade (movimentação 145).

Contrarrazões ministeriais pelo desprovimento do apelo (movimentação 155).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso (movimentação 159).

É o relatório. Ao revisor.

Des. Ivo Favaro - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos, conheço.

Como relatado, o apelante recorre da condenação pela infração do artigo 33 da Lei nº 11.343.

De pronto, razão o assiste quanto à preliminar suscitada. Registro que a prova da materialidade do crime decorreu exclusivamente de lesão à norma constitucional de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI).

Na espécie, ausente justa causa para a entrada na casa do apelante.

Inicialmente, há de se destacar que conforme as declarações prestadas em juízo pelos agentes de polícia, a diligência e a investigação eram a respeito de um crime de homicídio e pretendiam cumprir um mandado de prisão temporária do acusado.

Os policiais civis narraram na delegacia, em síntese, que o réu foi abordado em via pública e nada de ilícito foi localizado com ele, mas o investigado admitiu a presença de entorpecentes e objetos relacionados ao tráfico em sua residência e, por isso, entraram na casa e apreendidas 48 (quarenta e oito) gramas de maconha, balança de precisão e 32 (trinta e dois) sacos plásticos usados na mercancia (mov. 1, fls. 7/8 e 10/11).

Em juízo, apresentaram versão diferente. O agente Thiago Roque dos Santos narrou:

“que estavam investigado um homicídio e chegaram até o acusado e a outra pessoa; que estavam com o mandado de prisão temporária do acusado e o procuravam pelo centro de Goiânia quando se depararam com ele, na Avenida Anhanguera; que o acusado ao ser abordado estava com uma porção de maconha no bolso; que se deslocaram até a casa do réu a procura da faca utilizada no crime de homicídio; que não recorda se tinham mandado de busca e apreensão e a entrada na residência foi franqueada pelo processado, onde encontraram uma peça de maconha, não muito grande e uma balança de precisão; que durante a investigação foi apurado que o apelante era traficante, mas por ocasião da prisão não tinham interesse de encontrar drogas com ele, a diligência era apenas em relação ao homicídio, a descoberta dos entorpecentes foi eventual; que como o homicídio foi na rua 3, monitoraram por alguns dias o local e foi uma surpresa o réu estar transitando com a droga no bolso; que pelos relatos que foram colhidos o acusado e outra pessoa participaram do homicídio; que segundo uma testemunha foi o acusado quem deu um golpe de faca na vítima; que após a expedição do mandado de prisão, passaram a procurar os acusados nos lugares que frequentavam; que salvo engano a droga foi encontrada no bolso do acusado e ele disse que era para consumo próprio; que quando o acusado foi abordado ele estava andando pelo Centro e ele foi colaborativo e no momento da busca domiciliar não havia ninguém no imóvel” (mov. 110).

O seu colega, Rogério Feitosa de Souza, inicia seu relato confirmando o depoimento do colega, de terem localizado o réu com drogas e a entrada ter sido franqueada; em seguida, volta atrás, e ratifica o depoimento prestado na delegacia, esclarecendo que participou da abordagem de Marcos Vinícius e, indagado qual a razão de terem entrado na residência do processado se não foram encontradas drogas com ele na busca pessoal em via pública, respondeu que perguntaram se havia entorpecentes na casa dele e ele confirmou possuir drogas para uso próprio, apesar de ter informado não traficar mais; além disso, o agente registrou não recordar com detalhes o que os levou até a residência do apelante, embora lembre que a motivação do crime de homicídio seria o tráfico de drogas e que o acusado era conhecido na região como traficante; por fim, afirmou que pelos indícios, quais sejam, o réu possuir balança e papélotes, pode afirmar que a droga encontrada destinava-se ao tráfico de drogas (mov. 110).

Nesse contexto, anota-se a existência de duas versões totalmente divergentes. Pelos depoimentos prestados pelos agentes públicos e, pela própria narração contida na peça acusatória, é perceptível constatar a ilegalidade da ação policial.

Por sua vez, o acusado narrou na delegacia que é usuário de maconha e negou o tráfico de drogas (mov. 1, fls. 15/16).

Em juízo, manteve a negativa e afirmou que não vendia drogas; que na busca pessoal não foram encontrados entorpecentes em seu poder; que a droga e a balança de precisão não lhe pertenciam e na época em que estava com sua ex-namorada era usuário e faziam uso de cocaína e maconha e os saquinhos foram encontrados na bolsa dela; que quando foi abordado não foi advertido de que poderia ficar em silêncio e não disse que tinha drogas em casa; que encontraram 47 (quarenta e sete) gramas de maconha em sua casa, na gaveta; que não autorizou os policiais entrarem em sua residência e foi ameaçado pelos agentes; que a droga que possuía era para seu consumo (mov. 110).

Há inúmeras incongruências. De todo modo, a prova é inválida.

Com efeito, não se verifica a existência de fundadas razões para autorizar o ingresso no domicílio de Marcos Vinícius. Ele estava em via pública ao ser abordado para cumprimento do mandado de prisão e há dúvidas de o acusado estar com drogas, eis que na delegacia os policiais afirmaram que nada de ilícito foi encontrado com o acusado; ademais, apesar de um dos agentes dizer em juízo que na busca pessoal encontraram no bolso do processado uma porção de droga, seu colega não confirmou a informação. Ao contrário, ratificou o relato prestado na fase policial.

Com efeito, não obstante a existência de mandado de prisão, os policiais civis disseram em juízo não recordar se tinham mandado de busca e apreensão e, além das contradições a respeito da abordagem do acusado com drogas, as justificativas para o ingresso no domicílio também foram destoantes; em juízo, Thiago disse que entraram na residência para procurar a faca usada no crime de homicídio e Rogério narrou que foram até a casa de Marcos Vinícius porque ele era conhecido no local como traficante.

Ademais, não é possível concluir que a suposta autorização de entrada dos agentes na residência tenha sido livre e sem vício de consentimento, tanto que o réu rechaçou veementemente o consentimento em juízo.

Aliás, de tudo o que foi colhido nos autos, há demasiadas incertezas das circunstâncias em que ocorreram a abordagem; embora não se deva desmerecer a credibilidade dos depoimentos dos policiais, haja vista serem servidores dotados de credibilidade, até certo ponto, há de se ter cautela se são as únicas testemunhas ouvidas em juízo a insistiram em afirmar que a entrada na residência foi consentida, já que obviamente são interessados em defender a justeza da ação.

A divergência sobre haver ou não drogas com o acusado quando abordado em via pública, negado pelo apelante, não foi minimamente solvida pela prova, resultando na favorabilidade da versão do acusado.

Com efeito, não se verifica a configuração de fundadas razões para autorizar o ingresso no domicílio do apelante; não foram abordados usuários, não houve o acompanhamento, existia apenas o mandado de prisão pelo delito de homicídio, que não pode convolar em mandado de busca e apreensão em substituição à providência que deveria ter sido solicitada perante o Juízo de 1ª instância.

O proceder é ilegal e a postura dos policiais é combatida pela jurisprudência deste Tribunal e também das Cortes Superiores: (AgRg no RHC nº 156.973/RS, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19.12.2022, DJe de 21.12.2022); (HC nº 559.652/MA, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23.06.2020, DJe de 26.06.2020).

Destaque-se, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no exame do RE nº 603.616 (Tema 280/STF), reconhecido como de repercussão geral, assentou que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 05.11.2015).

Ou seja, as buscas domiciliares sem autorização judicial dependem, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões de que naquela localidade esteja ocorrendo um delito,

o que no caso nunca ocorreu, já que nada de concreto e prévio indicava a ocorrência de tráfico de drogas no interior do domicílio, não estando documentalmente comprovado o consentimento do acusado para o ingresso em domicílio. Nesse sentido: (RHC nº 172.290, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 22.02.2023).

A propósito:

“Agravamento regimental no **habeas corpus**. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante. Atitude suspeita. 'Comportamento apreensivo'. Apreensão de droga ainda fora da residência. Quantidade não relevante. Invasão de domicílio. Ilicitude das provas. Ausência de fundadas razões. Justa causa não verificada. Constrangimento ilegal evidenciado. 1. Consoante decidido no RE 6/RO, pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária a certeza em relação à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o caso de flagrante delito. 2. No caso, o ingresso no domicílio deu-se apenas em função do 'comportamento apreensivo' do acusado, que estava 'sentando na calçada, ao avistar a polícia', bem como na apreensão de pequena quantidade de entorpecente em posse do paciente ainda fora da residência, 'tão pequena que sequer foi precisada'. Não há, contudo, indicação de investigações prévias, monitoramento no local, ou averiguação de denúncia robusta e atual ou quaisquer outros elementos indicativos de traficância. 3. A apreensão de não relevante quantidade de drogas somente com especial justificação permitirá a prisão por risco social. De acordo com mais recente entendimento jurisprudencial desta Corte, é imprescindível a prova do consentimento do paciente para ingresso dos policiais em seu domicílio, o que não se constata na espécie. 4. Tendo a busca ocorrido apenas com base em parâmetros subjetivos dos agentes policiais, sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva (ingresso no domicílio, sem ordem judicial), deve ser reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova, bem como das provas dela derivadas, nos termos do art. 157, **caput** e § 1º, do CPP. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no **Habeas Corpus** nº 679.001 – GO (2021/0212718-6), Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, julgado em 07.12.2021).

“Apelação Criminal. Tráfico de drogas (280 g de cocaína). Condenação. Penas: 1 ano e 8 meses de reclusão, regime inicial aberto, e 167 dias-multa, substituídas por duas restritivas de direitos. Apelo do Ministério Público requerendo a reforma da pena. Recurso da defesa sustentando ilicitude das provas, absolvição e desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06. (1) Nos termos do art. 240, § 2º, do CPP, para a realização de busca pessoal pela autoridade policial, é necessária a presença de fundada suspeita no sentido de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Não tendo havido a indicação sobre a instauração de procedimento investigatório prévio ou de que, no momento da abordagem, havia dado concreto sobre a existência de fundada suspeita a autorizar a busca pessoal e veicular, verifica-se a ocorrência de ilegalidade. (2) No caso dos autos, segundo a prova oral colhida, o apelante e o corréu foram abordados na rua tão somente

porque demonstraram bastante nervosismo com a aproximação de guardas municipais. Logo, a prova é ilícita. (3) Apelo da defesa conhecido e provido; Prejudicado o recurso da acusação. (TJGO, AC 0022316-84.2019.8.09.0011, Relator Desembargador Edison Miguel da Silva Junior, 2ª Câmara Criminal, DJ de 15.02.2022.

Diante de fato decorrente da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, o reconhecimento da ilicitude da prova tornam imprestáveis todas as que dela são derivadas, devendo ser desentranhadas dos autos de modo que, não existindo outros elementos aptos a sustentar a condenação, a absolvição é medida impositiva (art. 386, II, do CPP).

Prejudicados os pedidos de isenção de custas processuais e do direito de recorrer em liberdade, pois já deferidos na sentença.

Prejudicadas as demais teses.

Desacolhido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e dou-lhe provimento para absolver Marcos Vinícius Diomídio Carvalho, nos termos do artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Des. Ivo Favaro – Relator

Apelação Criminal nº 0207367.48.2014.8.09.0043

Comarca: Firminópolis

Apelante: Ministério Público

Apelado: Matheus Walmir da Silva Junio

Relatora: Des^a. Lília Mônica de Castro Borges Escher

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTIGO 171 C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. SUFICIÊNCIA DE PROVAS.

I - Não há que se falar em prescrição da pretensão estatal pela pena em abstrato, quando não transcorrido o lapso previsto em lei.

II - Mantém-se a absolvição pela prática do crime de estelionato, quando a utilização da moeda grosseiramente falsificada não possui aptidão para iludir o destinatário e, por conseguinte, obter vantagem indevida.

III - Inexistindo prova segura a lastrear a condenação pelo delito de estelionato, incabível a condenação, face ao princípio do **in dubio pro reo**.

IV - Recurso ministerial conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Primeira Turma Julgadora de sua 3ª Câmara Criminal, por unanimidade, desacolher o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer e desprover o recurso, para manter a absolvição do apelante, nos termos do art. 386, VII, do CPP, nos termos do voto da Relatora e da Ata de Julgamento.

Presidiu a Sessão de Julgamento o Desembargador Roberto Horácio de Rezende.

Presente, o Procurador de Justiça, nos termos da Ata de Julgamento.

Goiânia, data e assinado digitalmente.

Desª. Lília Mônica de Castro Borges Escher - Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de Matheus Walmir da Silva Junio, nascido aos 13.09.1995, qualificado, imputando-lhe a conduta típica prevista no artigo 171, **caput**, c/c artigo 71, **caput**, ambos do Código Penal (mov. 01, arq. 01).

Extrai-se da peça acusatória que, no dia 07 de junho de 2014, no período matutino, na cidade de São Luís de Montes Belos, o denunciado teria obtido para si vantagem ilícita, ao utilizar-se de cédula falsificada, no valor de R\$50,00 (cinquenta reais), para pagar pelo abastecimento de um veículo, em prejuízo do Posto de Combustíveis WD.

Consta, ainda, que no dia 09 de junho de 2014, por volta de 01h00, em Firminópolis, o denunciado teria obtido para si vantagem ilícita, mediante artifício, mantendo em erro o frentista Guilherme Gonçalves dos Santos, ao repassar cédula de dinheiro falsa no valor de R\$50,00 (cinquenta reais), para pagar o abastecimento de um veículo, em prejuízo do Posto de Combustível Amigos.

Narra a denúncia:

Extrai-se do Inquérito Policial em anexo, que nos dias 07.06.2014, no período matutino, na cidade de São Luís de Montes Belos/GO, e 09.06.2014, por volta das 01h, nesta cidade, Matheus Walmir da Silva Júnior, mediante mais de uma ação ou omissão, praticou crimes da mesma espécie pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, quando obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo da empresa Posto de Combustíveis Amigos, situado nesta cidade, induzindo e mantendo em erro o frentista Guilherme Gonçalves dos Santos, mediante artifício, oportunidade em que repassou cédula de dinheiro falsa no valor de R\$50,00 (cinquenta reais), para pagamento de abastecimento do veículo do tipo Hyundai Tucson, cor preta, de propriedade de sua genitora. Ainda, Matheus Walmir da Silva Júnior, na data de 07.06.2014, no período matutino, na cidade de São Luís de Montes Belos abasteceu o veículo BMW, de cor preta, de propriedade da pessoa conhecida por "Amendoim", junto ao Posto de Combustíveis WD, pagando pelo produto a quantia de R\$50,00 (cinquenta reais), também com cédula falsificada, demonstrando a prática reiterada do crime em espécie (...)"

A denúncia foi recebida no dia 28 de novembro de 2018 (mov. 01, arq. 44). O processo seguiu os seus trâmites regulares, com a mídia da audiência de instrução e julgamento publica dano movimento nº 03, culminando com a sentença (mov. 56), publicada no dia 13 de outubro de 2023, que

julgou improcedente o pedido contido na inicial acusatória, para absolver o acusado Matheus Walmir da Silva Junio dos delitos imputados na inicial acusatória, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público em suas razões recursais requereu a reforma da sentença para condenar o acusado nos termos descritos na denúncia, tendo em vista as provas produzidas nos autos (mov. 60).

A defesa, em suas contrarrazões, manifestou pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, requereu o desprovemento do recurso, mantendo-se a absolvição do apelado (mov. 73).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação manejado, reformando-se a sentença e condenando-se o apelado como incurso nas imputações constantes da exordial acusatória (mov. 88).

É o relatório, que submeto à revisão.

Goiânia, hora e data da assinatura eletrônica.

Des^a. Lília Mônica de Castro Borges Escher - Relatora

VOTO

I - ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

II - PRELIMINARES

De início, compulsando detidamente os autos, malgrado as razões da defesa, não se constata a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva no presente caso.

Considerando a sentença absolutória, a prescrição da pretensão punitiva antes de transitar em julgado a sentença para as partes somente pode ser analisada com base na pena máxima in abstracto prevista para o delito imputado, o qual, no caso em tela, é de 05 (cinco) anos, conforme previsão do artigo 171, do Código Penal.

Assim, a prescrição da pena ocorre em 12 (doze) anos, nos termos do artigo 109, inciso III, do Código Penal.

Todavia, tendo em vista que o acusado era menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos, tem-se que a punição da pretensão punitiva ocorrerá em 06 (seis) anos, nos termos do art.115, do Código Penal.

Assim, no caso em tela, entre os marcos interruptivos, ou seja, entre o recebimento da denúncia (28.11.2018) até a presente data, não transcorreu o lapso temporal de seis anos, razão pela qual não há imposição da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Vale ressaltar que não é possível adotar a causa de diminuição de pena prevista no art. 171, § 1º, do CP, como pretende o apelado, pois as circunstâncias ali previstas não estão dispostas na denúncia, de forma que a análise da redutora somente poderia ser feita no mérito da ação, pertinente à dosimetria da pena, culminando, fosse o caso, em eventual prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto.

Assim, à míngua de demais preliminares suscitadas pelas partes e não havendo nulidades ou irregularidades de ordem processual a serem analisadas de ofício, passo à análise meritória do recurso.

III – MÉRITO

1. Condenação pelo delito previsto no art. 171, c/c art. 71, **caput**, ambos do Código Penal

Pretende a acusação a condenação do apelado pelos delitos de estelionato, sob o fundamento de que as provas produzidas nos autos demonstram a conduta típica imputada, reformando-se a sentença para afastar o édito absolutório.

Pois bem.

Consta dos autos que o apelante teria obtido vantagem ilícita ao repassar uma nota de cinquenta reais ao posto de combustível WD, na cidade de São Luís de Montes Belos, no dia 07.06.2014. Posteriormente, o apelante teria efetivado a mesma conduta em face do posto de combustível Amigos, na cidade de Firminópolis, no dia 09.06.2014.

Em razão disso, foi feito Auto de Prisão em Flagrante Delito (mov. 01, arq. 03), Boletim de Ocorrência (mov. 1, arq. 12), Termo de Exibição e Apreensão (mov. 01, arq. 10), Laudo Pericial de Avaliação Preliminar de Falsidade de Papel Moeda (mov. 01, arq. 15) e Laudo de Exame Pericial Criminal de Papel Moeda (mov. 01, arq. 17).

Quanto à prova oral produzida, verifica-se que, em audiência de instrução e julgamento, a vítima Guilherme Gonçalves dos Santos narrou:

Que no dia dos fatos, por volta das 1h, estava abastecendo o carro, quando o acusado chegou. Que este estava em uma Tucson preta, com o vidro só um pouco aberto e pediu para abastecer cinquenta reais de gasolina. Que depois que o depoente colocou o combustível, o acusado lhe entregou a nota dobrada e já arrancou com o carro. Quena hora que foi desdobrar a nota, é que viu que ela era falsa. Ai ligou para a polícia, que pegou o acusado em São Luís. Que não sabe se o réu praticou o mesmo crime em São Luís. Que não o conhecia. Que na hora não viu que a nota era falsa, só depois que a desdobrou. Que no posto tem a máquina que faz o teste, o leitor, para identificar se a nota é falsa. Contudo, pelo tato dava para saber que a nota era falsa. Que após feito o boletim de ocorrência, a empresa arcou com o prejuízo. Que quando abriu a nota já viu que era falsa, pelo tato e levou até a máquina. Que a nota era grosseiramente falsa. Não soube dizer se o posto de combustível foi ressarcido do prejuízo. Que não foi descontado do seu salário.

A vítima Danilo Alves Silva disse:

Que trabalhava no Posto WD, em São Luís de Montes Belos, no ano de 2014. Que pegaram essa nota falsa no correr do dia. Que estava designado como chefe de pista e recolheu a nota para depois passar para a Polícia, ou para o banco, porque o banco recolhe automaticamente. Que a nota ficou guardada e posteriormente chegou a notificação que foram presos em Firminópolis. Informou que relatou aos policiais acerca da nota falsificada passada no posto de R\$50,00. Que citou tudo e disse que não tinha visto eles no posto durante o movimento daquele dia. Que a polícia constatou a numeração da nota. Descreveu que realmente uns dois dias anteriores ele estava nesse veículo BMW preto, no posto, momento em que não tiveram contato

coma pista. Que não tem certeza se foi Matheus quem passou a nota falsa ao posto, porque foi tudo muito corrido.

A testemunha Vitor Alves Duarte declarou:

Que não teve conhecimento dos fatos. Que conhece o Matheus. Que são amigos. Que os veículos mencionados não eram de sua propriedade. Que estava na companhia de Matheus Walmir no dia dos fatos e que vieram a Firminópolis. Que o Matheus estava dirigindo. Disse que pararam no posto de combustível e abasteceram. Que era um posto da rodovia. Que estavam em uma Tucson preta e que o veículo era da mãe dele. Que abasteceram neste posto em Firminópolis e que o pagamento, ele pagou com uma nota de R\$50,00. Que não soube que a nota era falsificada. (...). Que não percebeu se ele tinha outras notas de R\$50,00 na carteira.

Em seu interrogatório, o acusado Matheus Walmir da Silva Júnior afirmou:

Que confirma os fatos de Firminópolis, porém, o de São Luís, não, pois lá sua mãe tinha conta no posto. Que o rapaz (frentista de São Luís) aproveitou a oportunidade (do crime de Firminópolis) para denunciar o fato na delegacia. Que confirma que deu anota falsa no posto de Firminópolis (...). Que foi na pecuária de São Luís (...) e de lá para Nazário. Que estava no carro Tucson, da sua mãe. Que voltando, abasteceu. Como a lanterna estava estragada passou pelo desvio. Que não sabia que a nota era falsa. Que em relação a São Luís, conhece o "Amendoim", que é proprietário do veículo. Que na época o acusado estava ficando com uma menina e o frentista era interessado nela, por isso surgiu esses fatos. Que acha que o Danilo, para prejudicá-lo, no outro dia quando foi prestar depoimento para o Delegado ele estava lá. Que ficou sabendo que ele pegou a nota de um "cara" que vende melancia. Que ele aproveitou a oportunidade, veio em Firminópolis no outro dia e falou que o acusado tinha passado a nota. Que sua mãe tinha conta no posto de São Luís. Que não andou no carro do "Amendoim". Que em relação a Firminópolis, acha que pegou essa nota falsa na pecuária, pois foi o único lugar para onde saiu. Que passou a nota no posto de combustível sem saber que era falsa. Que foi abordado pela polícia e os policiais falaram que a nota era falsa. Que foi abordado no Batalhão da Polícia. Que passou por uma estrada vicinal porque a lanterna estava quebrada. Que pelo que saiba não ressarcir os prejuízos do posto de combustível.

Da detida análise das provas produzidas sob o contraditório e ampla defesa, entendo que não assiste razão ao apelante, quanto ao pedido de reforma da sentença para afastamento da sentença absolutória.

Primeiramente, quanto ao fato ocorrido no dia 09.06.2014, na cidade de Firminópolis, insurge dos autos a ocorrência de crime impossível, nos termos do artigo 17, Código Penal, segundo o qual: "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime".

Conforme se infere do laudo pericial, a moeda que a acusação atribuiu a qualidade de falsa, trata-se, na realidade, de mera cópia reprográfica de uma nota de R\$50,00 (cinquenta reais), com péssima qualidade da tinta utilizada em sua impressão, ausência de marcas e sinais de segurança do papel-moeda verdadeiro.

Nesse contexto, o laudo preliminar (mov. 01, arq. 15) concluiu:

“QUANTO À VISUALIZAÇÃO – levantando a nota contra a luz percebe-se o defeito da marca d'água que e da figura de uma onça bem como o número 50, presentes nas notas de R\$50,00 (cinquenta reais), pois nesta nota falsificada eles estão mal feitos, sendo que numa nota original eles são bem definidos e fixados. Quanto ao fio escuro, constatamos que na nota falsa ele está presente em apenas um dos versos, sendo que na original ele é presente em ambos os lados. QUANTO À TANGIBILIDADE: as notas originais são impressas num papel especial que possui uma textura mais firme e é mais áspero que o comum, além disso possui um relevo em algumas partes da nota. Ao passo que a nota falsificada é impressa num papel comum, sem textura e sem relevo, tampouco é áspero como as notas originais”

No mesmo sentido, o laudo de perícia criminal constatou:

“A cédula questionada apresenta divergências quanto à qualidade e ao tamanho do papel, à qualidade das tintas e ao tipo de impressão utilizada. A cédula questionada apresenta impressão plana, produzida através de impressão com tecnologia a jato de tintas. (...) A cédula questionada não é de boa qualidade, visto que apresenta divergência na qualidade do papel (perceptível ao tato) e impressão a jato de tintas. Quanto a capacidade de ludibriar terceiros o que podemos informar é que para um Perito ou uma pessoa que trabalha com o manuseio de papel moeda, a falsificação é facilmente percebida, visto que não apresentam calcografia (impressão em alto relevo) (...). Quanto à percepção das suas falsidades pelo homem médio, vai depender dos fatores de caráter subjetivo citados abaixo, os quais o Perito não tem como avaliar tecnicamente; - ambiente do delito (se com boa iluminação ou não); a potencialidade psíquica da vítima; - o estado momentâneo de espírito como distração ou pressa da pessoa que recebe o papel moeda, e se foi recebido no meio de um maço de notas; - idoneidade da pessoa que está passando o papel moeda; - do costume da pessoa em manusear papel e conhecer os seus elementos de segurança”;

Além disso, a vítima Guilherme e as testemunhas inquiridas em juízo foram unânimes ao afirmar que a nota dada pelo apelado era grosseiramente falsa, ou seja, a falsificação era perceptível nitidamente.

Portanto, a sentença absolutória está de acordo com a orientação sedimentada nesta Corte, senão vejamos:

Apelação criminal. Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Absolvição por atipicidade da conduta. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Absolvição por crime impossível. Falsificação grosseira. 1. Restando comprovadas a materialidade e autoria do crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, não há que se falar em absolvição por atipicidade da conduta, dispensando a finalidade específica do agente. 2. No caso concreto, a adulteração da placa de veículo automotor é extremamente grosseira a olho nu, incapaz de ludibriar pessoas do senso comum, não caracterizada afronta à fé pública, constituindo o autêntico crime impossível por absoluta ineficácia do meio, impositiva a absolvição. Apelo conhecido e provido (TJGO, AC nº 0135410-41, 1ª Câmara Criminal, j. 29.08.2022)

Apelação criminal. Tentativa de estelionato. Corrupção de menor. Recurso ministerial. Pleito de condenação. Impossibilidade. falsificação grosseira de moeda. Crime impossível. Não há que falarem condenação pela prática do crime de tentativa de estelionato quando a utilização da moeda grosseiramente falsificada não possui aptidão para iludir o destinatário e, por conseguinte, obter vantagem indevida. Hipótese em que fica caracterizada a impossibilidade de consumação do delito por ineficácia absoluta do meio (art. 17, CP). Apelo conhecido e desprovido. (TJGO, AC nº 314553-88, 1ª Câmara Criminal, j. 14.05.2019).

Assim, a falsidade grosseira da nota de R\$50,00 (cinquenta reais) constitui objeto potencialmente inidôneo para a materialização do crime de tentativa de estelionato, razão pela qual não há que se falar em condenação.

Quanto ao fato do dia 07 de junho de 2014, ocorrido em São Luís de Montes Belos, é certo que não constam provas suficientes para a condenação, pois a autoria delitiva está consubstanciada unicamente na palavra da vítima Danilo na fase policial. Todavia, em juízo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, o ofendido disse não ter certeza que fora o apelado o responsável por ter repassado a nota falsa.

Vale ressaltar que, conforme artigo 155, do Código de Processo Penal, não é possível fundamentar a decisão condenatória com base, exclusivamente, nos elementos informativos colhidos na investigação, de modo que, ausente confirmação em Juízo, não é possível a constatação da conduta ilícita.

E, ainda que se considere as palavras do ofendido perante a autoridade policial, é de se destacar que este afirmou, na ocasião, que “só conferiu o valor na bomba e recebeu a nota, sem prestar muita atenção, porém informa que ela estava dobrada; QUE quando foi fechar o caixa, reparou que a nota recebida de Matheus Walmir era falsa” (mov. 01, arq. 13).

Assim, pouco provável que, após várias horas de trabalho, recebendo pagamento de diversos clientes, o ofendido conseguiria, com a certeza necessária, diferenciar qual nota fora recebida pelo apelado.

De todo modo, é certo que quanto ao fato ocorrido em São Luís de Montes Belos, verifica-se que não foi apreendida a alegada nota falsa, de forma que também não foi realizado o exame pericial, restando prejudicada a comprovação da materialidade delitiva. Além disso, o ofendido afirmou que viu que a nota era falsa assim que a desdobrou, indicando, de mesmo modo, tratar-se de falsificação grosseira.

Portanto, sendo a prova controversa, insegura, com razoáveis dúvidas possíveis acerca da acusação, enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio da presunção de inocência.

Assim sendo, se a dinâmica delitiva descrita na peça acusatória não demonstra, satisfatoriamente, o fato ilícito, não há como decretar a condenação pela prática de estelionato, mantendo-se a sentença absolutória proferida pelo magistrado de origem.

Neste contexto, o seguinte julgado:

Apelação criminal. Estelionato. Declaração de inépcia da denúncia. Inviabilidade. Reconhecimento de nulidade da audiência de instrução e julgamento. Impossibilidade.

Absolvição por insuficiência de provas. Cabimento. 1. Não é inepta a peça acusatória que atende aos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. 2. Não há nulidade pela falta de requisição de apresentação de agente preso à audiência de instrução e julgamento quando não há informação dessa circunstância nos autos e a defesa técnica constituída, intimada, não comparece à solenidade, sequer para alegar o fato e requerer o adiamento do ato, muito menos justifica sua ausência. 3. Mostrando-se inconsistente e insuficiente o acervo informativo e probatório quanto à imputação de prática de estelionato, em prestígio ao direito fundamental à presunção de inocência, impõe-se a absolvição por dúvida razoável acerca da materialidade do fato imputado. Apelo conhecido e parcialmente provido (TJGO, AC nº 286461-15, 1ª Câmara Criminal, j. 20.03.2018).

Ante exposto, desacolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso ministerial e a ele nego provimento, para manter a absolvição do apelante, nos termos do artigo 386, VII, do CPP.

É o voto.

Goiânia, hora e data da assinatura eletrônica.

Des^a. Lília Mônica de Castro Borges Escher - Relatora

Apelação Criminal nº 0031273.11.2018.8.09.0011

Comarca: Aparecida de Goiânia

Apelante: Francisco de Lima

Apelado: Ministério Público

Relatora: Des^a. Lília Mônica de Castro Borges Escher

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. PRESCRIÇÃO.

I - Diante da insuficiência probatória quanto a configuração do crime de tráfico de drogas, afigura-se plausível a desclassificação da conduta para o tipo penal previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006;

II - Decorridos mais de 02 (dois) anos entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença, deve ser declarada a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, na forma do artigo 107, inciso IV, do Código Penal, combinado com o artigo 30, da Lei nº 11.343/2006.

III - Recurso conhecido e parcialmente provido. De ofício, declarada extinta a punibilidade do processado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Primeira Turma Julgadora de sua 3ª Câmara Criminal, por unanimidade, desacolher o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer e prover parcialmente o recurso, para desclassificar a conduta imputada ao apelante para aquela prevista no art. 28, da Lei nº 11.343/06 e decretar, de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do voto da Relatora e da Ata de Julgamento.

Presidiu a Sessão de Julgamento o Desembargador Roberto Horácio de Rezende.

Presente, o Procurador de Justiça, nos termos da Ata de Julgamento.

Goiânia, data e assinado digitalmente.

Desª. Lília Mônica de Castro Borges Escher - Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de Francisco de Lima, qualificada, nascido aos 02.05.1979, imputando-lhe a conduta típica prevista no artigo 33, **caput**, c.c art. 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06 (mov. 3, fls. 1/3).

Extrai-se da peça acusatória que, no dia 14 de março de 2018, por volta das 17h00, nas dependências do Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, o denunciado trazia consigo 01 porção de crack com massa bruta total de 13,207g (treze gramas e duzentos e sete decigramas) e guardava 01 (uma) porção de maconha, com massa bruta total de 75g (setenta e cinco miligramas).

Narra a denúncia:

Conforme apurado, na data e horário anteriormente citados, vigilantes penitenciários realizavam procedimento padrão de revista nas dependências do Complexo prisional quando avistaram o denunciado Francisco, sentenciado do referido estabelecimento prisional, em atitude suspeita, razão pela qual decidiram abordá-lo.

No momento da abordagem, os vigilantes penitenciários constataram que o denunciado Francisco trazia consigo substância entorpecente, pois segurava, em uma de suas mãos, 01 (uma) porção de substância de cor branca-amarelada, contendo cocaína acondicionada em plástico de cor branca-esverdeada, com massa bruta total de 13,207g (treze gramas e duzentos e sete decigramas).

Ato contínuo, os vigilantes penitenciários decidiram fazer uma busca nos pertences do reeducando, ocasião em que constataram que o denunciado Francisco guardava, em seu dormitório, 01 (uma) porção de maconha, condicionada em plástico de cor verde, com massa bruta total de 75g (setenta e cinco gramas).

Estando evidenciada a conduta criminosa de tráfico de entorpecentes nas dependências daquele estabelecimento prisional, os vigilantes penitenciários deram voz de prisão em flagrante ao denunciado e o encaminharam a Delegacia de Polícia competente para a adoção das providências necessárias. Após serem devidamente apreendidas, as substâncias

estupefacientes foram submetidas a exame pericial de constatação de drogas, conforme denota-se das folhas 14/16.

A denúncia foi recebida no dia 20 de novembro de 2018 (mov. 3, f. 101). O processo seguiu os seus trâmites regulares, com a mídia da audiência de instrução e julgamento inserida nas movimentações nº 04 e 91, culminando com a sentença (mov. 107) que julgou procedente o pedido contido na inicial acusatória para condenar o acusado Francisco de Lima nas sanções do artigo 33, **caput**, c/c art. 40, ambos da Lei 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em regime inicial semiaberto.

A parte recorrente, em suas razões recursais, requereu a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, inciso V ou VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteou pela aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, fixação do regime aberto e substituição da pena por restritivas de direito.

O Ministério Público, em suas contrarrazões, manifestou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (mov. 136).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (mov. 149).

É o relatório, que submeto à revisão.

Goiânia, hora e data da assinatura eletrônica.

Des^a. Lília Mônica de Castro Borges Escher - Relatora

VOTO

I – ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

II – MÉRITO

Pretende a defesa a absolvição do apelante, sob o fundamento de que não há prova suficiente para condenação quanto ao delito de tráfico de drogas.

A materialidade criminosa resta devidamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito (mov. 3, f. 05), Termo de Exibição e Apreensão (mov. 3, f. 36) e Laudo de Exame Criminal de Drogas e substâncias Correlatadas (mov. 3, f. 82).

Por sua vez, em que pese os fundamentos expostos na sentença, a meu ver, razão assiste à defesa, porquanto da análise dos autos, não se verificam provas suficientes a respeito da autoria do crime que foi imputado ao réu, de modo a subsidiar a sua condenação por tráfico de drogas, na medida em que a instrução processual se mostrou deficitária e insuficiente, gerando consideráveis dúvidas a respeito dos fatos narrados na exordial.

Com efeito, o vigilante penitenciário Fernando Antônio Gonçalves Leite, ouvido como testemunha em juízo, narrou:

“Pra te falar a verdade eu não tô nem lembrado dessa apreensão que teve lá. Porque eram tantas apreensão que tinha, né! (...). Prá te falar a verdade eu não me recordo dele. Que era tanta gente que a gente cuidava lá que, se eu falar que recordo! Eu não tô vendo a foto dele,

quem que é o acusado, pra falar com veracidade pra vocês. (...). Mas era assim que funcionava mesmo. Porque lá, assim. A cela tem um comando, que é o líder da facção criminosa que comanda os outros presos às vezes pode ser a droga dele ou não. Mas eles coloca pra alguém segurar lá, geralmente essa pessoa fica mais escondida mesmo, da gente. Justamente pra dificultar a vistoria na hora que fosse fazer, né! Geralmente quando trata-se da gente fazer apreensão da droga, a pessoa ela assume na hora, justamente por medo de ser coibida pelo chefe da facção criminosa, pelas outras pessoas lá. Tem alguns casos que acaba tomando a culpa”.

Já o agente Weverton Barbosa da Silva disse:

“Nessa cela faziam um serviço externo da unidade lá. Limpeza, horta, que era no semiaberto. Aí, todo mundo ficou prá lá e ele teve essa atitude suspeita. Ao entrarmos no galpão deles, que é onde eles ficavam dormindo, ele já ficou meio inquieto e tal. Quando foi feita a verificação, na cama em que o mesmo dormia, foi onde encontramos por dentro do metal da cama, colocado a substância, a droga e juntamente com a sacola deles e a identidade dele e tudo mais. (...). Pra mim ele não disse qual seria o destino dessa droga. (...). Lá eles eram aproximadamente uns 10 a 12 (detentos)”.

Por fim, o vigilante Tiago Machado dos Santos, asseverou:

Os presos tem o pernoite, cumprem o pernoite todos os dias no galpão. Que a revista é feita todas as vezes que eles entram na unidade. A cada plantão, a equipe é posicionada na entrada do presídio, para fazer a revista pessoal e individual de cada. Que passaram por muitas situações. Praticamente todos os plantões tinham alguma situação. Que especificamente, em relação ao réu, não se lembra exatamente desse caso. Mas todos os casos o preso era conduzido, identificado o que ele estava transportando, apresentava ao chefe de equipe do plantão e a decisão já era conduzir à delegacia de polícia. Confirma a assinatura dos autos.

O réu não foi encontrado para prestar depoimento em juízo, sendo decretada sua revelia (mov. 91). Todavia, em interrogatório policial, disse que:

O interrogando alega que encontrou a droga que foi apreendida em seu poder executando serviços externos no semiaberto. Alega que estava capinando e encontrou a droga no mato e a colocou em seu bolso, pois como é usuário pretendia usá-la mais tarde. Nega que fosse levar a droga para dentro do semiaberto para vendê-la, pois como já dito pretendia apenas mantê-la poder para consumi-la.

Assim, verifica-se que não consta dos autos elementos mínimos que indiquem a prática de mercância de drogas pelo acusado.

Em que pese a validade do depoimento dos agentes penitenciários em juízo – ausente qualquer elemento de prova que permita afastar sua idoneidade – é certo que, no caso em tela, as testemunhas se limitaram a afirmar que encontraram uma porção de droga junto ao acusado e outra nos seus pertences no complexo prisional, sem saber demonstrar, todavia, como o réu teve acesso aos tóxicos.

Não mencionam, ademais, elementos que indicassem a efetiva mercância da droga, como, por exemplo, eventual quantia em dinheiro ou bens que, dentro de um presídio, poderiam indicar contraprestação pela venda de drogas.

E, além da apreensão de ínfima quantia de 13,20g de crack e 75g de maconha, não foi localizado nenhum apetrecho comumente usado na traficância, por exemplo, caderno de anotações, balança de precisão ou material para embalar droga.

O que se verifica, no caso, são ilações de que o acusado praticaria atividade ilícita, porém, sem restar efetivamente comprovada a traficância.

Nesse contexto, embora não se exija prova cabal da comercialização da droga ou de atos de mercancia, o tráfico de drogas, mesmo se tratando de crime de ação múltipla, não dispensa o ônus da acusação voltado para comprovar que, na exata situação do flagrante, a droga destinava-se a terceiros.

No tangente a autoria delitiva, competia ao representante ministerial provar ter a ora apelante praticado o crime de tráfico de drogas, o que não aconteceu, sendo que a mera probabilidade existente em seu desfavor, por si só, mostra-se insuficiente para sustentar uma condenação, já que a acusação não se desincumbiu de seu mister, ou seja, comprovar as alegações feitas na denúncia.

Assim sendo, se a dinâmica delitiva descrita na peça acusatória não demonstra, satisfatoriamente, a mercancia, merece acolhimento a alegação do apelante em fase policial, acerca da insuficiência de suporte probatória para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes, afigurando-se plausível, pois, a hipótese de que a droga apreendida servia para consumo próprio, possibilitando desclassificar a sua conduta para o tipo penal previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006.

A respeito:

Apelação criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes. desclassificação para crime de uso. Possibilidade. 1. Não comprovada a destinação mercantil da droga apreendida, imperiosa a desclassificação da conduta do apelante para o delito insculpido no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, em face ao princípio **in dúbio pro reo**. Apelo conhecido e provido para desclassificar o delito de tráfico para uso próprio.” (TJGO, Apelação Criminal 257317-57.2017.8.09.0128, Relator Dr. Átila Naves Amaral, 1ª Câmara Criminal, DJe 2932 de 17.02.2020)

Apelação criminal. Tráfico de drogas. Prova da traficância inconclusa. Desclassificação para a conduta do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Remessa ao juizado especial criminal. Possibilidade. Quando o conjunto probatório não demonstra, de forma clara e precisa, que as porções de maconha e “crack” apreendidas destinavam-se à traficância, revelando, ao contrário, finalidade de consumo pessoal, impõe-se, em homenagem ao princípio **in dubio pro reo**, a desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei 11.343/06, com a consequente remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal. Inteligência dos artigos 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95 e 48, § 1º, da Lei nº 11.343/06. Apelação conhecida e provida. Remessa dos autos ao juizado especial criminal.” (TJGO, Acrim. 24770-03.2019.8.09.0087, Relator Dr. Aureliano Albuquerque Amorim, 2ª Câmara Criminal, DJe 2933 de 18.02.2020).

Consigne-se, a outro giro, que a prescrição é causa de extinção da punibilidade, ex vi do artigo 107, inciso IV, do Código Penal, sendo, pois, matéria de ordem pública, podendo ser conhecida de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, nos termos do estatuído no artigo 61, do Estatuto Processual Penal.

Consoante a símile do disposto no § 1º, do artigo 110, do Código Penal: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

Por sua vez, o artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, não prevê pena privativa de liberdade para os casos de usuários de drogas e sim, penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Nada obstante, referida Lei Especial, em seu artigo 30, estabelece o prazo de 02 (dois) anos para a prescrição da imposição e a execução das penas previstas no artigo 28, “observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts., 107 e seguintes do Código Penal”.

Em tal contexto, alumia-se, no caso, que entre a data do recebimento da denúncia, no dia 20.11.2018 (mov. 3, f. 101) e a da publicação da sentença penal condenatória, no dia 23.06.2022 (mov. 107), transcorreu lapso temporal superior a 02 (dois) anos, verificando-se a extinção da punibilidade, em face da prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa.

Prejudicadas as demais teses do apelo.

Ante o exposto, desacolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e a ele dou parcial provimento, para desclassificar a conduta imputada a Francisco de Lima para aquela prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/06 e, conseqüentemente, decreto, de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos artigos 30, da Lei Antidrogas e 107, inciso IV, do Código Penal.

É o voto.

Goiânia, hora e data da assinatura eletrônica.

Des^a. Lília Mônica de Castro Borges Escher - Relatora

Conflito de Competência nº 0141640.61.2019.8.09.0175

Comarca de Goiânia

Suscitante: 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Goiânia

Suscitados: 1ª Vara dos Crimes de Detenção e Trânsito

2ª Vara Criminal dos Crimes Punidos com Reclusão

1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

Relator: Aureliano Albuquerque Amorim

EMENTA: RELAÇÃO HOMOAFETIVA MASCULINA. LEI MARIA DA PENHA. APLICABILIDADE. ENTIDADE FAMILIAR. SEXO E GÊNEROS FEMININOS.

I - As relações homoafetivas já foram consideradas como entidade familiar pelo STF na ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, sendo perfeitamente possível a sua proteção, mesmo quando formada por pessoas do sexo masculino.

II - As previsões da Lei Maria da Penha se destinam tanto ao sexo como ao gênero feminino, situações nem sempre coincidentes, mas que ensejam a proteção legal informada.

III - Relação homoafetiva entre pessoas do sexo masculino, onde uma delas se apresenta socialmente como do gênero feminino, contando inclusive com nome social feminino e chamamento social desse mesmo gênero, possui direito à proteção da Lei Maria da Penha. Competência do Juizado de Violência Doméstica no presente caso. CONFLITO CONHECIDO E IMPROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes da Seção Criminal, à unanimidade, desacolher o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer o conflito de competência e o julgar improcedente, nos termos do voto do Relator.

Votaram, com o Relator, os Senhores Juiz Respondente Sival Guerra Pires, Desembargadores João Waldeck Félix de Sousa, Leandro Crispim, Juiz Adegmar José Ferreira, em substituição ao Desembargador Itaney Francisco Campos, Desembargadores Luiz Cláudio Veiga Braga, Ivo Fávoro, Juiz José Proto de Oliveira, em substituição ao Desembargador José Paganucci Júnior, Desembargadora Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, Juiz Adriano Roberto Linhares, em substituição ao Desembargador Edison Miguel da Silva Júnior, Desembargadores Fábio Cristovão de Campos Faria, Eudécio Machado Fagundes, Juiz Wilson da Silva Dias, em substituição à Desembargadora Lília Mônica de Castro Borges Escher, Desembargadores Camila Nina Erbeta Nascimento e Roberto Horácio de Rezende.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador Ivo Fávoro.

Presente à sessão, representando a Procuradoria-Geral de Justiça, o Doutor Maurício José Nardini.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Aureliano Albuquerque Amorim

Juiz Substituto em Segundo Grau

Em Respondência

RELATÓRIO E VOTO

Trata-se de Conflito de Jurisdição instaurado pelo juízo do 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Goiânia em face dos juízos da 1ª Vara dos Crimes de Detenção e Trânsito, 2ª Vara Criminal dos Crimes Punidos com Reclusão e 1º Juizado de Violência

Doméstica e Familiar Contra a Mulher todos da Comarca de Goiânia, com o intuito de dirimir controvérsia sobre a competência para processamento e julgamento do pedido de medidas protetivas de urgência entabulado por Sérgio Moura de Carvalho (nome social Bruna) em desfavor de Victor Aparecido de Jesus.

Os autos em comento trata-se de solicitação de medidas protetivas de urgência em benefício da vítima Sérgio Moura de Carvalho (nome social Bruna) em desfavor de Victor Aparecido de Jesus pela suposta prática do delito tipificado no artigo 129, § 9º do Código Penal c/c Lei nº 11.340/06.

No dia 07 de novembro de 2019 os autos foram distribuídos ao Plantão do 1º Grau.

Conclusos, o Juiz de Direito plantonista deixou de apreciar o pedido em sede de plantão forense, visto o lapso temporal entre a data que as supostas agressões teriam acontecido e a remessa dos autos ao plantão forense, tendo determinado a distribuição normal do feito.

Em 8 de novembro de 2019 os autos foram redistribuídos ao 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Goiânia, o qual proferiu decisão declinando da competência e determinando a remessa a uma das Varas Criminais de Detenção desta capital, sustentando a inexistência de hipótese de submissão, situação de vulnerabilidade ou caso de opressão à mulher numa perspectiva de gênero da vítima em relação ao acusado, vez que o fato foi praticado contra um homem por outro homem, ambos do sexo masculino (fls. 35/37 dos autos físicos digitalizados no evento 03).

No dia 10 de dezembro de 2019 os autos foram redistribuídos à então 1ª Vara de Detenção e Trânsito.

Em parecer, o representante do Ministério Público alegou que, em tese, teriam sido cometidos crimes de injúria, ameaça e furto, sendo que este último prevê cumprimento de pena mais severo, pugnando pela redistribuição do feito a uma das Varas de Reclusão desta Comarca. Após, a Juíza de Direito titular da Vara, Drª. Camila Nina Erbeta Nascimento, acolheu pleito ministerial e determinou a remessa dos autos a uma das Varas de Reclusão de Goiânia/GO (f. 41 dos autos físicos digitalizados no evento 03).

Na 2ª Vara Criminal desta Comarca, em 17 de fevereiro de 2020, foi aberta vista ao Ministério Público por diversas vezes, porém sem resposta, até que em 18 de abril de 2022, este Juízo determinou a redistribuição dos autos a um dos Juizados da Mulher desta Comarca por tratar-se de ilícito previsto na Lei Maria da Penha.

Inicialmente os autos foram remetidos ao Juízo do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o qual determinou a remessa do feito ao 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para as devidas providências, com fundamento no artigo 75, parágrafo único, do Código Processual Penal.

Por fim, em 09 de agosto de 2022, os autos retornaram ao 2º Juizado de Violência Doméstica desta Comarca, oportunidade em que aquele Juízo proferiu decisão suscitando Conflito Negativo de Competência em desfavor da 1ª Vara dos Crimes de Detenção e Trânsito, da 2ª Vara Criminal dos Crimes Punidos com Reclusão e do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, todos desta Comarca de Goiânia, e determinou a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado.

Concluso o feito a este relator, no movimento 66 foram reputadas necessárias as informações das autoridades judiciárias suscitadas.

Informações juntadas nos movimentos 71, 72, 75 e 76.

A Procuradoria-Geral de Justiça por sua representante, Dr^a. Joana D'Arc Corrêa da Silva Oliveira, opinou pelo provimento do Conflito de Competência, para declarar competente para atuar nos autos o juízo suscitado da 2^a Vara Criminal dos Crimes Punidos com Reclusão da Comarca de Goiânia.

É o relatório.

VOTO

A questão levantada pelos juízos suscitante e suscitados diz respeito à amplitude da aplicação da chamada Lei Maria da Penha (11.340/2006) ao caso em tela. Conforme relatado, a violência notificada ocorreu em sede de relação homoafetiva com sexo físico masculino. A pretensa vítima é Sérgio Moura de Carvalho, possuindo nome social de “Bruna”. O pretense agressor é Victor Aparecido de Jesus.

A previsão legal chave para solução do presente conflito se encontra no artigo 5 da lei, nos seguintes termos:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (...)”

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

Como se pode notar, a legislação se refere à violência doméstica e familiar contra a mulher, englobando as relações de afeto existente tanto entre parceiros como parentes. Outrossim, avança no sentido de que tais relações independem da orientação sexual. Há distinção entre mulher e sexo feminino, situações que nem sempre coincidem, e quando não coincidem, mesmo assim há proteção a essa relação familiar. A doutrina de MELO assim informa:

“Segundo o contido nos artigos supracitados a Lei avança ao estabelecer que “mulher” e “sexo feminino” não são termos equivalentes. Note-se, que o conceito de mulher trazido pela Lei Maria da Penha suplanta o perfil biológico binário (sexo feminino/sexo masculino), na identificação dos destinatários da Lei essa perspectiva mais ampla do conceito de mulher deve ser levada em consideração.¹”

É de se ressaltar que a pretensão legal de proteção à família, não exclui os vários tipos em que se verifica a sua existência, notadamente aquelas que surgiram pelas relações homoafetivas. Mesmo diante das resistências sociais no reconhecimento de relações desta natureza como entidade familiar, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, quebrou paradigmas e, finalmente, reconheceu a união homoafetiva como uma entidade familiar - formada por pessoas do mesmo sexo - detentora de direitos e deveres equiparados à união estável entre homem e mulher, nos termos do art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e do art. 1723 do Código Civil. Restou clara para a sociedade, então, a não discriminação às entidades familiares contemporâneas.

A própria legislação em seu artigo 5º inciso II, informa a conceituação admitida por ela quanto ao que se considera família.

"Art. 5º (...)

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. (...)

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual." (BRASIL, 2006)

A Lei Maria da Penha informa que a proteção que lhe é prevista diz respeito ao gênero da pessoa envolvida. O gênero nem sempre é coincidente com o sexo, posto que este se traduz pelas características físico biológicas do indivíduo, enquanto que o gênero é decorrente de aspectos sociais, culturais e políticos.²

A lei especial informa proteção ao gênero, mas também ao sexo. Por isso, há interpretações de que, quando a vítima for do sexo masculino, não teria a proteção legal, pouco importando qual seja o seu gênero, o que me soa descompassado com as fundações da legislação protetora que claramente informa sobre o gênero feminino a ser protegido.

Não se trata, portanto, de qualquer conduta lesiva contra uma mulher. Para ser crime previsto na nova Lei, é necessário que a conduta seja baseada no gênero. A ação ou omissão que não for baseada no gênero não tem previsão típica na Lei Maria da Penha. A violência doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto contra uma mulher que não for baseada no gênero realiza tipos penais comuns e não está abrangida pela nova Lei.

Na doutrina de Edison Miguel da Silva Júnior, então Procurador de Justiça, "o direito penal de gênero é formado pelo estudo dos tipos penais que tem um elemento específico que o define como crime de gênero, ou seja, conduta baseada no gênero."³

Segue ainda o Ilustre Doutrinador, agora Desembargador desta Corte de Justiça ao informar que "Gênero é elemento normativo extrajurídico. Logo, seu significado deve ser buscado fora do direito penal. Segundo HEILBORN, gênero é um conceito de ciências sociais que se refere à construção social do sexo, distinguindo a dimensão biológica da social: o raciocínio que apoia essa distinção baseia-se na ideia de que há machos e fêmeas na espécie humana, mas a qualidade de ser homem e ser mulher é realizada pela cultura."⁴

Ainda no sentido de que os argumentos de exclusão do homem como polo passivo das agressões sofridas em ambiente familiar não se coaduna com o espírito da lei e nem com as previsões constitucionais relativas à família e à igualdade, apresento as conclusões da Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, expoente evidente nesta área de atuação. Diz a doutrinadora:

"Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família,

independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade.⁵

O que está sendo evidenciado e defendido neste estudo encontra amparo no que diz o Jurista Luiz Flávio Gomes: "(...) parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicados em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha e do seu poder cautelar geral, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito."⁶

A jurisprudência também sofre tendência de proteção a todos os que estão na entidade familiar em face dos direitos da Lei Maria da Penha, conforme deixa claro o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao esclarecer que a proteção legal é em face do sexo feminino, mas também do gênero feminino. Diz o aresto:

"Tem-se que a expressão "mulher", contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais a impetrante não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui a impetrante pode ser considerada mulher. (...) Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo. Os documentos acostados aos autos, como acima mencionado, deixam claro que a IMPETRANTE pertence ao gênero feminino, ainda que não submetida a cirurgia neste sentido." (Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000, São Paulo. VOTO nº 718 3/6. p. 3-4)

Há inclusive o ENUNCIADO do IX FONAVID admitindo a proteção à mulher trans, independente de alteração de nome registral ou cirurgia. Diz o ENUNCIADO 46:

"ENUNCIADO 46: A Lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006 – APROVADO no – IX FONAVID – Natal."

Diante da clara possibilidade de aplicação das proteções da Lei Maria da Penha em face de pessoas de ambos os sexos, desde que se evidencie na vítima das agressões o gênero feminino, devemos aquilatar a situação com a dos presentes autos de conflito de competência.

A pretensa vítima tem o nome de batismo Sérgio Moura de Carvalho, sendo do sexo masculino. No entanto, ostenta o nome social "Bruna", sendo esta a alcunha pela qual é conhecida em seu meio social. Nos documentos apresentados ainda na fase policial, as afirmações do agressor para a vítima é que esta seria "uma vagabunda, prostituta e drogada", todas as expressões no gênero feminino.

Diante disso, há clara situação em que a vítima, embora tenha o sexo masculino, possui gênero feminino, podendo assim, ser protegida pelas previsões da Lei Maria da Penha. Tendo em vista que o

processo foi inicialmente remetido ao 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher de Goiânia, este é o juízo competente para conhecimento do caso, devendo o conflito ser julgado improcedente.

Ao exposto, conheço do conflito de competência e o julgo improcedente, mantendo a competência no 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher de Goiânia.

É como voto.

Goiânia, datado e assinado digitalmente

Aureliano Albuquerque Amorim

Juiz Substituto em Segundo Grau

Em Respondência

¹ Mello, Adriana Ramos de; Paiva, Livia de Meira Lima. Lei Maria da Penha na Prática (p. 151). Revista dos Tribunais. Edição do Kindle.

² Sexo refere-se às características biológicas de um indivíduo, enquanto que gênero é decorrente de aspectos sociais, culturais, políticos. Uma pessoa, por exemplo, pode ter o sexo masculino e se incluir no gênero feminino, sendo ele um travesti. A Aplicação da Lei Maria da Penha ao Gênero Feminino. Laura Nayara Gonçalves Costa Gomes. <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll/Dout/5cda/5f7b?f=templates&fn=documentframe.htm&q=medidas%20protetivas%20rela%E7%E3o%20homoafetiva&x=Advanced&2.0#LPHit1>

³ Direito Penal do Gênero - Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: Lei 11.340/06

Edison Miguel da Silva Junior. Procurador de Justiça em Goiás

De

⁴ Open cit.

⁵ Maria Berenice Dias. Desembargadora do Tribunal de Justiça do RS. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 13 - Ago/Set de 2006

⁶ GOMES, Luiz Flávio. Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher.

Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1366047/violencia-machista-da-mulher-e-lei-maria-da-penhamulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher> >. Acesso em: 28 ago. 2011.

Embargos Infringentes nº 0064303.35.2019.8.09.0162

Comarca: Aparecida de Goiânia

Embargante: Thawan Mayco Gregório de Souza

Embargado: Ministério Público

Relator: Des. Nicomedes Borges

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME QUE MANTEVE A CONDENAÇÃO DO EMBARGANTE PELA PRÁTICA DE CALÚNIA CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM RAZÃO DE SUA FUNÇÃO (ARTIGO 138 C/C ARTIGO 141, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PRETENSÃO DE PREVALÊNCIA DO VOTO MINORITÁRIO E ABSOLUTÓRIO, FULCRADO NA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO ÂNIMO DE CALUNIAR. PROCEDÊNCIA. Se os elementos de convicção amealhados ao processo

não dão conta de que o embargante agiu com ânimo de caluniar funcionário público, em razão de sua função, imperativa é prevalência do voto minoritário, diante da ausência de elemento constitutivo do tipo, consistente na atribuição de fato definido como crime descrito no artigo 138 c/c artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal, à vítima, é imperiosa a absolvição do Embargante com base no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal. EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS E PROVIDOS.

ACORDÃO

Vistos, oralmente relatados e discutidos os presentes autos de Embargos Infringentes nº 0064303-35.2019.8.09.0162, em que é embargante Thawan Mayco Gregório de Souza e embargado Ministério Público.

Acordam os integrantes da Seção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, desacolhendo o parecer Ministerial de Cúpula, conhecimento e provimento aos embargos infringentes, para prevalecer o voto minoritário (mov. 168), da lavra do insigne Desembargador Vicente Lopes da Rocha Júnior, para absolver o Embargante com base no artigo 386, III do Código de Processo Penal, nos termos do voto do Relator, exarado na assentada do julgamento que a este se incorpora.

Presidiu a sessão o Desembargador Luiz Cláudio Veiga Braga.

Presente à sessão a Doutora Vanusa de Araújo Lopes ilustre Procuradora de Justiça.

Fez sustentação oral o Dr.

Votaram:

Des. Nicomedes Domingos Borges

Des. Fábio Cristóvão de Campos Faria

Des. Eudécio machado Fagundes

Des. Roberto Horácio de Rezende

Des. Vicente Lopes da Rocha Jr.

Des. Eliseu José Taveira Vieira

Des. João Waldeck F. De Sousa

Des. Itaney Francisco Campos

Des. Luiz Cláudio Veiga Braga (presidente)

Des. Ivo Favaro

Des^a. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira

Des. Edison Miguel da Silva Jr.

Des^a. Lília Mônica de Castro Borges Escher

Des^a. Camila Nina Erbeta Nascimento)

Des. J. Paganucci Jr.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Nicomedes Borges - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes (mov. 171) opostos por Thawan Mayco Gregório de Souza em desprestígio de acórdão não unânime (mov. 166) proferido pela 3ª Câmara criminal deste Tribunal e que, adotando intelecção externada pelo emérito Relator, Des. Roberto Horácio Rezende, negou provimento a recurso apelatório (mov. 119) interposto pelo embargante objetivando a reforma da sentença (mov. 114) proferida pelo Juízo da 2ª Vara criminal da comarca de Valparaíso de Goiás e que o condenara pela prática do crime tipificado no artigo 138 c/c artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal (calúnia contra funcionário público, em razão de sua função), sendo a resposta penal liquidada em 8 meses de detenção, no regime aberto e convertida em uma restritiva de direitos (prestação de serviços comunitários), mais 13 dias-multa, no valor unitário mínimo, tendo votado divergente (mov. 168) o insigne Des. Vicente Lopes da Rocha Júnior, que deu provimento ao apelo e absolveu o condenado, firme na insuficiência de provas quanto ao ânimo de caluniar (mov. 168).

Finaliza pleiteado a prevalência do voto minoritário, a fim de que o embargante seja absolvido.

O recurso foi admitido (mov. 176) e a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Abrão Amisy Neto (mov. 180), opinou pelo conhecimento e negativa de provimento aos embargos infringentes, sendo o processo redistribuído a esta Seção criminal (movs. 182/184), vindo-me conclusos.

É o relatório, que submeto à douta revisão.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Nicomedes Borges - Relator

VOTO

Porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, dele conheço, cuidando-se a hipótese de embargos infringentes (mov. 171) opostos por Thawan Mayco Gregório de Souza em desprestígio de acórdão não unânime (mov. 166) proferido pela 3ª Câmara criminal deste Tribunal e que, adotando intelecção externada pelo emérito Relator, Des. Roberto Horácio Rezende, negou provimento a recurso apelatório (mov. 119) interposto pelo embargante objetivando a reforma da sentença (mov. 114) proferida pelo Juízo da 2ª Vara criminal da comarca de Valparaíso de Goiás e que o condenara pela prática do crime tipificado no artigo 138 c/c artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal (calúnia contra funcionário público, em razão de sua função), sendo a resposta penal liquidada em 8 meses de detenção, no regime aberto e convertida em uma restritiva de direitos (prestação de serviços comunitários), mais 13 dias-multa, no valor unitário mínimo, tendo votado divergente (mov. 168) o insigne Des. Vicente Lopes da Rocha Júnior, que deu provimento ao apelo e absolveu o condenado, firme na insuficiência de provas quanto ao ânimo de caluniar (mov. 168).

Tenciona o embargante a prevalência do voto minoritário, a fim de que seja absolvido, não lhe assistindo, contudo, razão.

Consta da denúncia que, no dia 24.04.2018, por volta das 16h21min, na comarca de Valparaíso de Goiás, Thawan Mayco Gregório de Souza, de forma livre e consciente, caluniou Lorena Bitencourt de Toledo Lessa, funcionária pública nos termos da lei, imputando a ela, falsamente, o cometimento do crime de prevaricação em razão de suas funções, ao encaminhar a manifestação nº 1275520422018-0 ao correio eletrônico da Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Goiás dizendo que a vítima, titular da 4ª Promotoria de Justiça daquela comarca “vinha fazendo prática de prevaricação nos autos em que são distribuídos a indigitada promotoria”, sede em que “os procedimentos são indeferidos sem prévia investigação dos fatos, além de conterem despachos sem nexos, com descaso total e má-fé”.

Com efeito, o crime de calúnia está sendo atribuído ao acusado, em virtude deste, via canal de ouvidoria do Ministério Público de Goiás, direcionar manifestação de inconformismo, nos seguintes termos: “Encaminho ao MPMGO reclamação em desfavor da 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Valparaíso de Goiás a qual sua titular vem fazendo pratica de prevaricação nos autos em que são distribuídos a indigitada Promotoria; todos os procedimentos são indeferidos sem previa investigação dos fatos, despachos sem nexo; um descaso, total e má vontade da promotora titular, assim requiero providencias sobre a demanda aqui narrada”.

Como lançado no voto minoritário, entendo que não é possível extrair o mínimo de prova do elemento subjetivo do tipo.

Como o trecho apresentado na denúncia é referente à Reclamação oferecida por meio da manifestação nº 1275520422018-0, enviada via eletrônica, à Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Goiás, que originou a presente ação penal, restringiu-se ao canal próprio disponibilizado pela instituição, órgão que tem como finalidade precípua desburocratizar e melhorar a prestação do serviço público, conforme se extrai do sito eletrônico do Ministério Público do Estado de Goiás, como bem apontado no voto minoritário (mov. 168) do insigne Desembargador Vicente Lopes da Rocha Júnior.

Diante disso, ninguém pode ser punido por crime doloso se não praticou o fato com vontade de concretizar os elementos objetivos das figuras típicas.

É se indispensável para a existência do crime de calúnia que o sujeito tenha a vontade de atribuir a outrem a prática de um fato definido como crime. A vontade de ofender a honra alheia é elemento subjetivo implícito no tipo. Destarte, não há delito de calúnia quando o sujeito pratica o fato com ânimo diverso (**narrandi, criticandi, defendendi** e etc).

Não obstante a isso, sabe-se que, pelo conceito analítico, adotado no Brasil, crime é um fato típico, antijurídico e culpável.

Assim, diante do princípio da presunção de inocência, incumbe ao Ministério Público provar a soma dos elementos do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), cabendo-lhe, pois, comprovar o dolo, que está contido na tipicidade.

O delito de calúnia requer que a imputação realizada seja falsa e que o réu saiba desta circunstância, bem como que o fato atribuído à vítima seja definido como crime.

Não se constata, na hipótese, o preenchimento do primeiro requisito, pois o acusado utilizou-se de canal de ouvidoria da instituição para informar que suas solicitações “não foram atendidas com a devida atenção e empenho pelo Ministério Público”, de modo que não configuram qualquer tipo penal.

Expressões utilizadas pelo acusado em seu requerimento, na condição de cidadão, não

evidenciam clara intenção de caluniar a suposta vítima, Promotora de Justiça local, pois as expressões utilizadas pelo Embargante Thawan Mayco Gregório de Souza guardam, em princípio, pertinência com a discussão da causa. Não se pode confundir veemência na linguagem, movida pela indignação do cidadão diante da insatisfação de seus pleitos anteriores e o direito de encaminhar reclamações ao órgão ouvidor (canal restrito de interligação), no intuito de “contribuir para a melhoria dos serviços prestados pelo Ministério Público”, com imputação de falso crime.

Desse modo, estando flagrantemente demonstrada a atipicidade da conduta praticada pelo acusado, diante da ausência de elemento constitutivo do tipo, consistente na atribuição de fato definido como crime à vítima, correta a alegação de falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal, devendo prevalecer o voto minoritário, e que, doravante, adoto.

Assim, pela ausência do dolo e dos demais requisitos para o crime, sendo imperiosa a absolvição do Embargante Thawan Mayco Gregório de Souza com base no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal.

Ao teor do exposto, desacolhido o parecer ministerial de cúpula, meu voto é pelo conhecimento e provimento aos embargos infringentes, para prevalecer o voto minoritário (mov. 168), da lavra do insigne Desembargador Vicente Lopes da Rocha Júnior, para absolver o Embargante com base no artigo 386, III do Código de Processo Penal.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Nicomedes Borges - Relator

SINOPSE

FATOS/Pedidos: Trata-se de embargos infringentes (mov. 171) opostos por Thawan Mayco Gregório de Souza em desprestígio de acórdão não unânime (mov. 166) proferido pela 3ª Câmara criminal deste Tribunal e que, adotando intelecção externada pelo emérito Relator, Des. Roberto Horácio Rezende, negou provimento a recurso apelatório (mov. 119) interposto pelo embargante objetivando a reforma da sentença (mov. 114) proferida pelo Juízo da 2ª Vara criminal da comarca de Valparaíso de Goiás e que o condenara pela prática do crime tipificado no artigo 138 c/c artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal (calúnia contra funcionário público, em razão de sua função), sendo a resposta penal liquidada em 8 meses de detenção, no regime aberto e convertida em uma restritiva de direitos (prestação de serviços comunitários), mais 13 dias-multa, no valor unitário mínimo, tendo votado divergente (mov. 168) o insigne Des. Vicente Lopes da Rocha Júnior, que deu provimento ao apelo e absolveu o condenado, firme na insuficiência de provas quanto ao ânimo de caluniar (mov. 168).

Finaliza pleiteado a prevalência do voto minoritário, a fim de que o embargante seja absolvido.

O recurso foi admitido (mov. 176) e a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Abrão Amisy Neto (mov. 180), opinou pelo conhecimento e negativa de provimento aos embargos infringentes, sendo o processo redistribuído a esta Seção criminal (movs. 182/184), vindo-me conclusos.

Tempestividade: próprio e tempestivo

PGJ: Dr. Abrão Amisy Neto (mov. 180), opinou pelo conhecimento e negativa de provimento aos embargos infringentes, sendo o processo redistribuído a esta Seção criminal (movs. 182/184), vindo-me conclusos.

CONCLUSÃO: Ao teor do exposto, desacolhido o parecer ministerial de cúpula, meu voto é pelo conhecimento e provimento aos embargos infringentes, para prevalecer o voto minoritário (mov. 168), da lavra do insigne Desembargador Vicente Lopes da Rocha Júnior, para absolver o Embargante com base no artigo 386, III do Código de Processo Penal.

SUGESTÃO DE VOTO:

Se os elementos de convicção amealhados ao processo não dão conta de que o embargante agiu com ânimo de caluniar funcionário público, em razão de sua função, imperativa é prevalência do voto minoritário, diante da ausência de elemento constitutivo do tipo, consistente na atribuição de fato definido como crime descrito no artigo 138 c/c artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal, à vítima, é imperiosa a absolvição do Embargante com base no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal.

Habeas Corpus nº 5512935.80.2023.8.09.0006

Comarca de Anápolis

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Goiás

Paciente: Emerson Marengo Lobo (Preso)

Relator: Des. Fábio Cristóvão de Campos Faria

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RELAXAMENTO DA PRISÃO. VIOLÊNCIA POLICIAL. NÃO CONHECIMENTO. ILEGALIDADE NO FLAGRANTE. SUPOSTA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. INOBSERVÂNCIA AO “AVISO DE MIRANDA” PELOS POLICIAIS MILITARES. ADVERTÊNCIA EXIGIDA SOMENTE NOS INTERROGATÓRIOS POLICIAL E JUDICIAL. PRECEDENTE DO STJ.

I - A avaliação de eventual violência policial sofrida pelo paciente, por ocasião da sua prisão, demanda a análise profunda dos fatos e das provas, o que, como se sabe, não se apresenta compatível com a via estreita do remédio heroico, razão para o não conhecimento do pedido, neste ponto.

II - A tese de invasão de domicílio e nulidade das provas dela decorrente não se afigura claramente demonstrada nos autos, devendo ser melhor analisada após a devida instrução processual, vez que não se admite dilação probatória neste comenos.

III - De conformidade com precedente do Superior Tribunal de Justiça a “legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado quanto ao seu direito em permanecer em silêncio (Aviso de Miranda), uma vez que tal prática somente é exigida nos interrogatórios policial e judicial” (AgRg no HC nº 809.283/GO). ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

RELATÓRIO E VOTO

A Defensoria Pública do Estado de Goiás, com fulcro nos artigos 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, 647 e 648, inciso IV, do Código de Processo Penal, impetra ordem de **habeas corpus**, com pedido de liminar, em proveito de Emerson Marengo Lobo, qualificado, indicando como autoridade coatora o Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Anápolis-GO.

De início, acerca dos fatos, a impetrante informa que o paciente foi preso em flagrante no dia 03.08.2023, pela suposta prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei nº 11.343/2006).

Em continuidade, aduz que o paciente afirmou, em sede de audiência de custódia, realizada em 04.08.2023, que sofreu violência policial no momento da abordagem, a qual resultou em visíveis lesões, destacadas, ainda, em sede de exame médico legal.

Ademais, registra que os policiais violaram a residência em que o paciente foi preso, ao adentrar no local sem mandado ou autorização.

Desta forma, diante de referido cenário, a defesa técnica, ao final da audiência de custódia, pugnou pelo relaxamento da prisão em flagrante, tendo o juízo, contudo, a convertido em preventiva, afirmando que o relato sobre a violência policial seria inverídico, não havendo que se falar em ilegalidade da prisão naquele momento.

Isto posto, por não se conformar com referida situação, passa a expender argumentos acerca da necessidade de relaxamento da prisão quando houver violência policial, bem como sobre a ocorrência de violação de domicílio, no caso em análise, face a inexistência de consentimento, além da inobservância do “Aviso de Miranda” e da obtenção de confissão forçada.

Assim, considerando reconhecido o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, consistente na conversão da sua segregação em flagrante em preventiva, mesmo após demonstrada a ocorrência de violação policial e invasão domiciliar, a impetrante requer “seja concedida a medida liminar para que o paciente seja imediatamente colocado em liberdade. Depois, devidamente processado, requer seja julgada procedente a ordem de **habeas corpus**, confirmando-se a medida liminar” (movimentação 1).

Junta documentos, vistos nas mov. 1.

Liminar indeferida (mov. 6).

Informações dispensadas.

Instada, a Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de sua representante, Drª. Cleide Maria Pereira, opina pelo conhecimento parcial da impetração e, nessa extensão, por sua denegação (mov. 9).

É, em síntese, o relatório. Passo ao voto.

Ab initio, importa anotar que, consoante se verifica dos autos de origem (5507855-38.2023.8.09.0006), a prisão em flagrante do paciente se deu após uma equipe policial ter sido informada, por intermédio de denúncia que teria sido recebida pelo “Disk Denúncia” da CPE, de que um indivíduo foragido estaria escondido em uma residência, situada especificamente na Rua 2 do bairro Jardim das Américas, em Anápolis-GO, sendo, inclusive, encaminhada uma foto da fachada do imóvel, onde ele e uma mulher ruiva estariam praticando tráfico ilícito de entorpecentes, sendo repassada, ainda, a informação de que no local haveria uma moto marrom, utilizada pela mencionada mulher, para a traficância.

Desta forma, de posse de referidas informações, uma equipe de inteligência da CPE se deslocou até o local e realizou diligências, ocasião em que visualizou uma mulher ruiva realizando a entrega de drogas, pelo que acionaram outra equipe da CPE (Comando), para averiguar a existência de tráfico de drogas.

Referida equipe, então, se dirigiu até o local, oportunidade em que, ao chegarem defronte a residência, foram informados por vizinhos de que um indivíduo tentava se evadir do local pulando o muro dos fundos da casa, o que fez com que a equipe se deslocasse para o lote de trás e lá conseguisse abordar e, após certa resistência, conter o paciente, o qual foi identificado e questionado sobre o motivo de sua tentativa de fuga, no que informou que estava com receio de ser preso e que na residência havia drogas.

Na sequência, após procederem consulta e verificarem que o paciente possuía mandado de prisão em aberto, bem assim diante da informação de que haveria drogas no interior do imóvel do qual pretendia se evadir, os Militares ingressaram na residência e lograram êxito em encontrar mais de 5kg (cinco quilogramas) de substâncias assemelhadas à maconha, consoante se verifica de Laudo de Perícia Criminal – Constatação de Drogas (Exame Preliminar) visto às páginas 58/60 do pdf integral dos autos originários, além de uma arma de fogo tipo revólver calibre 38, plástico filme, duas balanças, caderno de anotações, chips de celular, dinheiro em espécie e uma motocicleta Biz 125 de cor marrom.

Isto posto, acerca do pleito de necessidade de relaxamento da prisão em flagrante, em razão de suposta violência policial ocorrida no momento da abordagem do paciente, é de se consignar que, para a análise de tal situação, necessária seria a incursão em fatos e provas, o que, como se sabe, não se apresenta compatível com a via estreita do remédio heroico, razão para o não conhecimento do pedido, neste ponto.

Nesta esteira de raciocínio, **mutatis mutandis**, eis o julgado:

“**Habeas corpus**. Tráfico. Violência policial. 1. A avaliação de eventual violência policial sofrida pelo paciente por ocasião da sua prisão demanda análise profunda dos fatos e das provas, incompatível com a via estreita deste remédio heroico, razão para o não conhecimento do pedido. (...) Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada” (TJGO, 1ª Câmara Criminal, **Habeas Corpus** nº 5103608-97.2023.09.0000, j. 20.03.2023, Relator Desembargador J. Paganucci Jr., DJ de 20.03.2023).

Em continuidade, acerca da tese de violação de domicílio do paciente por parte dos Policiais que participaram da ocorrência, na medida em que não possuíam mandado de prisão para tanto, em

suposta ilegalidade, conforme o teor do art. 157, **caput**, do CPP, bem assim do art. 5º, incisos XI e LVI, da Carta Magna, mister observar que a análise de referida argumentação também se mostra incompatível com o *writ*, que não admite a ampla incursão no conjunto fático-probatório, exceto quando for suficientemente clara a indicar situação de abuso ou erro na ação policial, o que não se verifica **in casu**.

Desta forma, diante das circunstâncias fáticas alhures citadas e de aparentes fundadas razões sobre a existência de drogas no interior da casa do paciente, é que os Militares procederam à busca domiciliar e lograram êxito em encontrar quantidade considerável de drogas, além de arma e petrechos da traficância.

Assim, em análise provisória, vislumbra-se a existência de razões que justificaram a abordagem do paciente e o ingresso dos policiais na sua residência, ainda que inexistente consentimento para tanto, não configurando patente violação de domicílio. Entretanto, saliento que a avaliação da licitude da ação policial e dos elementos probatórios produzidos poderá ser aprofundada e melhor debatida no bojo de eventual ação penal a ser instaurada perante o juízo de origem, após a necessária instrução criminal.

Na sequência, a impetrante sustenta que o paciente teve seu direito ao silêncio violado durante a abordagem e a entrada dos Policiais na sua residência, em ofensa ao art. 5º, inciso LXIII, da CF.

Todavia, necessário observar que, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a legislação não prevê que os policiais, no momento da abordagem, informem ao investigado sobre o “Aviso de Miranda”, na medida em que referida obrigatoriedade da informação se reserva ao interrogatório extrajudicial e judicial.

Senão vejamos:

“Agravo regimental em **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio. (...) ausência de 'aviso de Miranda' na abordagem policial. Advertência exigida somente nos interrogatórios policial e judicial. Legalidade das provas obtidas na busca e apreensão. Constrangimento ilegal inexistente. Agravo regimental improvido (...) 4. A legislação processual penal não exige que os policiais, no momento da abordagem, cientifiquem o abordado quanto ao seu direito em permanecer em silêncio (Aviso de Miranda), uma vez que tal prática somente é exigida nos interrogatórios policial e judicial. 5. Agravo regimental desprovido” (STJ, Quinta Turma, AgRg no HC nº 809.283/GO, j. 25.05.2023, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 24.05.2023).

Inobstante a isso, da fala extrajudicial dos policiais consta que, em entrevista informal, perante os Militares, o paciente teria asseverado que havia entorpecentes em sua residência e, na sequência, perante a autoridade policial, no interrogatório, acompanhado de advogado, tem-se que o paciente foi cientificado da possibilidade de permanecer em silêncio e de suas garantias constitucionais, momento em que, mesmo assim, afirmou ser verdadeira a imputação que lhe foi feita.

Assim sendo, não se verifica, de plano, eventual prejuízo da suposta entrevista informal, no momento da abordagem, se, perante a autoridade policial, após cientificado de seus direitos, ele teria reconhecido como verídicas as imputações que lhe foram atribuídas.

Contudo, a questão poderá ser analisada com maior profundidade no decorrer de eventual ação penal, em que o paciente terá a oportunidade de ser ouvido em juízo, na presença de seu defensor, quando novamente será cientificado de seu direito de permanecer em silêncio.

Ao teor do exposto, acolhido o parecer ministerial de cúpula, conheço em parte da impetração e, nessa extensão, denego a ordem.

É o voto.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. Fábio Cristóvão de Campos Faria - Relator

Habeas Corpus nº 5174691.76.2023.8.09.0000

Comarca de Inhumas

Impetrante: Hyago José Barbosa

Paciente: Cleibe Márcio Clariano

Relator: Des. Fábio Cristóvão de Campos Faria

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. FALTA GRAVE. VIOLAÇÕES JUSTIFICADAS E INDULTO NATALINO. NÃO CONHECIMENTO. REVOGAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO E RECOLHIMENTO NA UNIDADE PRISIONAL. PRESÍDIO PARCIALMENTE INTERDITADO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA.

I - Não se conhece da impetração no que diz respeito as justificativas para as violações da área de monitoração e ao direito ao indulto natalino, matérias que deverão ser apreciadas pelo juízo de 1º grau e, eventualmente, impugnadas em sede recursal por recurso apropriado, uma vez que demanda vasta análise de critérios objetivos e subjetivos, o que é incompatível na via estreita do **mandamus**.

II - Paciente cumpre pena em regime aberto com monitoramento eletrônico e, embora reconhecida falta grave com revogação do monitoramento e determinação de recolhimento diário na Unidade Prisional local, no caso concreto a medida não se mostra razoável, uma vez que a Unidade Prisional se encontra parcialmente interdita, devendo ser suspensa a ordem de recolhimento com o retorno ao regime aberto domiciliar monitorado até a existência de Casa do Albergado ou estabelecimento adequado ao regime aberto. **ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA.**

RELATÓRIO E VOTO

Hyago José Barbosa, com fulcro no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e artigo 647 e 648, inciso I, do Código de Processo Penal, impetra o presente pedido de **habeas corpus**, pleiteando liminar em proveito de Cleibe Marcio Clariano, aponta como autoridade coatora o Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Inhumas - GO.

Conta que o paciente fora condenado nas sanções do artigo 184, § 10, do Código Penal, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, regime inicial semiaberto e estava cumprindo pena em regime aberto com monitoramento eletrônico desde o dia 24.02.2022.

Afirma que o paciente violou, dentro da área de inclusão, o horário estabelecido na decisão que determinou as condições do monitoramento eletrônico, fatos devidamente justificados. No entanto, em clara intenção de “pesar a mão do judiciário” o juízo reconheceu tais situações como graves e revogou o benefício do monitoramento eletrônico, mantendo o regime aberto, a data-base para novos benefícios e determinou o recolhimento na Unidade Prisional de Inhumas na sexta-feira até as 20 horas e sair a partir as 06 horas de segunda-feira ou do dia útil seguinte, além de outras medidas expressas na decisão questionada.

Sustenta a falta de estabelecimento adequado para cumprimento da pena em regime aberto, além da Unidade Prisional Regional de Inhumas se encontrar interditada conforme notícias nos sites da Defensoria Pública, Ministério Público e outros colacionados, mostrando-se a medida extrema e incompatível com a Lei de Execução Penal, sendo plenamente possível a continuidade do monitoramento eletrônico.

Assevera ainda, que o paciente faz jus ao benefício de Indulto Natalino, previsto no Decreto Presidencial nº 11.302/2022, especialmente sob a ótica dos arts. 5º e 7º do referido Decreto, tendo, inclusive, já requerido os efeitos de extinção de punibilidade prevista no Decreto Presidencial, pedido indeferido pelo juízo da execução que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto Presidencial, de forma equivocada, pois o Supremo Tribunal Federal tem admitido sua aplicação, conforme entendimento do TJGO em situações análogas.

Requer a concessão da ordem, liminarmente, para suspender a ordem de recolhimento na Unidade Prisional de Inhumas. Ao final, a concessão definitiva da ordem e concessão dos benefícios do Indulto Natalino previsto pelos arts. 5º e 7º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022 com extinção da punibilidade do paciente.

O pedido foi instruído com documentos (mov. 01).

Liminar parcialmente deferida para determinar a limitação de final de semana nos termos do art. 48, do CP. Não existindo casa do albergado na Comarca, determinado o retorno ao regime aberto domiciliar com monitoração eletrônica (mov. 05).

O impetrante se manifesta informando que “o ofício expedido não “chegou” a Vara de Execução Criminal da Comarca de Inhumas e, por tal situação, fora determinada a regressão cautelar do Impetrante”, que o paciente se encontra preso na Unidade Prisional de Ituaçu e requereu a revogação da prisão com expedição de alvará de soltura (mov. 08).

Pedido indeferido e determinado novo envio da cópia da liminar à autoridade coatora (mov. 10).

Informações pelo impetrado (mov. 14).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Arquimedes de Queiróz Barbosa, opina pelo não conhecimento, caso conhecido por sua denegação (mov. 18).

É o relatório.

Passo ao voto.

Consta dos autos que o paciente condenado a pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa pela prática do crime tipificado no artigo 184, § 1º do Código Penal (ação penal nº 0150702-51.2016), teve reconhecida a prática de falta grave em razão de diversas violações da área de inclusão ocorridas nos meses de agosto/2022, setembro/2022 e outubro/2022 e revogado o monitoramento eletrônico com determinação de cumprimento de pena em regime aberto, mediante recolhimento diário na Unidade Prisional local na sexta-feira até as 20h e sair a partir das 06h da segunda-feira ou do primeiro dia útil seguinte.

Embora notificado em 14.03.2023, não se apresentou, razão pela qual foi determinada a regressão cautelar do regime prisional para o fechado e cumprida a ordem constritiva.

Posteriormente, comunicado a concessão da ordem liminar emanada nos presentes autos, a decisão de regressão cautelar foi revogada e determinado a continuidade ao cumprimento da pena em regime aberto mediante monitoramento.

O impetrante alega, em síntese, que as violações das condições de monitoramento foram devidamente justificadas; falta de estabelecimento adequado para cumprimento no regime aberto e que a Unidade Prisional de Inhumas encontra-se interdita e, ainda, que o paciente faz jus ao benefício de Indulto Natalino.

Inicialmente, apesar de o **habeas corpus** não constituir a via adequada para análise das questões relativas à execução de pena, admite-se sua impetração, de forma excepcional, para a averiguação de flagrante ilegalidade/nulidade de decisão que afete a liberdade de locomoção.

Dessa forma, quanto ao indulto natalino, este deverá ser apreciado pelo juízo de 1º grau e, eventualmente, impugnado em sede recursal por recurso apropriado, uma vez que demanda vasta análise de critérios objetivos e subjetivos, o que é incomportável na via estreita do *mandamus*, insurgência que não conheço na presente impetração.

Em relação às justificativas das violações de monitoramento eletrônico, também deve ser reconhecida a inadequação da presente ação constitucional sobre o tema, que requer análise pormenorizada por meio de recurso próprio, no caso, agravo em execução. Assim, não conheço da impetração nesse ponto.

Nesse contexto, o conhecimento do presente **habeas corpus** se dá tão somente quanto à revogação do monitoramento eletrônico com determinação de cumprimento de pena em regime aberto, mediante recolhimento diário na Unidade Prisional local, para verificar se a determinação configura ou não constrangimento ilegal apto a concessão da ordem. Vejamos.

Sabe-se que a Súmula Vinculante nº 56 do STF determina que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Referido julgado estabelece que “Os juízes da execução penal poderão avaliar os

estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado”.

No caso, embora a decisão impugnada não tenha regredido o paciente de regime de cumprimento de pena, a limitação de final de semana foi determinada em estabelecimento prisional fechado.

Conforme informações prestadas pela autoridade coatora, “os apenados da Comarca de Inhumas cumprem pena nos regimes semiaberto e aberto mediante recolhimento na unidade prisional local, em ala diferente dos presos provisórios e condenados em regime fechado, situação que foi mitigada no período da pandemia, quando passaram a cumprir prisão domiciliar mediante monitoramento eletrônico”.

Informou ainda que:

“Com o fim da pandemia, a regra foi retomada, tendo sido mantidos em monitoramento eletrônico, excepcionalmente, apenas os condenados por crimes de menor gravidade e com bom comportamento carcerário, aqui compreendido como aqueles que apresentaram autodisciplina e responsabilidade no cumprimento das condições do monitoramento, cujo benefício tem sido revogado, em caso de violações sem justificativa, a exemplo do ora paciente”.

Nessa confluência, a decisão que reconheceu como falta grave as diversas violações de área de inclusão ocorridas nos meses de agosto a outubro de 2022 e revogou o monitoramento eletrônico determinando o recolhimento na Unidade Prisional nos moldes em que se encontra as informações prestadas.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto a possibilidade de cumprimento de pena no regime semiaberto em local independente e autônomo do estabelecimento destinado ao regime fechado, sem ligação física com o restante do presídio.

A propósito:

“Execução penal. Agravo regimental no **habeas corpus**. Regime semiaberto. Cumprimento da pena em estabelecimento prisional. Ala separada dos demais presos. Trabalho externo. Saídas temporárias. Art. 82, § 2º, da LEP. Ausência de constrangimento ilegal. Agravo regimental não provido. 1. Na espécie, a Corte de origem consigna que: (...) Denota-se do relatório da Penitenciária Industrial de Joinville (fls. 13-56) que, no local, “o trabalho no que concerne à valorização do ser humano é incessante, com o acesso do apenado ao trabalho digno e profissionalizante que lhe dará frutos, não somente enquanto estiver cumprindo sua pena, mas também quando estiver livre, pois poderá utilizar-se do aprendizado que obteve dentro da unidade, tanto para a conclusão dos ensinos médio e fundamental como para aperfeiçoamento em cursos técnicos e profissionalizantes” (fl. 19). Além do mais, os reeducandos contam com assistência material e recursos humanos, assistência saúde, social, religiosa e jurídica, concluindo-se, desta forma, que o estabelecimento prisional busca a efetiva reintegração do

apenado ao convívio em sociedade, em total conformidade com o que determina a Lei de Execução Penal. Registre-se, também, que os documentos colacionados aos autos demonstram que o ergástulo, conquanto não tenha a nomenclatura de "Colônia agrícola ou industrial", possui local próprio para os detentos em regime semiaberto, sendo assegurado, inclusive, o direito de exercer trabalho externo, usufruir de saídas temporárias e frequentar cursos profissionalizantes. Assim, ainda que não haja vagas suficientes para o exercício de trabalho interno para todos os apenados, a viabilidade de trabalho externo o torna adequado (...). 2. De fato, o estabelecimento prisional acima referido enquadra-se no conceito de estabelecimento similar à colônia agrícola ou industrial, em consonância com o disposto no art. 91 da Lei de Execução Penal e no art. 33, § 1º, "b", do Código Penal. Ressalte-se que o Recurso Extraordinário que ensejou o verbete sumular nº 56 assegura que estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas "b" e "c") são aceitáveis, desde que não haja alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 3. Sobre o tema, esta Corte Superior consolidou entendimento de que, se o apenado encontra-se alojado em pavilhão independente e autônomo de estabelecimento destinado ao regime fechado, sem ligação física com o restante do presídio, resguardando-se os direitos inerentes ao cumprimento da pena no modo intermediário, não há falar em constrangimento ilegal. Precedentes. 4. Impende registrar, por oportuno, que o afastamento do que ficou consignado nas instâncias ordinárias, quanto à situação das instalações e condições do recolhimento da paciente, é incompatível com a via eleita. 5. Com efeito, para se desconstituir o decidido pelo Juízo das Execuções Criminais e pela Corte de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e provas constantes dos autos da execução, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heroico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC nº 565.204/SC, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28.04.2020, DJe de 04.05.2020.)”

Ocorre que, além de não existir estabelecimento adequado para o cumprimento de pena no regime aberto, qual seja, Casa do Albergado, a Unidade Prisional de Inhumas encontra-se parcialmente interdita, como fez prova o apelante.

Dessa forma, diante do caso concreto, da condição existente no município de Inhumas para a execução penal, com presídio parcialmente interdita, não se mostra razoável que o paciente que cumpre pena no regime aberto, condenado por crime praticado sem violência (art. 184, § 1º, CP - violação de direito autoral), seja submetido ao recolhimento noturno na Unidade Prisional que sequer possui condições para atender aos apenados que lá se encontram, por ineficiência do estado em garantir que o cumprimento da pena possa se dar em respeito a dignidade humana.

Nessa confluência, ainda que se verifique que foi reconhecida a falta grave em razão de violações da área de inclusão, fato que deve ser discutido em recurso próprio, deve ser mantido o monitoramento eletrônico no cumprimento da pena no regime aberto, mostrando-se menos gravoso até a existência de Casa do Albergado ou estabelecimento adequado ao regime aberto, sendo suspensa a

ordem de recolhimento na Unidade Prisional de Inhumas.

Nesse sentido:

“Agravamento regimental em **habeas corpus** coletivo substitutivo de recurso próprio. Execução penal. Regime aberto em prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Possibilidade. Ausência de vagas em estabelecimento prisional compatível. Observância dos parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Pleito de retirada do equipamento. Não cabimento. Fundamentação idônea na origem. Medida necessária e adequada. Constrangimento ilegal não evidenciado. Agravamento regimental desprovido. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do **habeas corpus**, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus**. (AgRg no HC 437.522/PR, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07.06.2018, DJe 15.06.2018). 2. A jurisprudência desta Corte tem reconhecido a legalidade da imposição do uso de tornozeleira no regime aberto quando houver reconhecido déficit de vagas no regime adequado, situação que atende aos parâmetros referenciados na Súmula Vinculante 56. Precedentes: AgRg no HC nº 750.926/RJ, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02.08.2022, DJe de 08.08.2022; AgRg no HC nº 735.396/PR, Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 14.06.2022, DJe de 20.06.2022; (AgRg no HC nº 737.045/PR, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10.05.2022, DJe de 16.05.2022; AgRg no HC nº 695.943/MA, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14.12.2021, DJe de 17.12.2021; (AgRg no HC nº 691.963/RS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19.10.2021, DJe de 22.10.2021). 3. A imposição do uso de tornozeleira eletrônica durante o cumprimento de pena no regime aberto não implica nem em ofensa ao sistema progressivo que rege a execução penal, nem tampouco em agravamento indevido das condições do regime aberto. Isso porque, a par de o recolhimento do preso em seu próprio domicílio ser reconhecidamente menos gravoso do que a obrigação de recolhimento noturno em Casa de Albergado, o regime aberto não significa liberdade e, portanto, ausência de intervenção estatal, haja vista que é modalidade de prisão, devendo o executado cumprir regras e adaptar suas atividades a elas, se preciso, de acordo com as possibilidades de fiscalização. 4. Não prospera a alegação de falta de tratamento isonômico entre os sentenciados que cumprem pena no regime aberto em Goiânia/GO, se o Juízo das Execuções informou que a utilização de monitoração eletrônica nos apenados do regime aberto é a regra na Vara, desde 17.03.2020, inicialmente como medida preventiva para evitar a contaminação da COVID-19, mas também diante da precariedade estrutural da Casa de Albergado existente na cidade e da insuficiência de vagas no referido estabelecimento penal. Ademais, as informações prestadas esclareciam que, em novembro/2022, 985 apenados cumpriam pena em Goiânia, no regime aberto, com o uso de tornozeleira eletrônica, e apenas 177 cumpriam a obrigação de comparecimento semanal à casa de albergado para justificar

suas atividades, enquanto aguardavam a disponibilização de tornozeleira cuja previsão de fornecimento era de cerca de dois meses. 5. Tampouco há como se acolher a alegação de que a convivência de reeducandos em regime aberto com apenados no semiaberto na Casa de Albergado infligiria aos executados em regime aberto situação mais gravosa, se a própria defesa narra que tal convivência - a par de excepcional e decorrente de rebelião ocorrida na Colônia Agroindustrial do Regime Semiaberto no início do ano de 2018 - teria se encerrado em 31.05.2019, conforme determinação da Portaria 01/2019, editada pelo Juízo da 3ª Vara de Execução Penal de Goiânia em 1º.03.2019. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC nº 767.689/GO, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18.04.2023, DJe de 24.04.2023.)

Ante o exposto, desacolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço parcialmente o pedido e, na parte conhecida concedo a ordem impetrada, para determinar o retorno ao regime aberto domiciliar com monitoração eletrônica e suspender a ordem de recolhimento na Unidade Prisional de Inhumas.

É o voto.

Goiânia, arquivo datado e assinado digitalmente.

Des. Fábio Cristóvão de Campos Faria - Relator

Recurso em Sentido Estrito nº 5024100.46.2023.8.09.0051

3ª Câmara Criminal

Comarca de Goiânia

Recorrente: Ministério Público

Recorrido: José Carlos Barbosa

Relatora: Camila Nina Erbeta Nascimento

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. HOMOLOGAÇÃO DO AUTO DE PRISÃO. REVOGAÇÃO DA DECISÃO PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. MESMO GRAU DE JURISDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RESTABELECIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA.

I - É lícita a conduta de policiais que realizam busca pessoal e domiciliar a fim de fazer cessar a prática criminosa e apreender drogas ocultadas, proveniente de ilícito, independente de mandado judicial ou autorização, porque se trata de exceção legal prevista constitucionalmente (artigo 5º, XI,

CF), mormente porque a garantia de inviolabilidade de domicílio não se presta a proteção de agentes que estejam no exercício de atividade criminosa, conforme precedente recente do STF (STF, 1ª Turma, Ministra Rosa Weber, RHC 213852 AgR/RJ, de 30.05.2022, DJe 01.06.2022).

II - Não é permitido que o juízo revogue ato proferido por outro juízo, ambos revestidos do mesmo grau de jurisdição, principalmente quando ausente fato novo ou provocação das partes.

III - Demonstrada de forma motivada a necessidade da constrição cautelar do recorrido, alicerçada no risco de reiteração criminosa, em razão da reincidência, e na garantia da ordem pública, faz-se necessária a decretação da preventiva, sendo insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os componentes da Terceira Turma Julgadora da 3ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, acolhendo o parecer Ministerial de Cúpula, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Votaram com a Relatora o Desembargador Roberto Horácio de Rezende e o Desembargador Eliseu José Taveira Vieira.

Presidiu a sessão o Desembargador Roberto Horácio de Rezende.

Presente ao julgamento a Drª. Carla Fleury de Souza, representante da Procuradoria-Geral de Justiça.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Desª. Camila Nina Erbeta Nascimento - Relatora

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal dos Crimes Punidos com Reclusão da Comarca de Goiânia, Dr. Denival Francisco da Silva, que relaxou a prisão em flagrante de José Carlos Barbosa, nascido em 10.08.1974, filho de Ciro Barbosa e Áurea Luciana Barbosa, RG nº 8396825 SSP/GO, sob o fundamento de ilegalidade da ação policial.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso em sentido estrito, dele conheço.

No âmbito das razões (mov. 70), o Ministério Público alega que a prisão em flagrante do recorrido efetuada no dia 16.01.2023 se revestiu das formalidades legais, não havendo que se falar em violação de domicílio.

Ao final, pugnou pelo reconhecimento da legalidade da ação policial que culminou na apreensão das substâncias entorpecentes, restabelecendo-se a prisão preventiva do réu.

Analisando detidamente os autos, verifica-se que assiste razão ao recorrente, de modo que não houve violação ao disposto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Explico.

Extrai-se dos autos que o recorrido José Carlos Barbosa no dia 16 de janeiro de 2023 foi preso em flagrante pela prática dos crimes previstos no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/06 e art. 12, da Lei nº 10.826/03, por supostamente levar consigo 03 (três) porções de maconha, com massa bruta de 27,190g (vinte e sete gramas, cento e noventa miligramas) e ter em depósito 04 (quatro) tabletes da mesma substância entorpecente, pesando 3,485kg (três quilogramas, quatrocentos e oitenta e cinco gramas) e 01 (um) revólver cal. .32 marca Taurus desmuniado.

Na audiência de custódia realizada no dia 17.01.2023, a magistrada atuante na Vara de Custódia de Goiânia, Drª. Ana Cláudia Veloso Magalhães, homologou o flagrante e converteu a prisão em preventiva (mov. 16).

Em seguida, os autos foram redistribuídos à 1ª Vara Criminal dos crimes Punidos Com Reclusão da Comarca de Goiânia, ocasião na qual o Juiz Titular, Dr. Denival Francisco da Silva, reapreciou a validade do auto de prisão em flagrante e relaxou a prisão do autuado por entender que houve nulidade face à violação de domicílio, determinando a expedição do alvará de soltura em seu favor, fato que ensejou a interposição do presente Recurso em Sentido Estrito (mov. 29).

Com efeito, infere-se do Auto de Prisão em Flagrante que no dia 16.01.2023, policiais militares do Tático estavam em patrulhamento de rotina quando a Seção de Inteligência do Batalhão repassou informações recebidas através do aplicativo WhatsApp acerca de que um indivíduo que residia numa casa de muro verde situada na Rua RM-03, no residencial Guarema em Goiânia, estaria traficando drogas na região (mov. 46, doc. 01, fls. 05/07).

Diante dessa informação - INDICAÇÃO ESPECÍFICA DE LOCAL E ENDEREÇO – a equipe se dirigiu até lá, e, ao adentrar na rua indicada, por volta das 20:30h, visualizaram um indivíduo saindo de uma residência com as mesmas características repassadas pela equipe de inteligência, sendo que ao perceber a aproximação da viatura, demonstrou grande nervosismo e inquietação, razão pela qual, diante da presença de fundadas suspeitas, procederam à abordagem.

O abordado foi identificado como sendo José Carlos Barbosa, que segundo consulta efetuada no local, possuía diversas anotações criminais por homicídio, tráfico de drogas e ameaça, estando ainda envolvido em uma série de homicídios no estado de Rondônia.

Efetuada busca pessoal, foram encontradas 03 (três) porções de maconha com massa bruta de 27,190g (vinte e sete gramas, cento e noventa miligramas - Laudo de Constatação de Drogas mov. 46, doc. 01, fls. 32/34), tendo o réu, ao ser questionado, informado que realizava o comércio de substâncias ilícitas na região, e que o restante do estoque estaria em sua casa.

A partir disso, a equipe adentrou na residência do imputado, localizada na rua RM-03, Qd. 06, Lt. 04 no residencial Guarema, em Goiânia, onde foram localizadas, durante busca domiciliar, no quarto do réu, dentro de um colchão, 04 (quatro) tabletes de maconha, pesando 3,485kg (três quilogramas, quatrocentos e oitenta e cinco gramas – Laudo de Constatação de Drogas mov. 46, doc. 01, fls. 32/34) e 01 (um) revólver cal. .32 marca Taurus desmuniado.

Desse modo, conclui-se que a dinâmica dos fatos acima descrita demonstra a existência de fundada suspeita da prática do crime de tráfico de drogas, o que é suficiente para justificar o ingresso

dos policiais sem ordem judicial, não havendo ofensa ao disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, posto que há previsão de exceção constitucional à regra da inviolabilidade de domicílio.

Há de se destacar que no presente caso, antes do adentramento à residência do recorrido, os policiais haviam recebido informações oriundas da Seção de Inteligência do Batalhão (9º BPM) acerca de possível prática de tráfico de drogas numa residência de muro verde localizada na Rua RM-03, no Residencial Guarema, em Goiânia. Ao se dirigir ao local a equipe visualizou um indivíduo saindo da casa indicada, o qual demonstrou grande nervosismo e inquietação ao notar a presença dos militares. Em sua posse foram localizadas 03 (três) porções de maconha com massa bruta de 27,190 g (vinte e sete gramas, cento e noventa miligramas) (termo de depoimento do condutor – mov. 46, doc. 01, fls. 03/04).

Ademais, a autoridade policial consignou que “A abordagem do conduzido foi motivada pelo fato de ter tentado evadir, ao perceber a aproximação da viatura policial, bem como possuir as mesmas características informadas na denúncia” (mov. 46, doc. 01, fl. 16).

Ressalta-se, ainda, que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, de modo que a situação de flagrância estará caracterizada enquanto não cessar esse estado, justificando a pronta intervenção dos agentes policiais para interromper o suposto crime em desenvolvimento.

Assim, não há que se falar em ilegalidade da abordagem ou em violação ao domicílio, porquanto demonstradas razões indicativas da situação de flagrante, tratando-se da hipótese prevista no artigo 302, inciso I, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, há precedente do STF, recente: “a posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio, independentemente de mandado” (STF, 1ª Turma, Ministra Rosa Weber, RHC 213852 AgR/RJ, de 30.05.2022, DJe 01.06.2022), **in verbis**:

“Ementa: agravo regimental no recurso ordinário em **habeas corpus**. Crime de tráfico de drogas. Writ sucedâneo de recurso ou revisão criminal. (...) Violação de domicílio. Supressão de instância. Delito de natureza permanente. Prisão em flagrante. Reexame do acervo fático probatório. Inviabilidade. Flagrante ilegalidade ou teratologia não identificadas. 1-3 **omissis**. 4. “a posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio, independentemente de mandado.” (STF, 1ª Turma, Ministra Rosa Weber, RHC 213852 AgR/RJ, de 30.05.2022, DJe 01.06.2022).

Há outra decisão mais recente do STF, de 11.07.2023, da Ministra Cármen Lúcia. Vejamos. Registra-se no voto do recurso extraordinário com agravo nº 1.441.784/GO:

“é incontroverso nestes autos (...) que os policiais ingressaram na residência somente após fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas, vale dizer, após a abordagem e quando teria sido informado pelo paciente deter as drogas e que teria sido ‘franqueado’ o ingresso. À parte a veracidade deste dado, o ingresso teria se dado – como ponto incontroverso dos autos – após o encontro de drogas com o paciente”. Menciona-se que os policiais entraram na residência por terem visualizado um dos recorridos fugir ao perceber os policiais, caso bastante semelhante ao que ora se analisa (STF, 1ª Turma, Ministra Cármen Lúcia, ARE 1441784 / GO, de 26.06.2023, DJe 11.07.2023)

E na mesma linha de compreensão, há outra decisão da Ministra Cármen Lúcia, de 16.08.2023, no Recurso Extraordinário 1.447.939/ SP, assim ementado:

"Recurso extraordinário. Processual Penal. Inviolabilidade de domicílio: inc. XI do art. 5º da Constituição da República. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. Tema 280 da Repercussão Geral. Afronta à inviolabilidade de domicílio. Não evidenciada. Recurso Extraordinário provido".

Nesse mesmo sentido, julgados desse eg. Tribunal de Justiça:

Ementa: recurso em sentido estrito. Tráfico. Rejeição da denúncia. Invasão de domicílio. Ausência de justa causa. Nulidade inexistente. Ante às circunstâncias fáticas anteriores ao ingresso, ainda que decorrente de denúncia anônima, com resultado positivo no flagrante de crime de tráfico de drogas, não se afasta a legalidade da mitigação da inviolabilidade de domicílio, face à prática de crime de natureza permanente, conforme estabelece o artigo 303 do Código de Processo Penal. (...) Recurso conhecido e provido. (TJGO, Recurso em Sentido Estrito 5280410-93.2020.8.09.0051, Relator Desembargador Edison Miguel da Silva Junior, 2ª Câmara Criminal, julgado em 09.03.2022, DJe de 09.03.2022)

Além do mais, no tocante à legalidade da decisão proferida pelo magistrado da 1ª Vara Criminal dos Crimes Punidos com Reclusão da Comarca de Goiânia, que revogou a decisão proferida pela Juíza de Direito da Vara de Custódia, tem-se que não é possível a revogação de decisão judicial por outro juízo de mesma instância, sobretudo quando ausente fato novo ou provocação das partes, sendo competência do Órgão Colegiado a revisão das decisões de primeiro grau.

Nesse sentido, já se posicionou este Tribunal de Justiça sobre a matéria:

Ementa: embargos infringentes em recurso em sentido estrito. Tráfico de drogas. Revogação da prisão preventiva pelo juízo de conhecimento. Incompetência. 1) Como decidido no Voto Prevalente, a Resolução nº 126/2020, do Órgão Especial do TJGO, instituiu a Vara de Custódias na comarca de Goiânia, que tem como uma de suas atribuições a realização das audiências de custódia em caráter de urgência, podendo, de acordo com seu poder discricionário, homologar o flagrante e decretar a prisão preventiva. Sendo assim, não pode o juízo de conhecimento, investido do mesmo grau de jurisdição, revogar as suas decisões, notadamente quando ausente fato novo ou provocação das partes, cabendo tal função a este Tribunal de Justiça. Embargos infringentes conhecidos e desprovidos. (TJGO, Embargos Infringentes e de Nulidade 5122663-46.2021.8.09.0051, Relator Desembargador Eudécio Machado Fagundes, Seção Criminal, julgado em 22.11.2022, Dje de 22.11.2022)

No tocante ao pleito de decretação da prisão preventiva do recorrido, sob o fundamento de que o imputado é reincidente específico e com base na quantidade de substâncias ilícitas apreendidas, verifica-se que razão assiste ao membro ministerial, tendo em vista haver prova da existência do crime (termo de exibição e apreensão – mov. 46, doc. 01, fl. 30 – Laudo Pericial de Constatação de Drogas – mov. 46, doc. 01, fls. 32/34) e indícios suficientes de autoria (Termos de depoimento – mov. 46, doc. 01, fls. 03/08).

Consta dos antecedentes criminais do recorrido (mov. 75):

1. Execução Penal autos nº 5538998-80.2018.8.09.0051 (SEEU – pena unificada de 19 anos e 08 meses) pela prática dos crimes de:

1.1. Art. 304, **caput**, e 333, **caput**, do Código Penal e art. 16, da Lei nº 10.826/03 (autos nº 0070783.97 – trânsito em julgado em 07.04.2016 – data do fato: 28.02.2013)

1.2. Art. 33, **caput**, e 35, **caput**, da Lei nº 11.343/06 (autos nº 0283369.46 – trânsito em julgado em 09.09.2021 – data do fato: mês de dezembro de 2017)

1.3. Art. 158, § 1º, do Código Penal (autos nº 0045287.69 – trânsito em julgado em 16.08.2021 – data do fato: 12.04.2018)

2. Termo Circunstanciado de Ocorrência autos nº 5024453.86 (art. 147, do Código Penal – data do fato: 17.01.2023)

Ademais, ressalta-se que o imputado após ser colocado em liberdade mediante o uso de monitoração eletrônica, em razão de cumprir pena no regime semiaberto, rompeu a tornozeleira no dia 21.01.2023.

Além disso, foragiu para o estado do Rio de Janeiro onde foi lavrado termo circunstanciado de ocorrência no dia 05.03.2023 pela suposta prática do crime previsto no art. 307, do Código Penal, tendo sido liberado na delegacia de origem. O recorrido apenas foi recapturado no dia 19.03.2023 na comarca de Belo Horizonte/MG, tendo regredido de regime (mov. 162 – autos 5538998-80.2018.8.09.0051 SEEU).

Desse modo, resta-se constatada a imprescindibilidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, bem como para se evitar a reiteração delitiva, não havendo se falar em aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, por serem estas inadequadas e insuficientes ao caso concreto.

Nesse sentido, julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“Recurso em sentido estrito. Tráfico ilícito de drogas. Prisão em flagrante. Relaxamento. Crime permanente. Fundada suspeita. Ausência de ofensa à inviolabilidade de domicílio. Ilegalidade não configurada. Prisão preventiva. Decretação. Reiteração delitiva. Inaplicabilidade de medidas cautelares. 1. Não ocorre a ilegalidade da prisão em flagrante delito do autuado, por violação ao art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, realizada de acordo com os arts. 302 e 303, do CPP, indicando os elementos de convicção da existência do fato e do possível autor, surpreendido na posse de porções de substância entorpecente e, em tese, logo após vender parte dela a um usuário. Configurada, assim, a justa causa para ingresso no domicílio, onde foram apreendidas as demais substâncias entorpecentes, instrumento de pesagem e anotações da comercialização ilícita. 2. A gravidade concreta do crime, o **modus operandi** e o histórico criminal que atesta que o paciente está sendo processado por outros crimes, inclusive pela imputação de tráfico de substâncias entorpecentes ocorrido posteriormente ao fato que se apura nestes autos, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, a fim de se evitar a reiteração delitiva, motivo pelo qual inaplicável medidas cautelares diversas da prisão. Recurso conhecido e provido.” (TJGO, Processo Criminal. Recursos. Recurso em Sentido Estrito 5029696-48.2023.8.09.0168, Relator Desembargador Eliseu José Taveira Vieira, 3ª Câmara Criminal, julgado em 27.07.2023, DJe de 27.07.2023)

Ao teor do exposto, acolhendo o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para homologar o auto de prisão em flagrante, e determinar seja dado regular prosseguimento aos autos, bem como decretando a prisão preventiva do recorrido José Carlos Barbosa.

Expeça-se o devido mandado de prisão em desfavor de José Carlos Barbosa, válido até 16.01.2043 (data da prescrição pela pena em abstrato dos crimes), observando-se as cautelas de praxe, com as anotações no BNMP 2.

Ressalto que o Juízo **a quo**, nos termos do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, deverá reavaliar a necessidade da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias.

É o voto.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des^a. Camila Nina Erbeta Nascimento – Relatora

Revisão Criminal n° 5656950.97.2022.8.09.0000

Seção Criminal

Comarca de Aparecida de Goiânia

Requerente: Leonardo Gustavo da Veiga Jardim Cunha

Requerido: Ministério Público

Relatora: Camila Nina Erbeta Nascimento

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL. POSSE IRREGULAR E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES. NOVA TESE NÃO APRESENTADA NO PRIMEIRO E SEGUNDO GRAUS: NULIDADE DAS BUSCAS PESSOAL, VEICULAR E DOMICILIAR. INVASÃO DE DOMICÍLIO. NÃO CABIMENTO.

I - A Revisão Criminal é ação penal de natureza excepcionalíssima e tem previsão e cabimento nos expressos termos dos incisos I a III do artigo 621 do Código de Processo Penal, uma vez que a imutabilidade da coisa julgada, fator de tranquilidade social e de segurança jurídica, somente pode ser desfeita quando se verifica que a sentença condenatória for contrária ao texto de lei, ou à evidência dos autos, quando se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos ou quando após a sentença se descobrirem novas provas de inocência ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

II - A coisa julgada é fator de segurança jurídica e impede que os conflitos se eternizem, tornando-se infindáveis, o que provocaria o caos no sistema de justiça.

III - A coisa julgada está erigida a preceito constitucional e encontra-se amparada no artigo 5º, inciso XXXVI da CF.

IV - A revisão criminal não se presta a funcionar como terceira instância recursal.

V - A coisa julgada evita que a cada nova tese jurídica surgida se reabram e se revolvam todos os casos já finalizados e transitados em julgado. REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os componentes da Seção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, acolhendo o parecer Ministerial de Cúpula, em conhecer da presente Revisão Criminal e julgá-la improcedente, nos termos do voto da Relatora.

Votaram com a Relatora, o Des. João Waldeck F. de Sousa, o Des. Nicomedes Domingos Borges, o Des. Itaney Francisco Campos, o Dr. Sival Guerra Pires (em subt. o Des. Luiz Cláudio Veiga Braga), o Des. Ivo Fávaro, o Des. J. Paganucci Júnior, a Des^a. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, o Des. Edison Miguel da Silva Jr., o Des. Fábio Cristóvão de Campos Faria, o Des. Eudélcio Machado Fagundes, a Des^a. Lília Mônica de Castro B. Escher, o Des. Roberto Horácio de Rezende, o Des. Vicente Lopes Rocha Júnior e o Desembargador Eliseu José Taveira Vieira.

Presidiu a sessão o Desembargador Edison Miguel da Silva Jr.

Presente à sessão de julgamento a Dr. Abrão Amisy Neto, Procuradora de Justiça.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des^a. Camila Nina Erbetta Nascimento – Relatora

VOTO

Trata-se de ação revisional requerida por Leonardo Gustavo da Veiga Jardim Cunha contra a sentença proferida pela MM^a. Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Aparecida de Goiânia, Dr^a. Liliam Margareth da Silva Ferreira, e acórdão de relatoria do ilustre Desembargador Fábio Cristóvão de Campos Faria, onde restou condenado nas penas dos artigos 12 e 14 da Lei nº 10.826/03, em concurso material, em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, regime inicial aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, restando substituída a pena privativa de liberdade por 02 restritivas de direitos: prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana (autos nº 0423221-29.2016.8.09.0011).

Em suma, argumenta o requerente que embora tenha interposto recurso de apelação, a matéria ora em apreço é distinta, pretendendo na presente ação revisional a nulidade das buscas pessoal, veicular e residencial, por falta de justa causa (CPP, arts. 240, § 2º, e 244) e do interrogatório informal, obtido mediante violação do direito ao silêncio e invasão de domicílio, ensejando a absolvição do crime descrito no art. 12 da Lei nº 10.826/03.

Para tanto, alega ilicitude na colheita das provas utilizadas para a condenação em primeiro e segundo grau de jurisdição, argumentando que não havia fundada suspeita de que o requerente ocultasse arma no veículo, que a arma não poderia ser visualizada do lado de fora do carro, somente com busca minuciosa, levada a efeito sem diligência preliminar, havendo apenas juízo de probabilidade em razão de suposto chamado da diagonal que sequer foi formalizado, tratando-se, assim, de prova ilícita (CPP, arts. 157 e 386, II).

Além disso, aduz que os policiais afirmaram que no momento da abordagem houve uma "entrevista pessoal" em que o revisionando teria confessado ter outra arma de fogo em sua residência, não mencionando qualquer advertência das garantias constitucionais ao requerente, configurando ilegalidade por invasão de domicílio, motivo pelo qual almeja a absolvição do crime descrito no art. 12 da Lei nº 10.826/03.

Pois bem.

De proêmio, do exame dos requisitos de admissibilidade necessários para o manejo da presente ação revisional, cumpre assinalar que se encontra revestida de legitimidade e de interesse de agir.

Todavia, verifica-se a existência de óbice à procedência do pedido, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal.

Como é cediço, a Revisão Criminal é ação penal de natureza excepcional, cuja competência para seu conhecimento é, originariamente, dos Tribunais de Justiça, e tem por escopo a superação da coisa julgada em situações taxativamente expressas em lei, isto é, somente pode ser admitida quando estiverem presentes algum dos pressupostos específicos elencados nos incisos I a III do artigo 621 do Código de Processo Penal, uma vez que está sujeita às condições de procedibilidade inerentes a toda ação, podendo prosperar apenas nos exatos termos expressos nos incisos mencionados.

Vê-se que somente em casos excepcionalíssimos é que a imutabilidade da coisa julgada – fator de tranquilidade social e de segurança jurídica – pode ser desfeita.

Isso porque a coisa julgada tem como objetivo dar segurança jurídica às decisões judiciais e evitar que os conflitos se eternizem, provocando instabilidade jurídica, social e até mesmo o descrédito da Justiça com discussões intermináveis sobre o mesmo tema.

Outra das finalidades precípua da coisa julgada é imprimir segurança aos julgados, evitando infundáveis discussões jurídicas sobre os mesmos temas, o que geraria desordem e processos intermináveis.

A coisa julgada também evita que a cada nova tese jurídica surgida, como é o caso da recente e recorrente matéria, presente em todas as defesas e julgamentos atuais, referente a nulidade das provas em razão de buscas domiciliares, em veículos e pessoais, se reabram e se revolvam todos os casos já finalizados e transitados em julgado, o que provocaria o caos no sistema de justiça.

Inclusive, para esse fim, garantia da segurança jurídica, a coisa julgada está erigida a preceito constitucional, onde está amparada no artigo 5º, inciso XXXVI, CF, **in verbis**: "A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Todavia, o que se vê hoje é a utilização da Revisão Criminal como uma terceira via para tentativa de rediscussão ampla de acórdãos ou sentenças transitadas em julgado.

São propostas logo em seguida ao trânsito em julgado do acórdão, na sequência imediata ou próxima, tanto que nesta Seção Criminal temos a maioria dos casos de Revisão criminal de processos recém-julgados e transitados em julgado, do ano de 2022, 2021, 2019, tumultuando o deslinde natural da questão.

Passando ao caso em análise, da verificação atenta da documentação e de todo o alegado, conclui-se que não estão presentes nenhuma das hipóteses descritas no artigo 621 do Diploma Processual Penal, sendo certo que o requerente pretende tão somente uma nova reavaliação da matéria contida nos autos, objetivando alcançar a todo custo uma solução mais benéfica para seu cliente, pretensão essa incabível em sede de ação revisional.

Com efeito, a revisão criminal não se presta a funcionar como segundo apelo, para reanalisar toda a matéria já escrutinada e julgada, nesse fato, em duas ocasiões, na sentença e no acórdão, o que implicaria em desvirtuar-se a finalidade precípua a ela inerente.

Ainda que as pretensas nulidades não tenham sido arguidas nas razões recursais, todas as provas ora questionadas faziam parte das fases inquisitiva e judicial e passaram pelo crivo dos julgadores no momento da prolação da sentença e do julgamento do recurso de apelação.

A observância de alguma nulidade e sua declaração faz parte intrínseca anterior ao julgamento do mérito, tanto no primeiro grau de jurisdição como no segundo.

E nenhuma prova ou elemento novo foi produzido ou acostado aos autos que possa mudar a situação do requerente. Para melhor demonstrar essa afirmativa, passo à análise dos fatos.

O requerente em juízo valeu-se do direito de permanecer calado, ocasião em que na realidade poderia ter alegado qualquer das matérias ora ventiladas, até mesmo por indagação de seu próprio advogado. Quedou-se inerte.

No momento em que foi ouvido no flagrante, ainda no calor dos acontecimentos, demonstrou calma e narrou com detalhes todo o ocorrido: "(...) QUE não tem o hábito de andar armado e que a arma, pistola, Taurus, calibre .380, estava dentro do seu carro, porque havia levado-a para consertar; Que a espingarda, calibre 28, é uma relíquia de família, pertenceu a seu avô paterno e mantinha ela guardada em sua chácara; QUE e verdadeira imputação que lhe é feita, pois realmente trazia em seu veículo na via pública, na Rua República do Líbano, no Jardim Buriti Sereno, quando dois policiais, sem farda, em um veículo VW/GOL de cor cinza, sinalizou (SIC) para que parasse; QUE o interrogando obedeceu a ordem e após descer os policiais militares questionaram se havia alguma arma dentro do veículo, no que o interrogando afirmou que sim e, inclusive, apresentou o registro: da referida arma, QUE um dos policiais fez um busca veicular e encontrou uma pistola calibre .380, compatível com os dados do registro apresentado; QUE em seguida os policiais lhe algemaram e perguntaram por mais armas e que sabiam que o interrogando tinha mais armas em casa e que iriam até lá, QUE então seguiram para a chácara, situada na Av. Graça Aranha, no Jardim Buriti Sereno, e lá o interrogando contou a eles onde estava a espingarda, e cima do guarda-roupas em seu quarto, QUE o segundo carregador e os outros oito cartuchos calibre 380, bem como três cartuchos de calibre 28, estavam em uma gaveta de uma cômoda, também em seu quarto, inclusive, este segundo carregador encontra-se com defeito, QUE o interrogando afirma que a espingarda não tem registro, vez que é muito antiga, do ano de 1828, uma relíquia de família"...

A forma tranquila narrada pelo requerente sobre como se desenvolveu o evento foi corroborada pelos depoimentos dos policiais.

Marlon Santos Vilaça disse que se recordava de Leonardo porque foi uma pessoa boa, solicitado à polícia, tendo adentrado na residência com autorização dele; que não se recordava se tinha três ou quatro equipes, uma dando apoio para a outra, tendo visto a arma dentro da residência.

No mesmo sentido a narrativa do policial militar Inácio Ferreira de Bastos Júnior contou:

"(...) encontrava-se de serviços na RP 8695 da 28ª CI/PM, juntamente com seu colega de farda SD/PM Marlon Santos Vilaça, fazendo patrulhamento ostensivo, quando foram acionados pela equipe da diagonal da 28ª CI/PM, para comparecer ao endereço da Rua República do Líbano, Quadra 273, Lote 40, Jardim Buriti Sereno, neste município, pois receberam informação de que o autuado estaria andando armado... que diante dos fatos, foi dada voz de prisão ao autuado, contra qual não esboçou reação contrária..."

Destaca-se que não houve uma abordagem às cegas, mas tanto o veículo do recorrente como sua pessoa foram indicadas aos policiais porque estava andando armado, fato concreto, que se comprovou. Portanto não há falar-se em ausência de razões para a abordagem. Estranho seria se a autoridade policial quedasse inerte e incorresse no crime de prevaricação.

O próprio recorrente relatou ter contado aos policiais sobre a arma no carro e na sua residência, indicando até mesmo a localização. E tanto não houve qualquer tipo de abuso ou violência que Leonardo não faz esse tipo de afirmativa.

Por fim, há que se observar que se trata de crime permanente, concluindo-se que não se configurou nenhuma nulidade a ser sanada via revisão criminal, enquadrando-se o presente caso na pretensão de reanálise do caso frente a nova tese onipresente do momento – nulidade das provas obtidas.

Neste sentido:

“Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Preliminar. Invasão de domicílio. Nulidade depoimento testemunha na fase inquisitorial. Rejeitada. Ausência de provas. Absolvição. I - A posse irregular de arma de fogo é crime permanente, dispensando a apresentação de mandado de busca e apreensão, legitimando a entrada de policiais no local onde a conduta delituosa esteja em andamento (art. 5º, XI, da CF), mormente quando há fundadas razões para a diligência, como no caso.” (TJGO, 3ª Câmara Criminal, DJ de 23.01.2023, Relator Dr. Aureliano Albuquerque Amorim, AP nº 0048208-43.2013.8.09.0160).

Ressalto que como julgadores temos que observar e ter em mente o alcance de nossas decisões, as consequências que delas irão advir, para a sociedade e para os cidadãos de bem, e os reflexos que terão no mundo jurídico, tendo a consciência de que podem ter resultados muito graves para a garantia do Estado Democrático Direito.

Ao teor de todo o exposto, considerando que a presente revisão criminal não se enquadra em nenhum dos dispositivos legais dessa ação (art. 621, CPP), acolho o parecer do órgão ministerial de cúpula, conheço e julgo improcedente o pedido da ação revisional.

É o voto.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des^a. Camila Nina Erbetta Nascimento – Relatora

ÍNDICES

Índice Alfabético Cível

A

Ação rescisória. Ação de cobrança. Nota promissória. Acórdão. Alegações de violação à literalidade da lei, prova falsa, documento novo e erro de fato. Art. 966, V, VI, VII e VIII do CPC. Não configuração.....	10
Agravo de instrumento. Ação de regulamentação de guarda e visitas de animal de estimação. Guarda compartilhada entre ex-cônjuges. Situação que melhor atende aos interesses do animal.....	18
Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por dano moral com pedido de tutela de urgência. Plano de saúde. Diabetes. Bomba de insulina. Tutela de urgência indeferida. Art. 300 do CPC. Requisitos presentes.....	24
Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Prisão cautelar. Alegação de abusividade e prática de tortura. Responsabilidade civil objetiva. Teoria do risco administrativo. Dano extrapatrimonial.....	31
Apelação cível. Ação de prestação de contas cumulada com restituição de quantia.....	42
Apelação cível. Ação de reconhecimento de paternidade c/c anulação de registro civil de nascimento e petição de herança. Filiação reconhecida nos autos pelas partes e comprovada por DNA. Pretensão recursal de quitação do direito da investigante quanto aos direitos hereditários, tendo em vista a ocorrência de acordo extrajudicial feito durante a tramitação feito, sem a presença dos advogados da parte autora.....	47
Apelação cível. Ação de busca e apreensão. Cédula de crédito emitida na forma integralmente eletrônica. Art. 27-a da Lei nº 10.931/2004. Intimação para emendar a inicial e depositar em cartório o contrato original na forma física. Não cumprimento. Indeferimento da inicial. Irrazoabilidade. Exigência tão somente quanto aos títulos de créditos emitidos na forma de cártula. Precedentes do colendo STJ e desta eg. Corte.....	56
Apelação cível. Ação ordinária de cobrança. Efeito suspensivo automático. Nulidade da sentença. Ausência de fundamentação. Vício não demonstrado. Contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) sobre salários dos atletas prevista na Lei Pelé (artigo 57, I, “a”, da Lei 9.615/98). Constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Nulidade da cobrança por ausência de lançamento não acolhida. Ato que ocorre por homologação. Desnecessidade de lançamento. Nulidade da cobrança por utilização de base de cálculo aleatória não recepcionada. Base de cálculo expressamente prevista na legislação em vigor. Ausência de ofensa ao princípio da legalidade. Contribuição de natureza tributária. Atualização pela taxa Selic. Ônus sucumbenciais mantidos. Parte que deu causa ao ajuizamento da demanda. Honorários recursais.....	63
Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Pretensão exordial baseada na cadeia negocial do bem imóvel. Cessão dos direitos contratuais do compromisso de compra e venda firmado com a então proprietária. Contrato já quitado. Aquisição derivada e, não, originária, da propriedade. Necessidade de ajuizamento de ação de adjudicação para regularizar a situação registral do bem. Improcedência do pleito inicial de usucapião. Sentença mantida. Sucumbência recursal. Honorários advocatícios. Majoração. Artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.....	77

Apelação cível. Mandado de segurança. Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás – PROTEGE. Instituição e regulamentação. Desnecessidade de lei complementar estadual. Contribuição ao protege. Condição de fruição de benefício fiscal. Legalidade. Não violação do art. 178 do CTN. Regularidade da cobrança. Termo de Acordo de Regime Especial (TARE). Condições preestabelecidas. Alteração ou suspensão. Possibilidade. Previsão contratual. Direito líquido e certo não configurado. Denegação.....	86
Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Motorista Uber. Exclusão da plataforma. Denúncias de assédio, autonomia privada. Improcedência dos pedidos. Sentença reformada.....	105
Apelação cível. Ação civil pública coletiva com pedido de antecipação de tutela e pedido de indenização por danos materiais e morais individuais e coletivos.....	112
Apelação cível. Dupla apelação cível. Ação de indenização.....	125
Apelação cível. Ação de indenização. Seguro. Cobertura do profissional em caso de condenação por erro médico. Ação regressiva do hospital originariamente condenado. Hipótese não prevista contratualmente. Desvirtuamento da finalidade assecuratória. Desprovimento.....	133
Apelação cível. Ação de restituição de quantia paga c/c danos morais. Procedimento cirúrgico de urgência realizado por médico não credenciado ao plano de saúde. Insuficiência cardíaca grave. Plástica da valva mitral. Princípio da confiança. Reembolso devido nos limites da tabela médica – art. 12, inciso VI da Lei 9.656/98 – sentença confirmada. Honorários majorados em grau recursal.....	139
Apelação cível. Ação de indenização. Seguro facultativo. Contrato de seguro de automóvel. Acidente. Divergência nas informações prestadas pelo segurado. Negativa de cobertura indevida. Agravamento do risco. Não demonstração de má-fé. Juros de mora. Termo inicial. Citação. Correção monetária. INPC. Salvado. Venda. Abatimento valor indenização. Sentença mantida.....	145
Apelação cível. Ação de rescisão contratual c/c indenização por danos. Instalação e funcionamento de usina fotovoltaica. Inadimplemento por parte da contratada. Ausência de finalização. Rescisão. Possibilidade. Danos materiais devidos. Pedido em sede de contrarrazões. Via inadequada. Sentença mantida.....	153
Apelação cível. Embargos à execução. ICMS-ST sobre operações com combustíveis. Arguição de recolhimento a menor. Fato gerador da obrigação tributária presumido. Dilação volumétrica do produto em virtude da variação da temperatura. Incidência indevida. Expansão natural do líquido, dentro dos limites legais. Honorários recursais majoração.....	160

D

Dupla apelação cível. Ação de nulidade de ato jurídico c/c declaratória, obrigação de fazer e reparação por perdas e danos. Intempestividade do segundo apelo. Verificada. Preliminares de efeito suspensivo e ausência de fundamentação. Prejudicada a primeira e afastada a segunda. Anúncio de veículo no sítio eletrônico da OLX. Dolo de terceiro (estelionatário). Devolução das partes ao status quo . Impossibilidade. Culpa concorrente verificada. Mitigação do prejuízo sentença reformada. Redistribuição do ônus de sucumbência.....	170
Duplo grau de jurisdição. Apelação cível. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Duplo grau de jurisdição dispensado. Prescrição intercorrente. Inocorrência. Nomeação para cargo	

comissionado. Nepotismo. Ausência de configuração objetiva. Inexistência de subordinação hierárquica. Ausência de evidência cabal de influência na nomeação.....181

Duplo grau de jurisdição. Remessa necessária e dupla apelação cível. Mandado de segurança. Julgamento *extra petita* e ausência de fundamentação. Nulidades afastadas. Exigibilidade de ICMS/DIFAL de empresário contribuinte optante do simples nacional. Aquisição de mercadoria para revenda. Tema nº 517. Antecipação do fato gerador. Necessidade de lei. Tema 456 do STF. Lei estadual nº 20.945/2020. Distinção.....193

R

Reclamação. Conflito de competência entre câmaras cíveis. Incompetência relativa. Manutenção dos efeitos das decisões proferidas pelo juízo que se auto declarou incompetente. Nulidade por ele declarada. Definição pelo tribunal da competência deste juízo com o retorno dos autos a ele. Validade das decisões anteriores. Desnecessidade de rejuízo do apelo.....208

Recurso de apelação cível. Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos. Erro odontológico. Responsabilidade civil. Subjetiva. Prova pericial. Conduta culposa. Configurada. Imprudência. Culpa exclusiva da vítima. Inexistente. Nexos de causalidade. Presente. Danos materiais e morais. Caracterizados. Redução dos montantes. Inviabilidade. Proporcionalidade e razoabilidade. Método bifásico. Procedência parcial. Sucumbência recíproca. Honorários recursais. Descabidos. Sentença parcialmente reformada.....215

Reexame necessário e duplo recurso de apelação cível. Mandado de segurança. Revogação da isenção do tributo. Condição onerosa por prazo certo. Revogação prematura. Impossibilidade. Direito de compensação. Necessidade de dilação probatória. Não comportável via ação mandamental. Honorários.....228

Remessa necessária. Duplo apelo. Mandado de segurança. Exigibilidade do ICMS-DIFAL. Empresa optante do simples nacional. *Distinguishing* da Súmula nº 78 deste egrégio Tribunal de Justiça. Tema 456 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. Ausência de lei em sentido estrito. Inexigibilidade da exação. Compensação. Inadequada. Sentença reformada. Segurança concedida.....239

Índice Alfabético Criminal

A

Agravo em execução penal. Regime aberto. Estabelecimento prisional. Inadequado. Tornozeleira eletrônica. Condicionado. Inviável.....	256
Apelação criminal. Tráfico de drogas majorado.....	259
Apelação criminal. Extorsão qualificada.....	263
Apelação criminal. Restituição de coisa apreendida. Veículo automotor. Interesse da instrução criminal. Manutenção.....	269
Apelação criminal. Associação criminosa armada. Roubo majorado. Furto qualificado. Receptação. Nulidade processual. Inépcia da peça acusatória. Incompetência do juízo. Ausência de degravação dos áudios interceptados. Nulidade da sentença. Omissão na análise das teses apresentadas em alegações finais. Absolvição. Erro de proibição. Desclassificação do delito de roubo para receptação. Desclassificação da receptação dolosa para culposa. Exclusão das qualificadoras do roubo. Redução da pena-base. Recorrer em liberdade. Atenuante da confissão. Alteração do regime prisional. Substituição da pena. <i>Sursis</i> . Proposta de acordo de não persecução penal. Recorrer em liberdade. Detração do tempo de prisão preventiva. Prequestionamento.....	273
Apelação criminal. Tráfico. Drogas. Busca pessoal. Cumprimento. Mandado de prisão preventiva. Fato concreto. Ausente. Domicílio. Violação. Prova ilegal. Absolvição. Justiça gratuita. Indeferimento.....	292
Apelação criminal interposta pelo Ministério Público. Artigo 171 c/c art. 71, ambos do código penal. Condenação. Suficiência de provas.....	297
Apelação criminal. Tráfico de drogas. Absolvição. Desclassificação. Prescrição.....	304

C

Conflito de competência. Relação homoafetiva masculina. Lei Maria da Penha. Aplicabilidade. Entidade familiar. Sexo e gêneros femininos.....	309
---	-----

E

Embargos infringentes em apelação criminal. Acórdão não unânime que manteve a condenação do embargante pela prática de calúnia contra funcionário público, em razão de sua função (artigo 138 c/c artigo 141, inciso II, ambos do código penal). Pretensão de prevalência do voto minoritário e absolutório, fulcrado na insuficiência de provas quanto ao ânimo de caluniar. Procedência.....	315
---	-----

H

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Relaxamento da prisão. Violência policial. Não conhecimento. Ilegalidade no flagrante. Suposta violação de domicílio. Não evidenciada de plano. Inobservância ao “aviso de miranda” pelos policiais militares. Advertência exigida somente nos interrogatórios policial e judicial. Precedente do STJ.....	320
--	-----

Habeas corpus. Execução penal. Regime aberto. Falta grave. Violações justificadas e indulto natalino. Não conhecimento. Revogação do monitoramento eletrônico e recolhimento na unidade prisional. Presídio parcialmente interditado. Ilegalidade evidenciada.....324

R

Recurso em sentido estrito. Crime de tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Prisão em flagrante. Busca pessoal e domiciliar. Inexistência de ofensa a preceitos constitucionais. Homologação do auto de prisão. Revogação da decisão pelo juízo de conhecimento. Mesmo grau de jurisdição. Impossibilidade. Restabelecimento da prisão preventiva.....330

Revisão criminal. Posse irregular e porte ilegal de arma de fogo e munições. Nova tese não apresentada no primeiro e segundo graus: nulidade das buscas pessoal, veicular e domiciliar. Invasão de domicílio. Não cabimento.....336

Índice Numérico Cível

Ação Rescisória nº 5603830.76.2021.8.09.0000.....	10
Agravo de Instrumento nº 5590640.53.2022.8.09.0051.....	18
Agravo de Instrumento nº 5702774.23.2022.8.09.0051.....	24
Apelação Cível nº 5611564.27.2018.8.09.0051.....	31
Apelação Cível nº 5294425.33.2021.8.09.0051.....	42
Apelação Cível nº 0010795.02.2015.8.09.0103.....	47
Apelação Cível nº 5604788.29.2022.8.09.0129.....	56
Apelação Cível nº 5146146.42.2020.8.09.0051.....	63
Apelação Cível nº 5533324.58.2020.8.09.0017.....	77
Apelação Cível nº 5494186.50.2018.8.09.0051.....	86
Apelação Cível nº 5637172.56.2020.8.09.0051.....	105
Apelação Cível nº 5417519.89.2018.8.09.0029.....	112
Apelação Cível nº 5396368.68.2020.8.09.0006.....	125
Apelação Cível nº 5484752.66.2020.8.09.0051.....	133
Apelação Cível nº 5431766.38.2021.8.09.0072.....	139
Apelação Cível nº 5554798.80.2020.8.09.0051.....	145
Apelação Cível nº 5361726.31.2020.8.09.0051.....	153
Apelação Cível nº 5184732.51.2020.8.09.0051.....	160
Dupla Apelação Cível nº 5229217.26.2021.8.09.0044.....	170
Duplo Grau de Jurisdição nº 5153882.53.2016.8.09.0051.....	181
Duplo Grau de Jurisdição nº 5547819.39.2019.8.09.0051.....	193
Reclamação nº 5546085.07.2022.8.09.0000.....	208
Recurso de Apelação Cível nº 0207326.43.2005.8.09.0093.....	215
Remessa N. e D. R. de AC nº 5633938.03.2019.8.09.0051.....	228
Remessa Necessária em M. de S. nº 5449852.91.2019.8.09.0051.....	239

Índice Numérico Criminal

Agravo em Execução Penal nº 5328464.78.2022.8.09.0000.....	256
Apelação Criminal nº 5355418.47.....	259
Apelação Criminal 5376180.45.....	263
Apelação Criminal nº 5442452.61.2021.8.09.0049.....	269
Apelação Criminal nº 5311703.81.2020.8.09.0051.....	273
Apelação Criminal nº 549457.12.2020.8.09.0051.....	292
Apelação Criminal nº 0207367.48.2014.8.09.0043.....	297
Apelação Criminal nº 0031273.11.2018.8.09.0011.....	304
Conflito de Competência nº 0141640.61.2019.8.09.0175.....	309
Embargos Infringentes nº 0064303.35.2019.8.09.0162.....	315
Habeas Corpus nº 5512935.80.2023.8.09.0006.....	320
Habeas Corpus nº 5174691.76.2023.8.09.0000.....	324
Recurso em Sentido Estrito nº 5024100.46.2023.8.09.0051.....	330
Revisão Criminal nº 5656950.97.2022.8.09.0000.....	336